



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

SILENT ENIM LEGES INTER ARMA?
LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA VITA NEI
CONFLITTI ARMATI INTERNAZIONALI

Relatrice: Chiar.ma Professoressa Cristina Campiglio

Correlatore:

Tesi di laurea di
Angelica Brizzi
Matr. 506169

Anno accademico 2025/2026

Indice

Introduzione	1
Capitolo I - La tutela del diritto alla vita ai sensi dell'articolo 2 CEDU: obblighi ed eccezioni all'uso della forza	6
1.1 Premessa: il diritto alla vita come presupposto dei diritti fondamentali	6
1.1.1 Fondamenti filosofici del diritto alla vita.....	7
1.1.2 Fondamenti normativi del diritto alla vita nei trattati internazionali	9
1.2 Diritto alla vita ex Articolo 2 CEDU	12
1.3 Obblighi negativi.....	14
1.3.1 Divieto di pena di morte	14
1.3.2 Divieto di uccisioni arbitrarie	17
1.3.3 Divieto di estradizione	17
1.4 Obblighi positivi.....	17
1.4.1 Obblighi sostanziali di prevenzione	19
1.4.2 Obblighi procedurali di repressione	30
1.5 Eccezioni all'uso della forza	38
1.5.1 Agire in difesa da atti illeciti.....	39
1.5.2 Portare a termine un arresto o impedire una fuga	41
1.5.3 Reprimere una sommossa o un'insurrezione	42
1.6 Conclusioni: il controllo giurisprudenziale ex art. 2	43
Capitolo II - I diritti nello stato di emergenza: deroghe e limiti ai sensi dell'art. 15 CEDU	44
2.1 Genesi dell'art. 15	44
2.2 Struttura della clausola derogatoria.....	49
2.2.1 Ambito di applicazione: "guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione".....	49
2.3 La dottrina del margine di apprezzamento: <i>ratio</i>	53
2.3.1 La dottrina del margine di apprezzamento: origine giurisprudenziale e applicazione	55
2.3.2 La dottrina del margine di apprezzamento: estensione.....	59
2.3.3 La dottrina del margine di apprezzamento: limiti.....	60
2.3.4 La dottrina del margine di apprezzamento: rischi e criticità.....	62
2.4 Proporzionalità: "nella stretta misura in cui la situazione lo richieda"	65

2.4.1 Necessità	65
2.4.2 Proporzionalità in senso stretto	66
2.4.3 Durata.....	67
2.5 Conformità internazionale: “a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”	67
2.6 Applicazione extraterritoriale: il concetto di giurisdizione	68
2.6.1 Giurisdizione ai sensi del diritto internazionale generale	70
2.6.2 Giurisdizione come controllo effettivo sul territorio	73
2.6.3 Giurisdizione come controllo effettivo <i>ratione personae</i>	75
2.6.4 Effettività: concezione funzionale della giurisdizione.....	76
2.7 Procedimento di notifica ex art. 15, paragrafo 3	80
2.7.1 Prassi del procedimento di notifica.....	81
2.8 Diritti inderogabili.....	82
Capitolo III - I “legittimi atti di guerra”: il diritto internazionale umanitario nel contenzioso CEDU	84
3.1 “Legittimi atti di guerra”: <i>ratio</i> della formulazione normativa	84
3.2 I conflitti armati: nascita del diritto internazionale umanitario	86
3.2.1 Caratteristiche del diritto internazionale umanitario.....	90
3.3 Applicabilità dell’art. 2 CEDU ai conflitti armati.....	94
3.4 Il conflitto armato nel contenzioso CEDU: <i>Hassan c. Regno Unito</i>	97
3.4.1 Deroga o integrazione? Il vuoto normativo sistemico	98
3.4.2 L’ingresso “dalla finestra”: l’ <i>accommodation</i> del DIU	99
3.4.3 <i>Hassan c. Regno Unito</i> : lo scontro metodologico tra maggioranza e minoranza	103
3.4.4 L’eredità di <i>Hassan</i> nel contenzioso CEDU: <i>Georgia c. Russia</i>	107
3.4.5 L’eredità di <i>Hassan</i> nel contenzioso CEDU: <i>Hanan c. Germania e Ucraina e Paesi Bassi c. Russia</i>	110
3.5 “Chalk and cheese”: esclusione o armonizzazione nel rapporto tra CEDU e DIU	113
3.5.1 Coordinamento normativo: il DIU come <i>lex specialis</i>	116
3.5.2 Coordinamento normativo: l’integrazione sistemica	121
3.6 Osservazioni conclusive: l’approdo metodologico dell’interazione tra i sistemi	123
Capitolo IV - Il prezzo del compromesso: derive sistemiche e prospettive future	126
4.1 L’ “elefante nella stanza”: il ruolo del DIU nella scrutinio CEDU	126

4.2 Criticità dell'impostazione metodologica della Corte.....	127
4.2.1 La frammentazione asimmetrica del diritto internazionale	128
4.2.2 L'incertezza del diritto e l'attenuazione del controllo giurisdizionale	132
4.3 Una dimostrazione empirica: due pesi e due misure nella giurisprudenza CEDU	133
4.3.1 Il paradigma del law enforcement: <i>Benzer c. Turchia</i>	134
4.3.2 Il paradigma del conduct of hostilities: <i>Hanan c. Germania</i>	135
4.3.3 L'alternativa interamericana: <i>Las Palmeras c. Colombia e Bámaca Velásquez v. Guatemala</i>	136
4.4 Prospettive <i>de iure condendo</i> : ricostruire i confini dello scrutinio giurisdizionale	139
4.4.1 Il piano normativo: la soppressione della clausola	139
4.4.2 Il piano procedurale: il sistema delle deroghe	140
4.4.3 Il piano del controllo: la metodologia delle "situazioni sospette"	143
4.4.4 Il piano pratico: prospettive concrete di dialogo e nuovi strumenti giuridici	144
4.5 Verso un modello operativo di tutela sostanziale ed effettiva	147
Conclusioni	149
Bibliografia.....	154

Introduzione

Volgendo lo sguardo al mondo contemporaneo, è immediato notare come esso sia connotato dal sorgere di nuovi conflitti armati e dall'inasprirsi di guerre radicate. Ripensando alle consapevolezze post-belliche della seconda metà del secolo scorso, che avevano portato a numerosi sforzi nel costruire strumenti - giuridici e non - orientati alla pace a livello in particolare europeo ma anche mondiale, appare contraddittorio e paradossale che la situazione globale contemporanea sia segnata dai conflitti armati come tratto distintivo del nostro tempo. Ancor più allarmante è il dato secondo cui, in un momento in cui i bisogni umanitari aumentano rapidamente, le risorse destinate all'azione umanitaria sono sottoposte a pressioni sempre maggiori, con riduzioni consistenti di fondi e tagli del personale sia a livello onusiano che europeo. Il Comitato Internazionale della Croce Rossa descrive con efficacia questo scenario nel suo ultimo rapporto umanitario globale, vale a dire lo *Humanitarian Outlook 2026*, intitolato emblematicamente "A world succumbing to war"¹. L'analisi riporta che nel 2024 si sono registrati circa 130 conflitti a livello mondiale, più del doppio rispetto al 2009, di cui molti prolungati, e 204 milioni di persone - un aumento considerevole rispetto ai 175 milioni del 2022 - vivono in aree sottoposte al controllo di gruppi armati, al di fuori delle istituzioni statali, dei servizi e della protezione.

I più colpiti continuano ad essere naturalmente i civili, che rimangono il bersaglio dell'erosione dell'umanità fuori e dentro al campo di battaglia, con la conseguenza che la disumanizzazione è passata da crisi morale a problema concreto di rispetto delle norme umanitarie a livello internazionale.

I principi su cui si fonda l'azione umanitaria, quali, imparzialità, umanità, neutralità e indipendenza, sono messi a dura prova nella loro stessa essenza, in un momento storico in cui la ricerca delle vittoria militare oscura gli obblighi di protezione, sfruttando una responsabilità globale "ritardata". Non solo, il ritorno della legge del più forte sta incoraggiando sempre più Stati a ritirarsi dai trattati, privilegiando interessi a breve termine rispetto alla sicurezza collettiva, contribuendo a una visione del mondo che "si

¹ Comitato Internazionale della Croce Rossa, *Humanitarian Outlook 2026: A World Succumbing to War*, disponibile al link <https://www.icrc.org/en/article/humanitarian-outlook-2026> (consultato il 18 agosto 2026)

prepara alla guerra, anziché alla pace”². Un dato indicativo è quello che riporta che la spesa globale per la difesa ha raggiunto i 2.700 miliardi di dollari nel 2024; nello stesso anno, il sistema umanitario non è riuscito a colmare interamente il fabbisogno richiesto, pari ad appena 50 miliardi.

Sembra opportuno esaminare i meccanismi giuridici posti a tutela dei diritti fondamentali nei contesti dei conflitti armati. Questo tipo di protezione non è sempre agevole, a causa della sovrapposizione tra diversi rami del diritto, quali i blocchi normativi del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario.

L’operato delle Corti sovranazionali deve rimanere in tale contesto il baluardo di una difesa delle libertà fondamentali che non cede il passo ad esigenze meramente militari in favore di una difesa efficace ed effettiva.

La presente ricerca è incentrata sulla protezione accordata dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) in tempo di guerra. In particolare, il banco di prova del funzionamento e dei limiti del sistema convenzionale è rappresentato dal diritto alla vita, che, in quanto diritto fondamentale per eccellenza, mette allo scoperto le criticità dello scrutinio della Corte di Strasburgo.

Il lavoro di tesi in tutela internazionale dei diritti e delle libertà fondamentali analizza dunque la tutela del diritto alla vita nei contesti di conflitto armato, soffermandosi sulla tensione tra la sua inderogabilità formale e le modalità di adattamento sostanziale della sua applicazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Specificamente, il primo capitolo analizza la struttura dell’articolo 2 CEDU come ricostruito dalla giurisprudenza, vale a dire come una norma di contenuto multilivello articolato in una serie di obblighi: in primo luogo, l’obbligo negativo di non cagionare intenzionalmente la morte, comprensivo del divieto di pena di morte, del divieto di uccisioni arbitrarie e del divieto di estradizione; in secondo luogo, gli obblighi positivi, che si suddividono a loro volta in obblighi sostanziali di prevenzione, vale a dire quello di predisporre un quadro normativo efficace e adottare misure operative di prevenzione, e obblighi procedurali di repressione, che includono lo svolgere indagini adeguate e indipendenti, garantire un accesso tempestivo alle vittime e istituire un sistema di controllo esterno sui risultati delle stesse.

Successivamente, si esaminano le eccezioni che consentono un utilizzo assolutamente

² *Idem*

necessario della forza, tipizzate dal legislatore al paragrafo 2 dell'art. 2. Esse svolgono funzione scriminante e non solo devono rispondere al *necessity test*, ma devono essere collegate a uno degli scopi tassativamente legiferati.

L'analisi della giurisprudenza relativa alle caratteristiche strutturali dell'art. 2 riflette come la tutela multilivello sia connotata da un margine di flessibilità interno strutturalmente bilanciato dal requisito rafforzato della stretta necessità, con un controllo particolarmente rigoroso sull'uso della forza letale da parte dello Stato. Il secondo capitolo si addentra nel sistema emergenziale in cui si trovano gli Stati contraenti alle prese con situazioni eccezionali quali le guerre interne o internazionali. All'interno della Convenzione EDU, l'art. 15 è la norma preposta a regolare tali accidenti, ospitando una clausola che permette di derogare a diritti e libertà convenzionali in maniera limitata e controllata. Il regime derogatorio dovrebbe servire, in linea di principio, ad adattare gli standard di tutela della Convenzione alle esigenze di flessibilità e rapidità proprie dei conflitti armati.

Esso prevederebbe una procedura di notifica da effettuare al Segretario generale del Consiglio d'Europa riguardo alle misure prese e alle modalità temporali e concrete con cui esse sono espletate. Tuttavia, la norma è contraddistinta da un elevatissimo grado di ambiguità e da una corrispondente inefficacia.

Il presupposto applicativo dell'art. 15 è infatti uno dei casi paradigmatici in cui si esplica la dottrina del margine di apprezzamento, secondo cui gli Stati godono di una soglia di flessibilità nel determinare, nel caso del meccanismo derogatorio, in cosa si sostanzia un "pericolo pubblico che minacci la vita della nazione". Pertanto, la discrezionalità intrinseca dell'ambito oggettivo della norma è la prima causa del suo inutilizzo. Inoltre, la giurisprudenza della Corte EDU è stata lenta e cauta nel pronunciarsi a favore della possibilità di applicazione extraterritoriale della Convenzione, escludendo in prima battuta dall'ambito applicativo dell'art. 15 mediante l'eccezione di giurisdizione la totalità delle casistiche legate a conflitti internazionali o operazioni militari all'estero, che come è noto sono proliferate a partire dagli anni Novanta e fino ai giorni nostri. I giudici di Strasburgo sono successivamente approdati a una nozione di giurisdizione *de facto* come controllo effettivo dapprima sul territorio e poi sulle persone, riconducendo nel proprio perimetro di scrutinio giurisdizionale anche tali situazioni. A dimostrazione degli ostacoli applicativi richiamati, pochissimi membri hanno storicamente attivato la notifica di cui al paragrafo 3 dell'art. 15, favorendo l'elusione

della norma.

All'interno della medesima disposizione, alcuni diritti trovano una protezione rafforzata, che esclude la derogabilità anche nei casi eccezionali di cui sopra. Tra essi rientra il diritto alla vita, a cui è accordata in linea di principio una tutela assoluta e massima, ma il testo della Convenzione europea introduce una clausola che esclude dall'inderogabilità i "decessi causati dai legittimi atti di guerra", cui è dedicato il terzo capitolo.

Esso, partendo dalle radici storiche e sociologiche dell'introduzione della clausola, che rimane unica nel panorama dei trattati internazionali in materia di diritti umani, si interroga circa lo scrutinio delle violazioni del diritto alla vita nei conflitti armati all'interno del sistema CEDU. La cartina tornasole della posizione della Corte è rinvenuta nel giudizio *Hassan c. Regno Unito*, in cui la Corte, chiamata a valutare la liceità della cattura e detenzione di un cittadino iracheno da parte delle forze britanniche, ha evitato di utilizzare la clausola dei "legittimi atti di guerra", preferendo percorrere la via per cui, anche in assenza di una deroga formale all'art. 15, le condotte dello Stato andrebbero valutate alla luce dei principi di diritto umanitario, che entra in tal modo "dalla finestra" come blocco normativo esterno coinvolto nello scrutinio *ex* CEDU.

La Corte, non applicando l'art. 15, né dunque invocando la clausola dei legittimi atti di guerra, occupa lo spazio funzionale di tutela lasciato vuoto ricorrendo al diritto internazionale umanitario come parametro interpretativo esterno. L'analisi ricostruisce dunque le principali teorie riguardanti l'armonizzazione del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto umanitario, proponendosi di verificare come l'approccio ibrido di "accomodamento" adottato dalla Corte venga riproposto nella giurisprudenza successiva e quali siano le zone di tutela in cui vada a sovrapporsi, o sostituirsi, all'art. 2.

Il quarto ed ultimo capitolo si occupa pertanto di indagare se e in che misura il tentativo della Corte EDU di sopperire all'elasticità della formula convenzionale per via giurisprudenziale incida sul contenuto sostanziale degli obblighi derivanti dall'art. 2, evidenziandone i limiti sistemici in termini di riduzione della certezza del diritto e coerenza del sistema convenzionale, nonché dal punto di vista della prevedibilità delle decisioni e dell'abbassamento degli standard di controllo. Tali risvolti pratici vengono esaminati in chiave critica, empirica e comparata, e affiancati da proposte *de iure*

condendo per garantire una coesistenza armoniosa del rapporto tra CEDU e DIU che garantisca la piena effettività del diritto alla vita nei conflitti armati.

Capitolo I - La tutela del diritto alla vita ai sensi dell'articolo 2 CEDU: obblighi ed eccezioni all'uso della forza

1.1 Premessa: il diritto alla vita come presupposto dei diritti fondamentali

Prima di esaminare lo strumento giuridico europeo di tutela del diritto alla vita, la cui efficacia verrà testata in seguito nei contesti di conflitto armato, è doveroso richiamare i fondamenti sociologici che hanno portato le branche del sapere ad affrontare i limiti della vita umana, e nel caso della scienza giuridica a legiferare in materia, al fine di inquadrare la centralità del diritto in esame per la tutela dell'intero sistema dei diritti umani e comprendere l'importanza di una relativa tutela rigorosa ed efficace.

Il ragionamento giuridico si è da sempre interrogato sul concetto di vita a partire dalle questioni definitorie, con le note difficoltà di elaborarne una nozione univoca e arrivando all'individuazione dei suoi confini giuridici, passando per questioni sistematiche e connesse alle variegate condizioni in cui può versare la vita di un essere umano. Le esigenze di tutela della vita si confrontano con una società perennemente in evoluzione grazie al costante confronto e alla commistione tra scienze dure e scienze umane, in cui il diritto viene permeato da scienza e sociologia.

La vita - e, specularmente, la morte - assumono un ruolo determinante nel delimitare l'ambito di operatività dello strumento giurisdizionale, incidendo su modalità e limiti dell'intervento normativo.

Il diritto alla vita incorpora le contraddizioni delle correnti giuridiche che stanno alla radice della teoria dei diritti umani, poiché i dibattiti che hanno ad oggetto universalità, uguaglianza e multiculturalità dei diritti trovano nel diritto alla vita un banco di prova emblematico; se da un lato i diritti umani sono caratterizzati dall'universalità, cioè dall'appartenere a tutti gli uomini in quanto uomini, è necessario chiedersi se il diritto alla vita si presenti in maniera eguale per tutti gli esseri umani, o venga applicato in maniera uniforme nei diversi contesti culturali, come sostenuto ad esempio dallo scienziato e politologo Evan Charney, per cui i diritti umani possiedono una pretesa universalistica che trascende le particolarità culturali³. A seconda della risposta a queste domande, qualcuno potrebbe affermare che si tratta di un diritto estremamente solido nella teoria ma passibile di criticità non indifferenti nella pratica.

³ E. Charney, "Cultural Interpretation and Universal Human Rights: A Response to Daniel A Bell" in *Political Theory*, vol. 27, n. 6, 1999, p. 840

Sulla stessa linea, parrebbe un assioma inconfutabile che il diritto alla vita sia il diritto fondamentale per eccellenza. Eppure, il presente lavoro di tesi esamina come persino questo diritto non sia sempre destinato a prevalere se confrontato con altri beni giuridici, ma possa anzi essere compresso e modificato in relazione alle circostanze esterne.

Nei sistemi giuridici globali, per quanto essi siano estremamente differenziati, non è possibile rinvenire un controllo giuridico in materia di diritti umani che sia esente da una valutazione preliminare circa il rispetto del diritto alla vita, che ne è dunque una condizione imprescindibile. In altre parole, il contenuto di questo diritto è contraddistinto da una parte che è funzionale alla piena attuazione di altri diritti umani, come il diritto alla libertà, alla dignità, alla non discriminazione, alla vita privata, alla libertà di pensiero e di opinione e molti altri.

Il diritto alla vita si presta dunque a fare scuola sia teorica che pratica per l'analisi dei punti fermi e delle criticità del diritto internazionale dei diritti umani, e in questa prospettiva si configura come presupposto logico e dogmatico degli altri diritti fondamentali, ponendosi al vertice del sistema di protezione dei diritti umani.

1.1.1 Fondamenti filosofici del diritto alla vita

La scienza giuridica è estremamente poliedrica, e si presta a integrazioni trasversali con rami del sapere diversificati. Considerando che una dimensione assiologica del diritto è imprescindibile, come il sapere giuridico, anche la filosofia, specificamente etica e morale, si è da sempre interrogata circa le contraddizioni della vita umana. Si ritengono assodate le conclusioni relative alla differenza tra diritti umani e diritti naturali del filosofo liberale John Locke, su cui la scuola giuridica occidentale si è a lungo soffermata per poi approdare alla distinzione tra diritti fondamentali, diritti umani e diritti universali.

Per quanto concerne il nucleo essenziale del concetto di vita, si possono riscontrare dei punti fermi in pensieri diversi nel tempo e nello spazio, e il discorso assume particolare rilevanza prendendo in considerazione le correnti religiose, i cui dogmi forniscono interessanti interpretazioni sul tema.

La teoria cristiano-cattolica alla base di diverse società occidentali vede chiaramente la vita non tanto come un diritto ma come un dono divino, in cui la sopravvivenza - propria e altrui - è un dovere nei confronti della divinità in base al quinto comandamento ("non

uccidere”). In quest’ottica, non è generalmente lecito porre fine alla vita umana⁴, ma la morale cattolica non considera assoluto il divieto di uccidere, ammettendo alcune ipotesi nelle quali la privazione della vita può risultare moralmente giustificata, soprattutto quando costituisca un effetto della difesa da un’aggressione ingiusta o della tutela di interessi superiori. Nelle stesse scritture religiose, infatti, è possibile rinvenire esempi di privazioni della vita giustificate da esigenze superiori, principalmente di matrice divina, quali punizioni per l’idolatria o la corruzione morale umana⁵. In questo, la dottrina cristiana, insieme alla filosofia aristotelica, incontrano le teorie tomiste, in cui la legge morale, naturale e divina prevedono che sia inaccettabile privare *intenzionalmente* della vita innocente, ma che non sia sbagliato privare della vita in generale, introducendo rispetto alle correnti di pensiero precedenti gli elementi della volontà e colpevolezza come discriminare tra morti legittime e non.

Guardando altrove, se è vero che l’induismo vede come valore sacro la vita come *ātman*, anima, di cui ogni essere è composto, prevede anch’esso l’eccezione giustificatrice del *dharma*, dovere morale, che rende lecite le uccisioni per punire; ancora più estremo è il confucianesimo, che mette al centro della moralità l’armonia sociale, in virtù della quale è accettabile la privazione della vita per fini superiori di benessere collettivo.

Al contrario, il buddhismo, basando la propria etica su empatia e compassione tra esseri viventi, nel senso etimologico dei termini, ha una concezione della vita più refrattaria all’ammissione di eccezioni giustificative.

In conclusione, la maggior parte delle dottrine religiose richiamate prevedono un limite al diritto alla vita che risiede nel concetto di causa giustificatrice. L’idea comune può essere efficacemente espressa dal versetto coranico “Chi uccide una persona *senza giusta causa*, è come se avesse ucciso tutta l’umanità⁶”, che sancisce un rapporto regola

⁴ Vd. J.A. Ryan - F. J. Boland, *Catholic Principles of Politics*, New York, The Macmillan Company, 1940, p. 14, secondo cui “la vita umana individuale è così sacra che, finché il diritto ad essa non è stato perduto a causa della condotta perversa dello stesso soggetto, non può essere subordinata al benessere di un altro individuo. Neppure per preservare la propria esistenza lo Stato può direttamente e deliberatamente porre a morte un uomo puro e innocente, e nessun potere umano può lecitamente uccidere un uomo innocente come semplice mezzo per il raggiungimento del fine

⁵ Vd. ad es. Gs 6, 20-21: “[...] quando il popolo udì il suono delle trombe lanciò un gran grido, e le mura crollarono. Il popolo salì nella città, ciascuno diritto davanti a sé, e s’impadronirono della città. Votarono allo sterminio tutto ciò che era nella città, passando a fil di spada uomini, donne, bambini, vecchi, buoi, pecore e asini”; 1 Re 18, 40: “Elia disse loro: «Afferrate i profeti di Baal; non ne scappi uno!». Li afferrarono. Elia li fece scendere nel torrente Kison, ove li scannò”; Gen 19, 25: “Egli distrusse quelle città, tutta la pianura, tutti gli abitanti delle città e quanto cresceva sul suolo”

⁶ Corano, 5:32

- eccezione in virtù del quale la “giusta causa” rende legittimo privare della vita e per cui la vita è un bene al contempo sacro e sacrificabile.

Le società liberal-democratiche garantiste, a partire dall'Illuminismo fino ai giorni nostri, con dibattiti ancora accesi a seconda delle civiltà e zone del mondo, hanno rigettato l'idea che lo Stato possa privare della vita come strumento ordinario di repressione penale, riferendosi in particolare alla pena di morte e accantonando la funzione repressiva delle pene, orientando la propria politica criminale al concetto di rieducazione, in un'ottica post-retributiva che ne mette in luce la mancata necessità e utilità.

A partire dalla Seconda guerra mondiale in avanti, in seguito ai crimini contro l'umanità commessi contro ebrei, Rom e Sinti completamente innocenti, il focus della tutela internazionale dei diritti si è progressivamente spostato sempre più sui civili, coloro che non hanno colpe, nei confronti dei quali i paradossi dell'impunità diventano ancora più marcati e ingiustificabili, anche alla luce di una qualsiasi delle dottrine religiose richiamate. Gli sforzi della neonata comunità internazionale si sono dunque diretti verso un impianto normativo solido di tutela della popolazione civile nei contesti di conflitto armato, con la nascita del ramo del diritto internazionale umanitario.

1.1.2 Fondamenti normativi del diritto alla vita nei trattati internazionali

Dopo aver esplorato le radici filosofiche del diritto alla vita, appare necessario rilevare come tali principi secolari siano stati tradotti in norme.

Nel periodo storico in cui nasce la teoria dei diritti umani, come ripresa dopo il trauma del conflitto mondiale, proliferano carte dei diritti fondamentali dell'uomo, che sanciscono il diritto alla vita sin dalle primissime disposizioni.

Il precedente nel riconoscimento del diritto alla vita a livello legislativo era stata la Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti (1776), il cui Preambolo, tra le verità definite “self evident”, include la Vita tra i diritti inalienabili che appartengono a tutti gli uomini⁷. Il diritto alla vita, secondo la filosofia americana di stampo jeffersoniano, è diritto del ricevente a non vedere provocata la propria morte.

⁷ United States Declaration of Independence, adottata a Philadelphia il 4 luglio 1776, Preambolo: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”

La Dichiarazione universale dei diritti umani⁸ e la Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell’Uomo⁹, entrambe redatte nel 1948, sono i primi documenti internazionali a riconoscere il diritto alla vita e seguono l’interpretazione di diritto puramente negativo. Tuttavia, l’evoluzione giurisprudenziale è arrivata a includervi una tutela diversa che, tramite obblighi imposti a Stato e privati, mira a proteggere l’individuo non solo da privazioni arbitrarie della vita come bene giuridico in sé, ma anche a garantire il diritto a condizioni di vita di un certo tipo.

Tale concetto era stato sviluppato anche prima del secondo conflitto mondiale, seppur ancora a livello non legislativo, con l’idea che la tutela della vita doveva estendersi anche a condizioni di pieno sviluppo fisico e morale¹⁰.

Il diritto alla vita si configura secondo questa linea come un diritto non solo di ricezione, ma anche di prevenzione, preservazione e soddisfazione, che anche secondo l’UNESCO include condizioni a “un minimo sostanziale in termini di salute, cure mediche, prevenzione, tutela della famiglia, e un diritto alla protezione dello Stato¹¹”.

Altri testi normativi differiscono per le formulazioni adottate.

La Convenzione americana sui diritti umani del 1969 chiarisce che la vita è protetta “in generale, dal momento del concepimento¹²”, rimanendo l’unico trattato a chiarire l’inizio cronologico della vita, e della relativa protezione giuridica, scendendo tuttavia a patti con una soluzione tanto compromissoria quanto rischiosa nella clausola “generally”, in generale, che si presta ad interpretazioni estremamente diversificate¹³.

In altro contesto, la Corte americana ha ampliato il concetto di diritto alla vita affermando che esso non consiste solamente nell’assenza di morte, ma anche nel diritto

⁸ Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite a Parigi, ris. 217 A (III), 10 dicembre 1948, art. 1

⁹ Dichiarazione Americana dei diritti e doveri dell’uomo, adottata dalla IX Conferenza internazionale americana a Bogotá il 2 maggio 1948, art. 1

¹⁰ Cfr. Ricostruzioni dottrinali delle prime esperienze associative europee in materia di diritti umani, in particolare nel contesto della *Ligue française des droits de l’homme* (1898)

¹¹ L. Carneiro, “On the draft convention and universal declaration of the rights of man” in *Human Rights*, UNESCO, 1949, p. 180

¹² Convenzione americana dei diritti umani, adottata a San José di Costa Rica il 22 novembre 1969, art. 4, § 1

¹³ Vd. Commissione Interamericana dei Diritti umani, *White e Potter (Baby Boy) c. Stati Uniti*, Caso 2141, Rapporto No. 23/81, 6 marzo 1981, in OAS, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980–1981*, doc. 9 rev. 1 (1981), §§ 18-30, in cui la Commissione interamericana per i diritti umani ha escluso che la normativa imponesse una protezione assoluta della vita prenatale

a una vita di un certo tipo, vale a dire il diritto a vivere in condizioni dignitose, con un livello minimo di accesso a beni e servizi di prima necessità¹⁴.

Questa linea, che rappresenta la moderna concezione del diritto alla vita, è ripresa anche da strumenti normativi appartenenti ad epoche ancora più recenti e aree geografiche distanti fra loro.

La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981) sancisce che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita e integrità¹⁵: il diritto alla vita comprende dunque obblighi positivi in base ai quali lo Stato deve garantire delle condizioni materiali, poiché senza poter soddisfare i propri bisogni fondamentali la dignità della vita umana non è rispettata¹⁶.

La Carta asiatica dei diritti umani, un documento programmatico elaborato nel 1998 dalla Commissione asiatica per i diritti umani, rende il concetto estremamente chiaro, esplicitando che il diritto alla vita “is not confined to mere physical or animal existence but includes the right to every limb or faculty through which life is enjoyed. It signifies the right to live with basic human dignity, the right to livelihood, the right to a habitat or home, the right to education and the right to a clean and healthy environment for without these there can be no real and effective exercise or enjoyment of the right to life”¹⁷.

Da ultimo, nella Carta araba dei diritti umani, il diritto alla vita è collegato a condizioni minime di sussistenza¹⁸.

La dignità svolge dunque un ruolo fondamentale nella tutela dei diritti umani, come ribadito nel Preambolo della Dichiarazione universale, che riconosce una dignità “inerente” a tutti i membri della famiglia umana, e nell'articolo 1, che sancisce l'uguaglianza in dignità e diritti.

Tale impostazione segue quella del documento fondativo delle Nazioni Unite, che riconosce esplicitamente “la dignità e il valore della persona umana” come principi

¹⁴ Corte Interamericana dei Diritti umani, *Villagrán-Morales e al. c. Guatemala* (“Street Children”), 19 novembre 1999, Series C No. 63, §§ 144-148

¹⁵ Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata dalla Organization of African Unity (OAU) a Nairobi il 27 giugno 1981, art. 4

¹⁶ Commissione africana dei Diritti dell'uomo e dei popoli, *Social and Economic Rights Centre (SERAC) and Centre for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, Comunicazione No. 155/96 (2001), decisione del 27 ottobre 2001, §§ 41-68

¹⁷ Carta asiatica dei Diritti umani, adottata a Gwangju il 17 maggio 1998, § 3.2

¹⁸ Carta araba dei Diritti umani, adottata dalla Lega degli Stati arabi al Cairo il 22 maggio 2004, art. 5 combinato con disposizioni in materia di diritti economici e sociali.

fondanti della cooperazione internazionale e del multilateralismo per la pace e lo sviluppo di una società umana solidale¹⁹.

Questo approccio che aggancia la dignità alla vita stessa apre la strada a un'integrazione della sacralità della vita con la dignità umana²⁰, incorporando numerosi e diversificati diritti economici e sociali nel diritto fondamentale in esame in quanto necessari alla sua realizzazione e confermando la teoria per cui il diritto alla vita è preordinato alla realizzazione degli altri.

Mentre le Corti internazionali hanno compiuto passi molto cauti in questa direzione, alcune corti nazionali, come la Corte Suprema indiana, si sono mosse con più decisione, intendendo il diritto alla vita come eterodiretto e comprensivo degli altri²¹.

1.2 Diritto alla vita ex Articolo 2 CEDU

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito "CEDU")²² costituisce il primo strumento normativo a predisporre una protezione giurisdizionale dei diritti umani, tra cui il diritto alla vita all'articolo 2. Nonostante detenga questo primato, la formulazione del testo è estremamente ampia: "Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge". Non vi sono riferimenti alla natura o al significato del concetto di "vita", né indicazioni circa l'estensione cronologica della stessa, e la formulazione sembra dunque propendere per un concetto di tutela ampio. La scelta suggerisce sia che il diritto alla vita sia un concetto preesistente, che non deve essere definito ma semplicemente incapsulato nella disposizione, sia che esso stesso incarni il concetto di universalità dei diritti: il silenzio normativo sembra alludere a una lettura per cui la "vita" come bene giuridico appartiene a ogni essere umano in quanto persona per il solo fatto di esistere, e la legge è lo strumento non tanto per riconoscerlo, ma per proteggerlo. Questo significa che il diritto alla vita differisce per la sua natura da molti altri il cui riconoscimento è dibattuto nelle diverse realtà giuridiche, e che necessitano dunque di una validazione normativa prima che di una protezione; la formulazione CEDU, infatti, suggerisce che la disposizione non stia validando il diritto alla vita, operazione superflua per un diritto considerato preesistente a qualsiasi ordinamento, ma fornisca semplicemente una base giuridica per la sua protezione.

¹⁹ Carta delle Nazioni Unite, adottata a San Francisco il 26 giugno 1945, Preambolo

²⁰ C. Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Principle*, Hart Publishing, 2013

²¹ Corte Suprema dell'India, *Francis Coralie Mullin c. The Administrator, Union Territory of Delhi*, 13 gennaio 1981, (1981) 2 SCC 608, §§ 7-8

²² Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, adottata a Roma il 4 novembre 1950

Dopo oltre mezzo secolo di giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, l’interpretazione del diritto dei diritti rimane contraddistinta da un notevole grado di ambiguità, a partire dalla lettera della legge.

La Corte ha reso chiaro a più riprese che il diritto alla vita è “una delle disposizioni fondamentali della Convenzione²³”, fino ad affermare che esso è “il più fondamentale dei diritti umani, che incarna i valori delle società democratiche del Consiglio d’Europa”²⁴.

Esso è stato descritto in generale come “uno dei diritti più importanti”²⁵, “il diritto supremo”²⁶, e “uno dei diritti che costituiscono il nucleo irriducibile dei diritti umani”²⁷. La sede attuale non si presta all’analisi delle radici morali dell’assenza di una specificità maggiore del contenuto del diritto alla vita nell’approccio legislativo europeo, riguardo alla quale sarebbe da indagare il ricorso a soluzioni compromissorie testimoniate nei lavori preparatori che sono necessarie in sede di redazione di una convenzione internazionale, né ad indagare se il diritto alla vita possa essere considerato effettivo in condizioni che non assicurano la sopravvivenza essenziale e condizioni di vita dignitose. È sufficiente accennare che la dignità umana è senza dubbio un principio immanente della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, ed è stata collegata in più occasioni specificamente all’attuazione del diritto alla vita.

Come progressivamente ricostruito dalla giurisprudenza analizzata, l’articolo 2 CEDU è strutturato in una tutela multilivello, che si compone di obblighi negativi, positivi e procedurali.

²³ Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, [GC], 27 settembre 1995, ric. n. 18984/91, ECLI:CE:ECHR:1995:0927JUD001898491, § 147; Corte EDU, *Salman c. Turchia*, 27 giugno 2000, ric. n. 21986/93, ECLI:CE:ECHR:2000:0627JUD002198693, § 97; Corte EDU, *Jordan c. Regno Unito*, 4 maggio 2001, ric. n. 24746/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD002474694, § 102

²⁴ Corte EDU, *Shanaghan c. Regno Unito*, 4 maggio 2001, ric. n. 37715/97, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD003771597, § 85; Corte EDU, *Šilih c. Slovenia*, 9 aprile 2009, ric. n. 71463/01, ECLI:CE:ECHR:2009:0409JUD007146301, § 147

²⁵ Commissione europea dei diritti dell’uomo, *Stewart c. Regno Unito*, ric. n. 10044/82, decisione del 10 luglio 1984, (1984) 27 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 129, *Decisions and Reports* 39, § 11: “The Commission’s approach to the interpretation of Article 2 must be guided by a recognition that it constitutes one of the most important rights in the Convention”

²⁶ UN Human Rights Committee, *General Comment No. 6 (16): Article 6 (Right to Life)*, UN Doc. CCPR/C/21/Add.1, §§ 1-5: “The right to life [...] is the supreme right”

²⁷ C.G. Weeramantry, opinione dissenziente in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo della Corte internazionale di giustizia dell’8 luglio 1996, *I.C.J. Reports* 1996, p. 506: “It is one of the rights which constitute the irreducible core of human rights”

1.3 Obblighi negativi

1.3.1 Divieto di pena di morte

Il primo periodo dell'articolo 2 enuncia il divieto di privazione intenzionale della vita, accompagnato dall'eccezione di esecuzione di sentenze capitali pronunciate dai tribunali²⁸.

Al tempo di redazione della Convenzione, i trattati sui diritti umani inquadrano la pena di morte entro limiti giuridici per regolarla tramite condizioni sostanziali, procedurali e personali che ne limitino l'utilizzo. L'articolo 6 del Patto sui diritti civili e politici, ad esempio, ne subordina la legittimità a criteri di gravità del crimine, di tempo in termini di leggi in vigore al momento del fatto e di sentenza definitiva, stabilendo altresì il diritto di chiedere il perdono o la commutazione della sentenza, e anche il divieto di erogare la pena capitale per i minori di 18 anni e per le donne in stato di gravidanza²⁹. Successivamente, in seno al Consiglio d'Europa si è sviluppata una chiara e ferma tendenza verso un'abolizione *de facto*, seguita da una di diritto, della pena di morte, dopo che la Corte di Strasburgo aveva affermato che essa doveva ritenersi pari a un trattamento inumano vietato ai sensi dell'art. 3³⁰, e in seguito esplicitando che il secondo periodo dell'art. 2 CEDU va interpretato nel senso di proibire la pena di morte in tempo di pace in maniera assoluta³¹. Questa abolizione è stata sancita con il Protocollo n. 6 nel 1985, che abolisce la pena di morte in tempo di pace in ogni circostanza³².

Difatti, studi di diritto internazionale comparato avevano evidenziato una crescente tendenza internazionale verso una sua abolizione in quanto contraria al diritto internazionale, come sancito da sentenze di autorevoli Corti in ogni parte del mondo³³. Allo stesso modo, il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani aveva ritenuto

²⁸ CEDU, art. 2 “[...] Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena”

²⁹ Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, art. 6

³⁰ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, [GC], 12 maggio 2005, ric. n. 46221/99, ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199, § 165

³¹ Corte EDU, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, 2 marzo 2010, ric. n. 61498/08, ECLI:CE:ECHR:2010:0302JUD006149808, §§ 116-120

³² Protocollo n. 6 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (abolizione della pena di morte), Strasburgo, 28 aprile 1983

³³ Vd. Corte costituzionale del Sudafrica, *S c. Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391 (CC), § 144 e Corte suprema del Canada, *United States of America c. Burns and Rafay*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, 15 febbraio 2001, § 7, che avevano equiparato la pena di morte a un trattamento crudele, inumano e degradante.

l'esecuzione della pena capitale contraria all'art. 6 del Patto dei diritti civili e politici³⁴, e anche Corti nazionali di alcuni Paesi europei quali Ungheria, Ucraina, Albania, Lituania e Repubblica Srpska in relazione alla Bosnia-Erzegovina si erano schierate fermamente cancellando dal diritto interno l'istituto della pena capitale.

In tale contesto ideologico di stampo illuminista è naturalmente sorto un interrogativo circa la necessità di una modifica formale della Convenzione; in sua assenza, la Corte ha elaborato un'interpretazione che ha ridimensionato la portata dell'art. 2 senza dichiararne l'incompatibilità ai sensi dell'art. 3: in *Soering c. Regno Unito*, la Corte ha evitato di affermare che la pena capitale fosse di per sé incompatibile con l'art. 2, riconoscendo che le modalità concrete della sua applicazione potessero integrare una violazione dell'art. 3. Il divieto di trattamenti inumani o degradanti ha finito dunque per svolgere una funzione di preclusione, *pre-emption*, rispetto all'art. 2, assorbendo la valutazione della compatibilità con l'analisi delle condizioni di detenzione, garantendo una tutela sostanziale più ampia pur in assenza di una revisione testuale della Convenzione³⁵.

La Corte EDU ha avuto l'occasione di mettere in luce l'incompatibilità della pena capitale con gli standard di diritti umani a livello europeo un decennio più tardi, nel caso relativo ad Abdullah Öcalan, fondatore e leader storico del Partito dei Lavoratori del Kurdistan (PKK), processato per reati estremamente gravi come il terrorismo. La Corte ha dedicato una sezione della sentenza alla rilevanza legale della pratica degli Stati contraenti, rilevando come l'esecuzione della pena di morte fosse da considerarsi come trattamento contrario all'art. 3 e affermando che non si poteva escludere che gli Stati avessero optato per modificare l'art. 2 in senso abolizionista tramite la loro prassi³⁶.

Nel ragionamento ermeneutico e a favore di una sufficienza della evoluzione pratica statale per modificare l'interpretazione della Convenzione, la Corte prende le mosse dalla natura speciale della Convenzione quale trattato sui diritti umani, che in quanto tale deve essere interpretato in armonia con altre norme del diritto internazionale³⁷. In particolare, la Corte si discosta dal ragionamento espresso dalla stessa in *Soering c.*

³⁴ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Reid c. Jamaica*, Comunicazione n. 250/1987, UN Doc. CCPR/C/39/D/250/1987, 20 luglio 1990

³⁵ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, 25 gennaio 1989, ric. n. 14038/88, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888, §§ 102-104

³⁶ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 30), §§ 185-188

³⁷ Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ric. n. 35763/97, ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397, 21 novembre 2001, § 55; Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, 18 dicembre 1996, ric. n. 15318/89, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD001531889, § 43.

Regno Unito, in cui, pur riconoscendo la possibilità che una prassi consolidata potesse portare a una modifica della pena capitale in qualità di indice dell'accordo degli Stati in favore dell'abrogazione, rilevava che la stipulazione del Protocollo n. 6 fosse da intendersi come intenzione di adottare il metodo di modifica ordinario, implementando uno strumento facoltativo che lasciasse agli Stati discrezionalità nell'assumere l'impegno abolizionista. In *Öcalan c. Turchia*, invece, la Corte EDU sottolinea come il ricorso allo strumento protocollare non è altro che uno dei criteri in base ai quali valutare le prassi nazionali. Rifacendosi al carattere, sancito più volte dalla stessa Corte e ritenuto parte integrante della giurisprudenza CEDU, di *living instrument* della Convenzione, la Corte sottolinea come essa debba essere interpretata "in the light of the present-day conditions"³⁸. Va da sé che queste ultime, come riconosciuto nel testo della sentenza, sono soggette a considerevoli evoluzioni, come dimostrato dal fatto che nella quindicina di anni che intercorrono tra i due giudizi in esame gli Stati abolizionisti erano passati da ventidue a quarantatré. Inoltre, l'unico Stato che non aveva ancora formalmente abolito la pena capitale, la Russia, ne aveva comunque sospeso l'applicazione mediante una moratoria.

A riprova di ciò, il Consiglio d'Europa oggi richiede ai nuovi Stati membri di impegnarsi ad abolire la pena capitale quale condizione per l'ammissione.

Dunque, l'area degli Stati del Consiglio d'Europa può essere considerata una *death penalty free zone*, libera dalla pena di morte in tempo di pace.

Per l'appunto, il Protocollo n. 6 ospitava tuttavia ancora l'eccezione degli "atti commessi in tempo di guerra e in caso di pericolo imminente di guerra". Il contesto bellico dava luogo, dunque, ad un'eccezione rilevante nella tutela del diritto alla vita intenzionalmente violato, che è stata cancellata definitivamente qualche decennio dopo con la ratifica del Protocollo n. 13, che abolisce la pena di morte in tutte le circostanze³⁹. Tale Protocollo è stato attualmente firmato dalla totalità di Stati membri del Consiglio d'Europa, fatta eccezione per Azerbaigian e Russia, dando origine a dubbi in relazione alla compatibilità della mancata firma con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'ordinamento giuridico europeo.

³⁸ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 30), § 163

³⁹ Protocollo n. 13 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (abolizione totale della pena di morte), Vilnius, 3 maggio 2002

1.3.2 Divieto di uccisioni arbitrarie

Il restante e vigente obbligo negativo imposto agli Stati è quello di astenersi dal compiere, per mezzo dei propri individui o organi, uccisioni arbitrarie. L'uso letale della forza, difatti, può violare il diritto alla vita, anche quando lo scopo di tale uso sia legittimo e la conseguenza letale non sia intenzionale, se il ricorso alla forza non rispetta i requisiti di necessità e proporzionalità, come sancito al par. 2 dell'articolo. Si tornerà in seguito su questo argomento in dettaglio.

1.3.3 Divieto di estradizione

La giurisprudenza della Corte, tramite un ragionamento induttivo analogico che parte dal divieto di trattamenti inumani e degradanti, ha ricostruito un altro obbligo negativo che consiste nel divieto di respingere, espellere o estradare una persona verso un Paese nel quale essa rischi seriamente di essere privata della vita⁴⁰. Tale divieto discende direttamente dal principio di *non-refoulement*, che trova origine nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati⁴¹, per poi affermarsi nel diritto consuetudinario, estendendo il suo ambito sia soggettivo, includendo tutti gli stranieri indipendentemente dallo status legale di rifugiati, che oggettivo, vale a dire relativo anche a espulsione ed estradizione. L'obbligo mira ora dunque a proteggere non solo da forme di discriminazione, ma anche dal rischio di gravi violazioni del diritto alla vita e del diritto di non subire tortura o trattamenti inumani o degradanti. In sostanza, il principio di non respingimento e il diritto alla vita si sono progressivamente integrati reciprocamente.

Ne deriva dunque che gli Stati della Convenzione europea hanno l'obbligo di non respingere gli stranieri verso Paesi nei quali rischiano di essere sottoposti alla pena di morte.

1.4 Obblighi positivi

Agli obblighi negativi esplicitamente enunciati dalla Convenzione, la giurisprudenza di Strasburgo ha progressivamente affiancato una serie di obblighi positivi che costituiscono l'altro versante di tutela della vita, sulla base della convinzione che un approccio puramente negativo alla tutela dei diritti umani non sia sufficiente a garantire

⁴⁰ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 35), § 88; Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996, ric. n. 22414/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, § 74; Corte EDU, *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0228JUD003720106, § 125

⁴¹ Convenzione relativa allo status dei rifugiati (Convenzione di Ginevra del 1951), adottata a Ginevra il 28 luglio 1951 ed entrata in vigore il 22 aprile 1954, art. 33

una protezione effettiva. Secondo alcuni storici del diritto moderno, infatti, lo scopo della Convenzione non è tanto salvaguardare la libertà individuale contro il potere statale, ma tutelare la dignità umana⁴². In quest'ottica, tenendo conto della genesi storica della CEDU, in cui era moralmente decaduta l'idea che una maggioranza potesse essere considerata affidabile nella tutela di una minoranza, o che il potere statale potesse arginare le violazioni dei diritti umani, o ancora che milioni di persone comuni non avrebbero collaborato in tali violazioni, il testo è strutturato sostanzialmente sull'effettività, più che sulla definizione di diritti umani da un punto di vista dichiarativo. Secondo Keir Starmer, gli obblighi positivi sono infatti il segno distintivo della CEDU, e la differenziano da altri strumenti di tutela dei diritti umani, in particolare rispetto a quelli che precedono il Secondo conflitto mondiale⁴³.

Nel capitolo del suo manuale pratico dedicato specificamente a tali obblighi⁴⁴, Starmer rinviene la loro origine nella combinazione di principi del diritto pattizio internazionale, per cui gli Stati devono garantire i diritti sanciti nel testo normativo a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione, ricollegandosi anche all'art. 13 che stabilisce che devono essere previsti rimedi interni effettivi per le violazioni dei diritti convenzionali. Nel ragionamento didascalico del giurista, i doveri derivanti dalle obbligazioni positive sorgono per certo quando sono in gioco diritti fondamentali, tra cui, citato in prima battuta nel testo, il diritto alla vita.

Riguardo all'art. 2, importando un ragionamento utilizzato in precedenza riguardo alla tutela della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU⁴⁵, la Corte, riferendosi al mancato avviso riguardo a rischi sanitari da esposizione a radiazioni, ha riconosciuto negli anni la chiara esistenza di obblighi positivi a carico degli Stati, sancendo che “The first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives within its jurisdiction”⁴⁶; ha poi proseguito esplicitando che tali obblighi non si applicano solamente in casi di uso della forza da parte di agenti statali, ma “in the context of any

⁴² A. Nour, “Chemical Castration of the Sexual Offender versus Human Fundamental Rights and Freedoms”, *Scholars International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 3, n. 5, 2020, p. 144-148

⁴³ K. Starmer, “Positive Obligations under the Convention”, in J. Jowell e J. Cooper (a cura di), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 159

⁴⁴ K. Starmer, *European Human Rights Law*, Legal Action Group, 1999, pp. 191-240

⁴⁵ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Guerra e al. c. Italia*, ric. n. 7154/75, decisione del 12 luglio 1978, *Decisions and Reports* 14, p. 31, § 58

⁴⁶ Corte EDU, *LCB c. Regno Unito*, 9 giugno 1998, ric. n. 23413/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002341394, § 36; Corte EDU *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, 14 marzo 2002, ric. n. 46477/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0314JUD004647799, § 54

activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake”⁴⁷. L’interpretazione adottata è dunque estremamente ampia, non solo perché viene ricompresa *qualsiasi* attività, ma perché viene inclusa la difesa da azioni sia pubbliche che private e viene ricompreso nella tutela anche il puro rischio (“may be at stake”), concetto quest’ultimo che è andato sempre più allargandosi e su cui torneremo più avanti. Tuttavia, la Corte ha affermato che l’art. 2 non riguarda questioni relative a qualità della vita o scelte personali; solo se essi sono aspetti così fondamentali da richiedere protezione contro l’ingerenza statale possono trovare riscontro nei diritti della Convenzione⁴⁸. In generale, il sistema di diritti umani europeo ha scelto di ricorrere alla categoria di obblighi positivi tendenzialmente verticali rispetto all’idea dei rapporti orizzontali come intesi secondo la *Drittwirkung* (letteralmente, “effetto verso terzi”), poiché la Corte non riconosce un’applicazione diretta dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati; al contrario, esamina la violazione attraverso la lente degli obblighi di protezione e verifica se la violazione in questione da parte di terzi possa essere collegata a un inadempimento dello Stato⁴⁹.

Addirittura, il giurista e teorico dei diritti umani francese Jean-François Akandji-Kombe ha affermato che lo Stato ha una sorta di “dovere di schizofrenia” di adottare misure necessarie per prevenire e punire violazioni commesse dai propri agenti⁵⁰.

Gli obblighi positivi appaiono estremamente diversificati per funzione e modalità di adempimento, e si distinguono in oneri sostanziali preventivi, obblighi procedurali con finalità repressive e infine obblighi di riparazione.

1.4.1 Obblighi sostanziali di prevenzione

1.4.1.1 Obbligo di predisporre un quadro normativo

In *Öneryıldız c. Turchia*, la Corte spiega che l’obbligazione sostanziale “primaria” a carico dello Stato prevede la predisposizione di un quadro normativo legislativo e

⁴⁷ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, 30 novembre 2004, ric. n. 48939/99, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, § 71

⁴⁸ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602, § 39

⁴⁹ L. Garlicki, “Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights” in A. Sajó and R. Uitz (a cura di), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, 2005, pp. 129-132

⁵⁰ J.-F. Akandji-Kombe, “Positive obligations under the European Convention on Human Rights – A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Handbooks*, n. 7, Council of Europe, 2007, p. 15

amministrativo di effettiva protezione dalle violazioni all'interno della legislazione nazionale⁵¹.

Il giurista Dimitris Xenos ha sottolineato l'importanza di tale obbligo, affermando che un quadro regolatorio può essere imposto come contenuto centrale degli obblighi positivi, poiché la regolamentazione degli standard dei diritti umani per orientare i comportamenti dei consociati è il primo e più basilare contenuto di tali obblighi⁵².

Difatti, la protezione effettiva dei diritti umani richiede spesso più di risposte ad hoc alle rivendicazioni di violazioni dei diritti, poiché la tutela dei diritti rischia altrimenti di dipendere da ampi poteri discrezionali di autorità statali, con un rischio di arbitrarietà che si riduce sensibilmente quando esse devono adempiere ai propri obblighi applicando un quadro legislativo già noto a un caso concreto. Anche nelle relazioni orizzontali, lo Stato deve predisporre norme interne vincolanti per dissuadere attori privati dalla violazione dei diritti umani, poiché essi non sarebbero soggetti a obblighi giuridici internazionali. Inoltre, gli organi regolatori, in particolare quelli legislativi, godono di maggiore legittimità democratica rispetto ai giudici e sono meglio collocati per compiere scelte politiche generali. Oltretutto, una regolazione ex ante è più affidabile in termini di certezza e prevedibilità del diritto⁵³.

La prevenzione da parte dello Stato di violazioni - o rischi evitabili, come vedremo più avanti - dei diritti fondamentali è tanto importante quanto l'astenersi da violazioni intenzionali. A dimostrazione di ciò, la Corte aveva affermato che non era sufficiente che lo Stato si astenesse da privazioni intenzionali della vita, ma, andando oltre ("further"), nella protezione legislativa della vita di ogni individuo si deve leggere l'obbligazione di adottare misure appropriate per salvaguardarla⁵⁴. È chiaro che tale obbligo si applichi senza alcun dubbio nel contesto specifico di attività qualificate come "pericolose", per le quali è necessario che il rischio sia gestito attraverso norme costruite sulla base delle caratteristiche speciali dell'attività in questione tramite misure pratiche

⁵¹ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 47), § 89: "The positive obligation to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2 (see paragraph 71 above) entails above all a primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life"

⁵² D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Routledge, 2012, p. 107

53

L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2016, p. 75

⁵⁴ Corte EDU, *X c. Regno Unito*, 5 novembre 1981, ric. n. 7215/75, ECLI:CE:ECHR:1981:1105JUD000721575, § 2

obbligatorie per garantire protezione ai soggetti la cui vita potrebbe essere messa in pericolo da rischi intrinseci inerenti all'attività stessa. La Corte ha poi esteso il medesimo standard di protezione adeguata e variabile ad operazioni e luoghi non necessariamente qualificati come pericolosi, come luoghi pubblici, trasporto su strade, ferrovie e navi, sanità pubblica e altri luoghi in cui possa verificarsi un pericolo per la vita⁵⁵.

1.4.1.2 Misure operative di prevenzione: l'*Osman test*

In tema di misure preventive operative, il leading case, e il conseguente standard a livello e nazionale e internazionale, è costituito dalla sentenza *Osman c. Regno Unito*, nella quale per la prima volta la Corte formulò il dovere di fornire agli individui adeguate misure di prevenzione per minacce provenienti da terzi⁵⁶.

Nel caso di specie, la Corte dovette pronunciarsi sulla sufficienza o meno delle misure preventive adottate dai corpi di polizia britannici in relazione alla prevenzione di atti criminali da parte di un insegnante nei confronti di un suo studente e del padre di quest'ultimo, che erano stati preceduti dallo sviluppo di una chiara ossessione nei confronti dello studente, dal cambio legale del cognome da parte dell'insegnante per avvicinarsi a quello dello studente e da atti violenti contro il personale scolastico. La Corte nel giudizio distingue tra un apparato normativo-amministrativo e misure concrete di prevenzione concentrandosi su due versanti: dapprima premette che è pacifica l'esistenza di un obbligo di predisporre un apparato penale e processuale destinato alla prevenzione, repressione e sanzione delle violazioni, per poi interrogarsi e fornire un parametro circa l'estensione di tale obbligo in relazione a rischi alla vita derivanti da atti criminali di un altro individuo.

Per quanto concerne il primo, gli Stati devono in primo luogo costruire un quadro normativo che assicuri la prevenzione non solo sulla carta dei codici di procedura penale

⁵⁵ In particolare, per i luoghi pubblici, vd. Corte EDU *Ciechońska c. Polonia*, 14 giugno 2011, ric. n. 19776/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0614JUD001977604 e Corte EDU, *Cavit Tinarlıoğlu c. Turchia*, 9 febbraio 2021, ric. n. 36542/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD003654216; per le strade, vd. Corte EDU, *Rajkowska c. Polonia*, 27 novembre 2007, ric. n. 27393/02, ECLI:CE:ECHR:2007:1127DEC003739302; per le ferrovie, vd. Corte EDU, *Kalınlar c. Turchia*, 15 dicembre 2009, ric. n. 4314/02, ECLI:CE:ECHR:2009:1215JUD000431402; per le navi, vd. Corte EDU, *Leray e altri c. Francia*, 20 dicembre 2001, ric. n. 44617/98, ECLI:CE:ECHR:2001:1220JUD004461798; per la sanità, vd. Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Barrett c. Regno Unito*, 9 aprile 1997, ric. n. 30402/96, ECLI:CE:ECHR:1997:0409DEC003040296; per gli altri luoghi, vd. Corte EDU, *Banel c. Lituania*, 18 giugno 2013, ric. n. 14326/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0618JUD001432611

⁵⁶ Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, ric. n. 23452/94, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294

ma anche nella pratica⁵⁷. Numerosi teorici, tra cui i già citati Starmer e Xenos, operano una distinzione tra obbligo generale da un lato e misure ad hoc e specifiche dall'altro. Tale obbligo comporta limiti per il legislatore nazionale nell'individuare scriminanti o cause di non punibilità, che andrebbero di fatto a sottrarre alla sanzione penale fatti lesivi del diritto alla vita. Ad esempio, in un caso che vedeva come Stato convenuto la Bulgaria, la Corte aveva censurato il sistema interno poiché non prevedeva, tra i requisiti delle scriminanti, la stretta necessità⁵⁸. Le autorità bulgare non avevano quindi verificato la sussistenza di tale limite all'uso della forza, prescindendo da un'interpretazione della normativa nazionale conforme alla CEDU.

La Commissione ha più volte preso posizione, incontrando il pieno favore degli Stati contraenti in esercizio della propria sovranità nazionale, sottolineando che le obbligazioni convenzionali non richiedono una identica formulazione nel diritto interno⁵⁹, come osservato da Mowbray: “[...] the positive obligation may be satisfied by the respondent state having adequate domestic legal provisions criminalising the conduct which threatens another’s Convention rights”⁶⁰. La *minimum obligation* convenzionale è dunque soddisfatta nel momento in cui gli Stati garantiscono che la sostanza del diritto tutelato è protetta dall'ordinamento nazionale.

Tali principi, che sono alla base della dottrina del margine di apprezzamento su cui torneremo diffusamente nel capitolo successivo, sono originati dal fatto che gli Stati adempiono agli obblighi positivi in modi differenti, e la scelta del mezzo da adottare rientra nella discrezionalità dello Stato medesimo⁶¹. Addirittura, alle volte l'obbligo positivo di istituire un sistema giudiziario efficace può essere soddisfatto senza

⁵⁷ Corte EDU, *Smiljanić c. Croazia*, 25 marzo 2010, ric. n. 35983/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0325JUD003598304, §§ 71-86; Corte EDU, [GC], *Calvelli e Ciglio c. Italia*, 17 gennaio 2002, ric. n. 32967/96, ECLI:CE:ECHR:2002:0117JUD003296796, § 49; Corte EDU, *The Sunday Times c. Regno Unito* (n. 1), 26 aprile 1979, ric. n. 6538/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, § 49; Corte EDU, *Zinatullin c. Russia*, 28 gennaio 2020, ric. n. 47920/16, ECLI:CE:ECHR:2020:0128JUD004792016

⁵⁸ Corte EDU, *Vlaevi c. Bulgaria*, 26 maggio 2016, ric. n. 42697/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0526JUD004269713; Corte EDU, *Karandja c. Bulgaria*, 7 ottobre 2010, ric. n. 69180/01, ECLI:CE:ECHR:2010:1007JUD006918001

⁵⁹ Corte EDU, *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, ric. n. 8793/79, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379; Corte EDU, *The Holy Monasteries c. Grecia*, 9 dicembre 1994, ric. nn. 13092/87 e 13984/88, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001309287

⁶⁰ A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, p. 225.

⁶¹ Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, § 31: “Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective “respect” for family life”

predisporre un rimedio penale ma tramite azioni civili o misure disciplinari, come spesso avviene nell'ambito della negligenza medica⁶².

Proseguendo nel ragionamento, la Corte ha riaffermato che il compito degli organi CEDU non comprende l'esame e la censura della compatibilità in astratto delle norme legislative nazionali con gli obblighi convenzionali, ma consiste nel verificarne l'effettività in concreto⁶³.

Entrando nel vivo del parametro in questione, il cosiddetto *Osman test*, e che sembra utile anticipare verrà applicato ad ambiti significativamente lontani e diversi da violazioni di altri individui singoli consociati, è spiegato chiaramente al paragrafo 116 del giudizio in questione, che sancisce che, per stabilire se le autorità abbiano violato l'obbligo di proteggere il diritto alla vita in relazione al dovere di prevenire e reprimere i reati contro la persona, deve essere accertato in modo soddisfacente "that the authorities knew or ought to have known at the time of existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk"⁶⁴.

All'interno dello scrutinio delle violazioni, occorre dimostrare dunque che le autorità erano a conoscenza o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di un rischio reale e immediato alla vita di una persona. Inoltre, è necessario dimostrare che le medesime autorità non abbiano adottato le misure ragionevolmente considerabili per evitare il rischio.

Lo standard probatorio applicabile ai sensi dell'art. 2 è in linea di principio quello del *beyond any reasonable doubt*, oltre ogni ragionevole dubbio⁶⁵, che non solo è importato nella totalità dei testi legislativi dei sistemi europei, siano essi di civil o common law, ma che è stato anche incorporato a livello internazionale nello Statuto di Roma della

⁶² Corte EDU, *Mastromatteo c. Italia*, 24 ottobre 2002, ric. n. 37703/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1024JUD003770397, §§ 90, 94-95; Corte EDU, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, cit. (v. sopra, nota 57), § 51; Corte EDU, *Vo c. Francia*, [GC], 8 luglio 2004, ric. n. 53924/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD005392400, § 90

⁶³ Corte EDU, *Klass e altri c. Germania*, 6 settembre 1978, ric. n. 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD00502971; Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23)

⁶⁴ Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 56), § 116

⁶⁵ Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD00531071, § 161; Corte EDU, *Orhan c. Turchia*, 18 giugno 2002, ric. n. 25656/94, ECLI:CE:ECHR:2002:0618JUD002565694, § 264; Corte EDU, *Avşar c. Turchia*, 10 luglio 2001, ric. n. 25657/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0710JUD002565794, § 282; Corte EDU, *Kleyn e altri c. Russia*, 11 aprile 2013, ric. n. 59532/00, ECLI:CE:ECHR:2013:0411JUD005953200, § 49

Corte penale internazionale⁶⁶. Chiaramente, in realtà, la Corte si limita a decidere sulla responsabilità statale ai sensi della CEDU, e non sulla colpevolezza penale o responsabilità civile nel sistema nazionale⁶⁷.

Nella prolifica giurisprudenza che parte da *Osman* per continuare negli anni successivi, l'onere della prova si sposterà e arricchirà a seconda delle circostanze.

La Corte EDU in *Osman* amplia ancora di più la tutela per gli individui respingendo la tesi avanzata dal governo britannico secondo la quale lo Stato sarebbe stato responsabile solamente in caso di grave negligenza o disprezzo del dovere convenzionale da parte delle proprie forze statali. Tale standard di tutela è infatti considerato troppo rigido e incompatibile con la protezione “pratica ed effettiva” di diritti fondamentali, incluso e *a fortiori* il diritto alla vita. Difatti, la Corte esplicita che l'entità della prova sufficiente è che il ricorrente dimostri che non è stato fatto tutto ciò che ragionevolmente ci si poteva attendere dalle autorità per evitare il rischio⁶⁸. In altre parole, è necessario verificare se ai soggetti coinvolti sia stato assicurato il livello di tutela non solo richiesto ma ragionevolmente atteso per evitare il rischio reale e immediato per la vita che si pensava potesse sorgere, anche solo eccezionalmente⁶⁹.

Nel caso in esame, i giudici di Strasburgo non avevano riscontrato una violazione dell'art. 2, ritenendo che non esistesse un rischio reale e immediato per la vita dello studente e della sua famiglia tale da imporre interventi ulteriori.

1.4.1.3 Estensione e limiti degli obblighi preventivi

La sentenza *Osman c. Regno Unito* è una sentenza di primaria importanza in tema di obblighi statali, in quanto la Corte EDU, espletando la sua funzione nomofilattica, elaborò un principio giuridico che sarebbe stato in seguito applicato a rischi e violazioni derivanti da situazioni estremamente diverse, come i casi di violenza domestica, disastri

⁶⁶ Statuto di Roma della Corte penale internazionale, adottato il 17 luglio 1998, art. 66, par. 3: “Al fine di condannare l'imputato, la Corte deve essere convinta della colpevolezza dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio”

⁶⁷ Corte EDU, *Al Nashiri c. Polonia*, 24 luglio 2014, ric. n. 28761/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD002876111, § 394; Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, [GC], 6 luglio 2005, ric. nn. 43577/98 e 43579/98, ECLI:CE:ECHR:2005:0706JUD004357798, § 147; Corte EDU, *Creangă c. Romania* [GC], 23 febbraio 2012, ric. n. 29226/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002922603, § 88

⁶⁸ Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 56), § 116; Corte EDU, *Kurt c. Austria*, 15 giugno 2021, ric. n. 62903/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315, § 160

⁶⁹ Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, 20 dicembre 2004, ric. n. 50385/99, ECLI:CE:ECHR:2004:1220JUD005038599, § 71

naturali e addirittura terrorismo, uccisioni o suicidi in custodia statale⁷⁰. Nel particolare caso delle persone detenute, in realtà, lo standard è ancora più rigoroso, in quanto, tenendo conto della particolare vulnerabilità del detenuto e dell'enorme potere delle autorità e forze dell'ordine statali sulle sue condizioni di vita, lo Stato deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per garantire protezione o cure mediche, e adottare misure ragionevoli per proteggere le persone detenute da attacchi potenzialmente letali da altri detenuti in caso in cui fosse a conoscenza di un rischio reale e immediato⁷¹. Ancora, la Corte ha affermato che, anche quando non risulta che le autorità conoscessero o avrebbero dovuto conoscere il rischio per la vita di un detenuto, esistono alcune precauzioni di base che ci si deve aspettare che agenti di polizia e personale penitenziario adottino.

Qualche anno dopo, nel caso *Mahmut Kaya* sull'uccisione di un medico sospettato di collaborare con il PKK (Partito dei Lavoratori del Kurdistan), la Turchia, seppur non fosse provato che gli agenti statali avessero di fatto ucciso la vittima, venne condannata poiché era ragionevolmente pensabile che le autorità sapessero chi fossero i mandanti e gli esecutori, dato il contesto di tensione del governo con il partito. La consapevolezza del rischio per la vita fu dunque necessaria e sufficiente per sancire una responsabilità delle forze di sicurezza statali. La maggioranza dei giudici ritenne che la protezione offerta dal diritto penale interno ordinario non fosse efficace nella regione sud-orientale turca al tempo dei fatti, a causa di difetti essenziali dello Stato di diritto tra cui l'esclusione dalla competenza dei pubblici ministeri per reati commessi da funzionari o

⁷⁰ Corte EDU, *Mastromatteo c. Italia*, cit. (v. sopra, nota 62), § 59; Corte EDU, *S.F. c. Svizzera*, 31 ottobre 2017, ric. n. 23405/16, ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002340516, §§ 97-98; Corte EDU, *Branko Tomašić e altri c. Croazia*, 15 gennaio 2009, ric. n. 46598/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0115JUD004659806; Corte EDU, *Dink c. Turchia*, 14 settembre 2010, ric. nn. 2668/07 e altri, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD000266807; Corte EDU, *Anguelova c. Bulgaria*, 13 giugno 2002, ric. n. 38361/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0613JUD003836197; Corte EDU, *Budayeva e altri c. Russia*, 20 marzo 2008, ric. nn. 15339/02 e altri, ECLI:CE:ECHR:2008:0320JUD001533902, § 152; Corte EDU, *Brincat e altri c. Malta*, 24 luglio 2014, ric. nn. 60908/11 e altri, ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD006090811, § 102; Cfr. Casi in cui i responsabili erano soldati delle forze armate che in esclusivo controllo dello stato, ad es. Corte EDU, *Moskondz c. Ucraina*, 17 gennaio 2013, ric. n. 52013/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0117JUD005201308, § 92; Corte EDU, *Servet Gündüz c. Turchia*, 9 febbraio 2021, ric. n. 62830/11, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006283011; Corte EDU, *Malik Babayev c. Azerbaigian*, 1 giugno 2017, ric. n. 30500/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0601JUD003050011; Corte EDU, *Boychenko c. Russia*, 12 ottobre 2017, ric. n. 8663/08, ECLI:CE:ECHR:2017:1012JUD000866308; Corte EDU, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo [GC]*, 31 gennaio 2019, ric. n. 78103/14, ECLI:CE:ECHR:2019:0131JUD007810314; Corte EDU, *Magnitskiy e altri c. Russia*, 27 agosto 2019, ric. n. 32631/09, ECLI:CE:ECHR:2019:0827JUD003263109; Corte EDU, *Gorelov c. Russia*, 20 marzo 2018, ric. n. 49096/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD004909611; Corte EDU, *Andronicou e Constantinou c. Cipro*, 9 ottobre 1997, ric. n. 25052/94, ECLI:CE:ECHR:1997:1009JUD002505294

⁷¹ Corte EDU, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 46), §§ 56-57

l'utilizzo di tribunali speciali la cui composizione non soddisfaceva i requisiti di cui all'art. 6 CEDU. Difatti, le autorità avevano a disposizione una ben più ampia gamma di misure preventive da adottare riguardo alle proprie forze di sicurezza e a quei gruppi che presumibilmente agivano con la loro conoscenza⁷².

La Corte ha generalmente esteso lo standard *Osman* dalla protezione di individui identificati come a rischio alla protezione generale della società da situazioni potenzialmente letali, riconoscendo un concetto ampio e preventivo di protezione della collettività nel suo insieme da rischi che minacciano l'interesse pubblico, cogliendo l'opportunità per ribadire l'importanza del diritto pubblico all'informazione⁷³.

L'obbligazione positiva a carico degli Stati nella tutela effettiva del diritto alla vita consiste in un obbligo di mezzi, e non di risultato, in cui si effettua un'analisi di adeguatezza della valutazione del rischio delle autorità alle misure adottate.

Forse per il carattere stesso dello scrutinio a livello CEDU, che è non solo una *extrema ratio* ma anche un ultimo rimedio giuridico in materia di diritti fondamentali, la valutazione non è di agevole conclusione: il confine di liceità dell'uso della forza da parte di agenti statali è un tema scivoloso, che è spesso stato oggetto di discussioni etiche oltre che giuridiche. Anche considerando l'importanza di una disposizione quale il diritto alla vita in una società democratica, la Corte di Strasburgo stessa ha sottolineato come le violazioni devono essere sottoposte "to the most careful scrutiny"⁷⁴, adottando uno standard estremamente elevato.

La Corte si è dunque trovata a più riprese nella posizione di confermare e alle volte riformulare l'*Osman test*, con opinioni non sempre ampiamente condivise.

Il caso *McCann c. Regno Unito*, ad esempio, è ricordato come uno dei più divisivi e controversi dell'intera giurisprudenza di Strasburgo. Lo Stato britannico venne condannato per la violazione dell'art. 2 in relazione all'uccisione di tre membri dell'IRA sul presupposto che essi fossero sul punto di azionare un ordigno esplosivo. In realtà,

⁷² Corte EDU, *Mahmut Kaya c. Turchia*, 28 marzo 2000, ric. n. 22535/93, ECLI:CE:ECHR:2000:0328JUD002253593, § 99; Corte EDU, *Akkoc c. Turchia*, 10 ottobre 2000, ric. nn. 22947/93 e 22948/93, ECLI:CE:ECHR:2000:1010JUD002294793, §§ 81, 83, 85

⁷³ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 47), § 90; Commissione Corte EDU, *Guerra e al. c. Italia*, cit. (v. sopra, nota 45), § 60; Corte EDU, *Mastromatteo c. Italia*, cit. (v. sopra, nota 62), §§ 72-77; Corte EDU, *Maiorano e altri c. Italia*, 15 dicembre 2009, ric. n. 28634/06, ECLI:CE:ECHR:2009:1215JUD002863406, § 107; Corte EDU, *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia*, 17 gennaio 2008, ric. n. 46846/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0117JUD004684605; Corte EDU, *Bromiley c. Regno Unito*, 23 novembre 1999, ric. n. 27227/95, ECLI:CE:ECHR:1999:1123JUD002722795; Corte EDU, *Akeliënė c. Lituania*, 16 ottobre 2018, ric. n. 19119/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1016JUD001911910

⁷⁴ Corte EDU, *McCann C. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 150

venne considerato che gli agenti fossero sinceramente convinti, sulla base delle informazioni fornitegli, della necessità di usare forza letale per prevenire un imminente attentato, e dunque che riguardo a questo aspetto non sussistesse una violazione dell'art.

2. Tuttavia, la Corte giudicò che l'organizzazione e pianificazione dell'operazione antiterrorismo da parte delle autorità integrasse una violazione del diritto alla vita, considerando ad esempio che non erano state considerate alternative meno letali. Difatti, la responsabilità di uno Stato non si limita alla prova significativa che l'uccisione da parte di agenti statali sia stata erronea, ma può sorgere anche quando le autorità omettano di adottare le precauzioni concretamente possibili nella scelta dei mezzi e dei metodi di un'operazione di sicurezza al fine di minimizzare perdite accidentali di vite civili. Questo ragionamento si spiega considerando che, nel momento in cui lo scopo primario di un'operazione militare dovrebbe essere la protezione delle vite dalla violenza illegale, l'uso massiccio di armi indiscriminate si pone in "palese contrasto" con esso, e non può essere considerato un metodo compatibile con il livello di cautela richiesto in operazioni che comportano uso di forza potenzialmente letale da parte di agenti statali⁷⁵.

La decisione fu adottata con una maggioranza risicata di dieci voti contro nove. Secondo l'opinione dissenziente congiunta dei nove giudici, tra cui figurava anche il Presidente Ryssdal insieme ai tre membri più anziani della Corte, perché sussista violazione per una colposa o dolosa pianificazione di un'operazione, cui sono conseguite violazioni dei diritti umani, è necessario dimostrare che, in base alle circostanze conosciute in quel determinato momento, un diverso corso d'azione sarebbe stato migliore di quello adottato all'epoca dei fatti, e avrebbe dato dunque risultati diversi. Gli autorevoli giudici ammonivano la Corte riguardo alla necessità di resistere alle tentazioni del senno di poi nel giudicare i possibili esiti di un'operazione condotta in modo differente⁷⁶.

Sulla stessa linea della sentenza, la Corte ravvisò una responsabilità della Turchia per la morte di *Havva Ergi*, uccisa durante un'operazione di imboscata antiterrorismo per

⁷⁵ Corte EDU, *Isayeva c. Russia*, 24 febbraio 2005, ric. n. 57950/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0224JUD005795000, § 191

⁷⁶ Corte EDU, *McCann e al. c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 8: "First, in undertaking any evaluation of the way in which the operation was organised and controlled, the Court should studiously resist the temptations offered by the benefit of hindsight. The authorities had at the time to plan and make decisions on the basis of incomplete information. [...] It would be wrong to conclude in retrospect that a particular course would, as things later transpired, have been better than one adopted at the time under the pressures of an ongoing anti-terrorist operation and that the latter course must therefore be regarded as culpably mistaken. It should not be so regarded unless it is established that in the circumstances as they were known at the time another course should have been preferred". Vd. anche Corte EDU, *Isayeva c. Russia*, cit. (v. sopra, nota 75), §§ 189-191 riguardo all'assenza di evacuazione preventiva prima di un bombardamento su un'area popolata.

catturare membri del PKK. Anche in questo caso, la Corte concluse che non fossero state adottate precauzioni sufficienti per proteggere la popolazione civile, e condannò lo Stato turco per le carenze nella pianificazione e conduzione dell'operazione delle forze di sicurezza. La Corte chiarì che le autorità nazionali, nel pianificare operazioni che prevedano potenzialmente l'uso della forza, devono tenere conto dei pericoli per i civili derivanti sia dal personale di sicurezza che dai sospetti terroristi o criminali contro i quali l'operazione è diretta⁷⁷.

Il rigore di questi requisiti è funzionale alla tutela di un diritto di primaria importanza quale il diritto alla vita e costituisce un elemento essenziale dell'obbligo positivo. L'onere della prova può spostarsi ulteriormente nei casi in cui gli eventi da cui sono derivate le violazioni ricadano interamente, o in larga misura, nella conoscenza esclusiva delle autorità. In tal caso, secondo la Corte in *Kelly c. Regno Unito*, sorgono forti presunzioni di fatto in relazione a lesioni o decessi, e l'onere della prova può in effetti essere considerato gravante sulle autorità, che devono fornire una spiegazione soddisfacente e convincente⁷⁸.

Secondo il diritto internazionale generale, infatti, un atto illegale che viola i diritti umani che inizialmente non è direttamente imputabile a uno Stato può comportare responsabilità internazionale dello Stato non per l'atto in sé ma per la mancanza di *due diligence* nel prevenire la violazione o rispondervi come richiesto dalla Convenzione⁷⁹. Affinché sia rilevabile la responsabilità statale, è stato ricostruito da varie Corti e ordinamenti sovranazionali che il rischio di danno deve essere conoscibile e prevedibile dallo Stato in questione⁸⁰. Nel contesto degli obblighi negativi, è di immediata

⁷⁷ Corte EDU, *Ergi c. Turchia*, 28 luglio 1998, ric. n. 23818/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0728JUD002381894, § 79: “[...] In the light of the above considerations, the Court agrees with the Commission that the responsibility of the State is not confined to circumstances where there is significant evidence that misdirected fire from agents of the State has killed a civilian. It may also be engaged where they fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, to minimising, incidental loss of civilian life.”

⁷⁸ Corte EDU, *Kelly e altri c. Regno Unito*, 4 maggio 2001, ric. n. 30054/96, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD003005496, § 92; Corte EDU, *Salman c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 23), § 100, Corte EDU, *Çakıcı c. Turchia*, [GC], 8 luglio 1999, ric. n. 23657/94, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002365794, § 85; Corte EDU, *Ertaş c. Turchia*, 27 maggio 2004, ric. n. 34672/97, ECLI:CE:ECHR:2004:0527JUD003467297, § 32; Corte EDU, *Timurtaş c. Turchia*, 13 giugno 2000, ric. n. 23531/94, ECLI:CE:ECHR:2000:0613JUD002353194, § 82; Corte EDU, *Jordan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 103

⁷⁹ Corte interamericana dei diritti umani, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29 luglio 1988, Serie C n. 4, § 172; C. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Springer-Verlag, 2003, pp. 291-294

⁸⁰ L. Lavrysen, op. cit., p. 132; T. Lambooy, “Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* No. 28, 2010, p. 418

comprensione come la conoscenza integri una sorta di *condicio sine qua non* degli atti criminali, ma il concetto è applicabile ugualmente agli obblighi positivi, dove la responsabilità statale sorge quando lo Stato può considerarsi “indirettamente coinvolto” in una violazione dei diritti umani, e tale coinvolgimento può essere accertato solo quando gli agenti statali fossero a conoscenza della necessità di protezione dei diritti umani⁸¹ sia da un punto di vista di identificazione della potenziale vittima⁸² che di una fonte di minaccia.

Nel contesto dell’*Osman test*, secondo Stoyanova, lo standard della conoscenza è più esigente del richiedere alle autorità di svolgere un ruolo reattivo e passivo, e impone che esse svolgano un ruolo proattivo⁸³. La flessibilità della condizione della conoscenza implica che la Corte non la consideri una distinzione netta, ma una questione di grado: “the more predictable a hazard, the greater the obligation to protect against it”⁸⁴.

A completamento della disamina degli obblighi positivi, è fondamentale aggiungere che essi incontrano dei limiti precisi e causati non da un indebolimento degli standard di tutela ma da una presa di posizione necessaria e naturale riguardo alla realtà dei fatti; come visto, gli scrutini esaminati sono connotati da un elevatissimo grado di complessità e flessibilità, in particolare tenendo conto del processo di valutazione ex post di eventi con conseguenze estremamente rilevanti.

L’obbligo preventivo a carico delle autorità non è infatti assoluto e illimitato: la Corte ha prudentemente chiarito in numerose occasioni che esso deve essere interpretato in modo tale da non imporre allo Stato un onere impossibile o sproporzionato⁸⁵. Del resto, sarebbe impensabile concepire una sorta di responsabilità oggettiva da protezione del diritto alla vita in qualsiasi situazione di pericolo o rischio per la stessa, e da un punto di vista processualpenalistico e di politica criminale ciò sarebbe, oltre che moralmente fallace, giuridicamente inaccettabile. Non solo, ma la Corte, dimostrando conoscenza delle società degli Stati contraenti e venendo a patti con alcuni aspetti intrinseci della

⁸¹ D. Xenos, op. cit., pp. 74-82

⁸² Ma non necessariamente, cfr. Corte EDU, *Mastromatteo c. Italia*, cit. (v. sopra, nota 62), § 69; Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 56), § 116; Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, cit. (v. sopra, nota 69), § 71

⁸³ V. Stoyanova, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered* (PhD dissertation, Lund University, 2015), p. 544

⁸⁴ Corte EDU, *Finogenov e altri c. Russia*, 20 dicembre 2011, ric. nn. 18299/03 e 27311/03, ECLI:CE:ECHR:2011:1220JUD001829903, § 243

⁸⁵ Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 56), § 116; Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 47), § 107; Corte EDU, *Mahmut Kaya c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 72), § 86; Corte EDU, *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia*, cit. (v. sopra, nota 73), § 46

giustizia sovranazionale, si è mostrata spesso riluttante, al di fuori di situazioni straordinarie di sicurezza instauratesi in alcuni ambienti ed epoche storiche, nello stabilire che gli Stati abbiano omesso di fornire adeguata protezione di polizia alla comunità, comprendendo le sfide operative di mantenimento dell'ordine nelle società moderne, l'imprevedibilità del comportamento umano e le scelte delle politiche in termini di priorità e risorse⁸⁶. Del resto, "Not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising"⁸⁷. Non esiste dunque un obbligo di intervento con misure impeditive in ogni caso di asserito rischio per la vita, ma è necessario verificare circostanze di fatto, proporzionalità e conoscenze soggettive degli interventi al fine di valutarne la liceità. È ragionevole pensare che queste siano le ragioni per cui le numerose sentenze in materia di obblighi positivi derivanti dal diritto alla vita arrivino a conclusioni estremamente diverse, date non tanto da divergenze o evoluzioni dottrinali, ma da circostanze di fatto anche solo lievemente differenti.

1.4.2 Obblighi procedurali di repressione

Se non fosse stato reso sufficientemente chiaro fino ad ora, è doveroso ricordare che a uno scrutinio sostanziale delle violazioni corrisponde in maniera perfettamente complementare un esame di merito nella procedura, derivante dall'asserito mancato rispetto degli oneri positivi procedurali derivanti dall'art. 2, che hanno tendenzialmente una finalità repressiva. La Corte, infatti, in numerosi casi tra cui il già noto *Öneryıldız c. Turchia*, dopo aver concluso l'esame delle premesse sostanziali delle violazioni, afferma che "The obligations deriving from Article 2 do not end there", proseguendo nell'esplicitare che l'ulteriore obbligo a carico degli Stati per la tutela positiva del diritto alla vita consiste nel "duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response - judicial or otherwise - so that the legislative and administrative framework set up to protect life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished"⁸⁸.

Gli Stati hanno dunque l'obbligo, e possono dunque essere condannati in caso di mancato rispetto, di svolgere indagini effettive, indipendenti e tempestive sulle asserite

⁸⁶ Corte EDU, *Denizci e altri c. Cipro*, 23 maggio 2001, ric. nn. 25316/94, 25317/94, 25318/94, 25319/94, 25320/94, 25321/94 e 27207/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0523JUD002531694, § 376

⁸⁷ Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 56), § 116

⁸⁸ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 47), § 91

violazioni, tenendo chiaramente conto anche del contesto in cui esse si sono verificate⁸⁹. Il cuore del principio è quello per cui uno Stato “cannot fulfil their duties under the Convention by simply remaining passive”⁹⁰, altrimenti la proibizione generale di uccisioni arbitrarie commesse da agenti statali sarebbe totalmente inefficace in assenza di un metodo di scrutinio della legittimità di tali azioni. A sostegno di ciò, in varie sentenze si richiamano anche gli *United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*⁹¹ e gli *UN Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions*⁹². Gli obblighi procedurali della CEDU sono stati formulati per la prima volta proprio nell’ambito dell’uso di forza letale da parte di agenti statali in cui la Corte ha ritenuto che la proibizione generale di uccisione arbitraria sarebbe stata inefficace, in pratica, in assenza di una procedura di esame di legittimità del ricorso alla forza⁹³.

Come rilevato dalla studiosa Eva Brems, “The obligation to investigate appears to exist as part of a State’s positive obligations under a substantive ECHR provision whenever the alleged substantive violation involves violence”⁹⁴.

La giustificazione originaria dell’obbligo procedurale si rifà all’esigenza di garantire effettività pratica a livello interno delle limitazioni poste dall’art. 2 e dalla combinazione degli articoli 1 e 2 della Convenzione, per garantire che i diritti non siano “teorici o illusori”, ma “pratici ed effettivi”⁹⁵. Inoltre, si avvertiva l’esigenza di evitare abusi da parte delle autorità in contesti in cui le uccisioni avvenivano spesso senza testimoni indipendenti. Un altro fattore, seppur marginale, era il carico di lavoro della Corte,

⁸⁹ Corte EDU, *Mastromatteo c. Italia*, cit. (v. sopra, nota 62); Corte EDU, *Jordan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23); Corte EDU, *Finogenov c. Russia*, cit. (v. sopra, nota 84); Corte EDU, *Pad e altri c. Turchia*, 28 giugno 2007, ric. n. 60167/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0628DEC006016700

⁹⁰ A. Mowbray, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, 5 *Human Rights Law Review* (2005), p. 78

⁹¹ United Nations, *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, adottati dall’VIII United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, L’Avana, 27 agosto - 7 settembre 1990, Principles 5, 7, 9

⁹² United Nations, *Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions*, adottati dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite con risoluzione 1989/65 del 24 maggio 1989

⁹³ Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 161: “The Court confines itself to noting that a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities.”

⁹⁴ E. Brems, “Procedural protection – An examination of procedural safeguards read into substantive Convention Rights”, in E. Brems and J. Gerards (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 144

⁹⁵ Corte EDU, *Ilhan c. Turchia*, 27 giugno 2000, ric. n. 22277/93, ECLI:CE:ECHR:2000:0627JUD002227793, § 91

significativamente aumentato, secondo il rapporto del Comitato dei Ministri, dal fatto che le autorità nazionali fallivano nello svolgere indagini fattuali che ricadevano dunque sull'organo sovranazionale⁹⁶.

Questo obbligo affianca e colora l'obbligo sostanziale di prevedere un quadro efficace per inquadrare le violazioni, che, in assenza dell'onere in esame, rimarrebbe vuoto nel concreto. Se l'art. 2 impone agli Stati l'obbligo di scoraggiare la commissione di reati contro la persona predisponendo efficaci disposizioni di legge penali, esse devono essere sostenute da meccanismi di applicazione della legge stessa, finalizzati alla repressione delle violazioni di tali disposizioni⁹⁷. L'obbligo di effettività è collegato al diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 e al dovere di esaurire i rimedi interni prima di presentare il ricorso alla Corte EDU di cui all'art. 35⁹⁸.

La mancata predisposizione o il fallimento nello svolgere indagini efficaci e complete si può desumere da vari elementi che concernono non le circostanze di diritto, come nel caso di alcuni obblighi positivi esaminati in precedenza, ma di fatto. Per tale motivo, alcune delle sentenze analizzate in precedenza verranno riproposte in questa sede sotto un altro aspetto delle violazioni, seguendo il modus operandi della Corte EDU che, spesso, non ha riconosciuto una violazione sostanziale dell'art. 2 ma ha condannato nel medesimo giudizio per carenze procedurali.

Il noto caso *McCann c. Regno Unito* costituisce un *turning point*, in quanto è il primo caso esaminato dalla Corte in tema di uso della forza letale da parte di agenti statali⁹⁹. In questa sede, la Corte elabora a grandi linee l'obbligo di condurre un'indagine effettiva¹⁰⁰, e i principi formulati saranno successivamente elaborati e applicati nella giurisprudenza di Strasburgo. Nel caso di specie, i ricorrenti lamentavano in primo luogo una violazione procedurale: l'analisi della scena del crimine non era stata svolta secondo le norme ordinarie, i testimoni oculari non erano stati interrogati. Inoltre, essi

⁹⁶ Council of Europe, *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, 27 settembre 2001, § 63. Per un esame del rapporto si veda A. Mowbray, "Proposals for Reform of the European Court of Human Rights", *Public Law* 252, 2002

⁹⁷ M. Janis, R. Kay e A. Bradley, *European Human Rights Law: Texts and Materials*, Oxford University Press, 2008, p. 130

⁹⁸ Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, cit. (v. sopra, nota 69), § 73

⁹⁹ Tutti gli altri casi proposti ai sensi dell'articolo 2 erano stati dichiarati irricevibili per inosservanza di obblighi procedurali oppure erano stati decisi dalla Commissione.

¹⁰⁰ Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 161: "The obligation to protect the right to life under this provision read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as result of the use of force by, inter alios, agents of the State."

sostenevano che l'indagine e il processo non fossero stati indipendenti: i membri della giuria erano stati selezionati in una città di guarnigione, ossia un centro caratterizzato da una forte presenza militare e stretti legami con le istituzioni statali, e la mozione per escludere dalla giuria membri fortemente legati alla Corona era stata respinta. In tema di risorse legate alla Corona, i ricorrenti sostenevano inoltre di non aver avuto accesso al patrocinio a spese dello Stato, di aver sofferto un ritardo legato alla trasmissione di dichiarazioni e comunicati e di non aver avuto risorse per ottenere le trascrizioni giornaliere. All'epoca della sentenza, la teoria dell'obbligo in questione non era stata ancora pienamente sviluppata, e la Corte respinse la violazione procedurale in virtù del fatto che i ricorrenti avessero comunque goduto di un'inchiesta pubblica e ritenendo che, se da un lato l'inchiesta non era stata condotta in modo incensurabile, le presunte carenze del procedimento istruttorio non avevano ostacolato in modo sostanziale lo svolgimento di un esame approfondito, imparziale e accurato delle circostanze del caso¹⁰¹. Sulla base di questi presupposti, la Corte affermava che non era necessario definire precisamente quale forma dovesse assumere l'indagine effettiva e a quali condizioni dovesse essere condotta¹⁰².

Alcuni studiosi, come Chevalier-Watts, evidenziano come la Corte abbia adottato un approccio pragmatico e cauto al fine di non compromettere i poteri sovrani statali e per rispettare il diritto di modellare il proprio ordinamento nazionale nel modo desiderato, conformemente all'art. 2¹⁰³. Inoltre, viene messo in luce che il dovere in questione non è un requisito espresso e inequivocabile della Convenzione, e dunque gode di un margine di apprezzamento più ampio rispetto a quello riconosciuto in ambiti nei quali esiste consenso. Nei fatti, oltretutto, la Corte fu prudente nell'elaborare nuovi standard di protezione trovandosi davanti alla prima pronuncia sul concetto di indagine effettiva e dovendo bilanciare anche l'esigenza statale di mantenere l'ordine pubblico e proteggere popolazione civile e funzionari statali.

Ci volle qualche anno affinché la Corte iniziasse a separare effettivamente il *substantive limb* e il *procedural limb*.

¹⁰¹ Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 163

¹⁰² Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 162

¹⁰³ J. Chevalier-Watts, "Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?", *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 3, 2010, p. 705; Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), §§ 153, 155, 164 sulla compatibilità tra lo standard di "reasonably justifiable" previsto dal diritto di Gibilterra e il criterio convenzionale dell'"assoluta necessità" ex art. 2 CEDU, alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale interna

Prima nel caso *Ergi c. Turchia* e poi in *Kaya c. Turchia*, ad esempio, la Corte condannò lo Stato per violazione procedurale, da un lato dovuta all'incompletezza del rapporto delle autorità degli eventi, all'autopsia superficiale e in generale alla mancanza dei requisiti minimi di indagine, che avrebbero richiesto ad esempio di verificare se la vittima, sospettata combattente del PKK, ne fosse davvero un membro; dall'altro lato, la Corte fu categorica nell'evidenziare come il fatto che, nonostante nel periodo storico di tensione circa la sicurezza nel sud-est della Turchia la perdita di vite umane fosse diventato un evento "tragico e frequente", la diffusione di scontri armati o l'elevato numero di vittime non potevano far venir meno l'obbligo di garantire un'indagine effettiva e indipendente¹⁰⁴. Difatti, anche nel caso di conflitti armati, è pur vero che l'indagine può incontrare ostacoli significativi dovuti a situazioni di violenza generalizzata o insurrezioni, ma l'obbligo di cui all'art. 2 comporta che, anche in condizioni di sicurezza difficili, sia adottata ogni ragionevole misura per assicurare un'indagine effettiva¹⁰⁵.

Seguendo il ragionamento applicato agli obblighi positivi sostanziali, la Corte ha esteso la portata dell'obbligo procedurale a situazioni in cui fossero avvenuti decessi in circostanze potenzialmente in grado di comportare la responsabilità dello Stato per presunta negligenza, e anche a situazioni in cui il presunto autore dell'aggressione non sia un agente dello Stato¹⁰⁶. Analogamente, la Corte ha riconosciuto l'operatività dell'obbligo procedurale di indagine quando sussistano doglianze difendibili ("*arguable claims*") circa la scomparsa di un individuo in circostanze pericolose successivamente alla sua presa in custodia da parte delle autorità statali¹⁰⁷. L'obbligo mira infatti a garantire l'effettività della tutela approntata dall'ordinamento interno e l'accertamento delle eventuali responsabilità¹⁰⁸.

La Corte ha avuto modo di precisare i requisiti dell'indagine in diverse sentenze, definendo gli standard minimi di efficacia delle sanzioni penali¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Corte EDU, *Ergi c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 77), §§ 79-82; Corte EDU, *Kaya c. Turchia*, 19 febbraio 1998, ric. n. 22729/93, ECLI:CE:ECHR:1998:0219JUD002272993, § 91

¹⁰⁵ Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito* [GC], 7 luglio 2011, ric. n. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, §§ 164-168; Corte EDU, *Jaloud c. Paesi Bassi* [GC], 20 novembre 2014, ric. n. 47708/08, ECLI:CE:ECHR:2014:1120JUD004770808, § 226

¹⁰⁶ Corte EDU, *Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turchia*, 14 aprile 2015, ric. n. 24014/05, ECLI:CE:ECHR:2015:0414JUD002401405, § 171; Corte EDU, *O'Keeffe c. Irlanda*, [GC], 28 gennaio 2014, ric. n. 35810/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003581009

¹⁰⁷ Corte EDU, *Cipro c. Turchia*, [GC], 10 maggio 2001, ric. n. 25781/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002578194, § 132

¹⁰⁸ Corte EDU, *Nachova c. Bulgaria*, cit. (v. sopra, nota 67), § 110

¹⁰⁹ Corte EDU, *Kelly c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 78)

Il requisito dell'effettività si compone infatti di vari aspetti, ricostruiti, tra altri, da Harris, O'Boyle e Warbrick¹¹⁰, in cinque elementi essenziali.

In primo luogo, chi conduce l'indagine deve essere indipendente da chi ne è coinvolto nei fatti; questo non implica solo l'assenza di legami gerarchici o istituzionali, ma un'indipendenza pratica, che assicuri la fiducia pubblica nel monopolio statale dell'uso della forza¹¹¹. Il fatto ad esempio che un'indagine condotta dalla polizia su un decesso che coinvolge altri agenti, vale a dire colleghi, sia supervisionata da un organo indipendente non soddisfa l'indipendenza, poiché deve essere accompagnata da una imparzialità di fatto¹¹².

In secondo luogo, l'indagine deve essere adeguata, cioè idonea a condurre all'accertamento dei fatti, basata su un'analisi approfondita e obiettiva di tutti gli elementi rilevanti.

Il terzo elemento prevede che l'indagine debba essere avviata tempestivamente e condotta con "ragionevole celerità"¹¹³, al fine mantenere la fiducia del pubblico nel rispetto dello stato di diritto, sia all'avvio che nella prosecuzione dell'indagine¹¹⁴.

¹¹⁰ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. Bates e C. M. Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018, pp. 222 - 227

¹¹¹ Corte EDU, *Armani Da Silva c. Regno Unito*, [GC], 30 marzo 2016, ric. n. 5878/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0330JUD000587808, § 232. L'obbligo è sia oggettivo che soggettivo, vd. ad es. Corte EDU, *Jordan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23)

¹¹² Corte EDU, *Jordan c. Regno Unito* cit. (v. sopra, nota 23), § 120; Corte EDU, *Armani Da Silva c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 111), § 234; Corte EDU, *Ergi c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 77); Corte EDU, *Ramsahai e al. c. Paesi Bassi*, [GC], 15 maggio 2007, ric. n. 52391/99, ECLI:CE:ECHR:2007:0515JUD005239199; Corte EDU, *Güleç c. Turchia*, 27 luglio 1998, ric. n. 21593/93, ECLI:CE:ECHR:1998:0727JUD002159393. Vd. anche Corte EDU, *Orhan c. Turchia*, 18 giugno 2002, ric. n. 25656/94, ECLI:CE:ECHR:2002:0618JUD002565694, § 348, in cui l'indagine fu condotta per un certo periodo dall'ufficiale responsabile delle stazioni di gendarmeria in cui si presumeva fossero state detenute le vittime. Cfr. Corte EDU, *Kelly c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 78), dove la Corte ha precisato che l'indipendenza dell'indagine richiesta dall'art. 2 non deve essere valutata in termini meramente formali. Sebbene gli investigatori non fossero direttamente collegati ai soldati coinvolti, la conduzione dell'inchiesta con il coinvolgimento e la cooperazione delle autorità potenzialmente interessate dai fatti sollevava dubbi circa la sua effettiva autonomia, evidenziando come l'indipendenza debba essere tanto istituzionale quanto pratica

¹¹³ Corte EDU, *Jordan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 108; Corte EDU, *Taş c. Turchia*, 14 novembre 2000, ric. n. 24396/94, ECLI:CE:ECHR:2000:1114JUD002439694 e Corte EDU, *Yaşa c. Turchia*, 2 settembre 1998, ric. n. 22495/93, ECLI:CE:ECHR:1998:0902JUD002249593, in cui la Corte ha stabilito che l'indagine non era stata efficace sul presupposto che, a distanza di oltre cinque anni dai fatti, non erano stati fatti progressi concreti e credibili

¹¹⁴ Corte EDU, *McCaughey e altri c. Regno Unito*, 16 luglio 2013, ric. n. 43098/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0716JUD004309809, in cui l'indagine e l'inchiesta sulle uccisioni da parte delle forze di sicurezza in Irlanda del Nord erano durate oltre ventidue anni

In quarto luogo, deve esistere un sistema di controllo esterno sull'indagine o sui suoi risultati ("public scrutiny"), la cui intensità può variare a seconda delle circostanze e delle esigenze di interesse pubblico¹¹⁵.

L'ultimo requisito considera la prospettiva delle vittime, ed è soddisfatto tramite il diritto di accesso tempestivo e regolare all'indagine da parte dei familiari per la tutela dei loro interessi¹¹⁶.

Non mancano critiche relative alla intuibile modulabilità di un controllo giurisdizionale di questo tipo. Gli studiosi britannici Bell e Keenan, ad esempio, suggeriscono che esista un effetto paradossale delle sentenze: in un panorama in cui l'art. 2 è una delle poche fonti di pressione esercitabili sugli Stati coinvolti in conflitti attivi, la Corte limiterebbe le proprie capacità nell'imporre o pretendere cambiamenti strutturali in una democrazia liberale¹¹⁷.

Tuttavia, essi stessi rilevano che l'obbligo introdotto è comunque uno strumento di pressione nei confronti di attori statali a disposizione delle vittime, e rappresenta un tentativo di bilanciare le esigenze statali con i diritti delle famiglie delle vittime e con la necessità di ristabilire fiducia pubblica, che non ignora la rilevanza della dimensione collettiva e sociale del diritto alla ricerca della verità¹¹⁸.

La conclusione della Corte, che deriva appunto da questo concetto di bilanciamento di interessi e di equilibrio per una tutela dei diritti umani non impossibile né impossibilitata, è sostanzialmente la seguente: "The Court has doubts as to whether it is possible to formulate any detailed test which could usefully apply to the myriad of widely-differing situations that might arise. It is also salutary to remember that the Convention provides

¹¹⁵ Alle volte, è stato ritenuto sufficiente che l'indagine si svolgesse in forma privata, purché la relazione finale fosse pubblica, vd. Corte EDU, *Taylor e altri c. Regno Unito*, 14 gennaio 1998, ric. n. 23412/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0114DEC002341294. Altre volte, le circostanze possono essere tali da richiedere che l'indagine si svolga pubblicamente, cfr. Corte EDU, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 46)

¹¹⁶ S. Mirandola, "The involvement of the deceased victim's next of kin in criminal investigations: an analysis of the standards under Article 2 of the Convention and Directive 2012/29/EU on the rights of victims of crime", in L. Early (a cura di), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom*. In Honour of Michael O'Boyle, Wolf Legal Publishers, 2016, pp. 179-187

¹¹⁷ B. Bell e B. Keenan, "Lost on the Way Home? The Right to Life in Northern Ireland", 32 *Journal of Law and Society* (2005), pp. 75-88. Vd. anche Corte EDU, *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria*, 20 dicembre 2007, ric. n. 7888/03, ECLI:CE:ECHR:2007:1220JUD000788803, in cui la Corte ha precisato che, pur non sostituendosi ai giudici nazionali, essa è tenuta a verificare che la risposta sanzionatoria dello Stato non sia manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità della violazione. Diversamente, l'obbligo di cui all'art. 2 perderebbe gran parte della propria efficacia pratica

¹¹⁸ Corte EDU, *El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, [GC], 13 dicembre 2012, ric. n. 39630/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1213JUD003963009, § 191

for minimum standards, not for the best possible practice, it being open to the Contracting parties to provide further protection or guarantees”¹¹⁹. La soluzione “dall’alto” è dunque quella di prevedere standard minimi di protezione, per non elaborare criteri irragionevoli o inappropriati e garantire al contempo la tutela, in un complesso tentativo di costruire e mantenere un equilibrio.

Non si deve pensare che il ricorrente goda di un diritto a far perseguire o condannare terzi per un reato¹²⁰, né che esista un obbligo a che ogni procedimento penale si concluda con una condanna¹²¹. Il compito della Corte è anzi verificare che non vengano indeboliti né l’effetto deterrente del sistema giudiziario esistente né l’importanza del ruolo che esso riveste nel prevenire le violazioni del diritto alla vita.

Anche relativamente a questo obbligo, il suo rispetto non deve tradursi in un onere eccessivo per lo Stato. Ad esempio, in un caso in cui un procedimento di revisione era quasi concluso e la polizia disponeva di prove corroboranti insufficienti, e quindi era improbabile si giungesse a un’accusa, la Corte giudicò che imporre un obbligo automatico di riaprire le indagini sarebbe stato irrealistico e irragionevole¹²². In altri casi, la distanza cronologica dai fatti giustificò una mancata riapertura del processo, in quanto non vi erano prospettive realistiche che emergessero nuovi elementi¹²³.

Infine, i requisiti che discendono dall’art. 2 non cessano di esistere quando l’indagine ha portato all’instaurazione di un procedimento nazionale, e anche la fase del processo deve rispettarli¹²⁴.

Per quanto concerne gli obblighi con finalità riparative, che si affiancano agli obblighi sostanziali e procedurali, in questa sede sarà sufficiente accennare che, per assicurare

¹¹⁹ Corte EDU, *Brecknell c. Regno Unito*, 27 novembre 2007, ric. n. 32457/04, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD003245704, § 70

¹²⁰ Corte EDU, *Perez c. Francia* [GC], 12 febbraio 2004, ric. n. 47287/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0212JUD004728799, § 70; Corte EDU, *Brecknell c. Regno Unito*, 27 novembre 2007, ric. n. 32457/04, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD003245704, § 66, in cui la Corte ha chiarito che, se un’indagine produce risultati limitati, questo solo fatto non risulta automaticamente in una carenza procedurale. Vd. anche Corte EDU, *Hackett c. Regno Unito*, 10 maggio 2005, ric. n. 34698/04, ECLI:CE:ECHR:2005:0510DEC003469804

¹²¹ Corte EDU, *Tanli c. Turchia*, 10 aprile 2007, ric. n. 26129/95, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD002612995, § 111

¹²² Corte EDU, *Szula c. Regno Unito*, 4 gennaio 2007, ric. n. 18727/06, ECLI:CE:ECHR:2007:0104DEC001872706

¹²³ Corte EDU, *Brecknell c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 120), § 62; Corte EDU, *McKerr c. Regno Unito*, 4 maggio 2001, ric. n. 28883/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD002888395

¹²⁴ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 47), § 96; Corte EDU, *Šilih c. Slovenia*, cit. (v. sopra, nota 24)

una tutela completa, indagini e punizione devono essere corredate da una riparazione (*compensation*) corrispondente al danno subito¹²⁵.

1.5 Eccezioni all'uso della forza

Lo stesso articolo 2 prosegue, al secondo paragrafo, delineando alcune eccezioni che rendono non punibili le condotte che prevedono l'impiego di forza da cui sia derivata la morte.

Precisamente, “2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione”.

Lo Stato deve dunque dimostrare che il ricorso alla forza doveva essere assolutamente necessario (cosiddetto *necessity test*) e strettamente collegato a uno degli scopi tassativamente legiferati alle lettere a), b), c)¹²⁶. È bene precisare che l'azione intrapresa deve essere legittima, come espressamente precisato relativamente alle lettere b) e c) e come può essere desunto anche per la lettera a), ai sensi sia della legislazione nazionale che della Convenzione EDU¹²⁷.

Va da sé che il concetto dell' “assolutamente necessario” è strettamente legato al principio di proporzione. Se in generale la Corte di Strasburgo ha spiegato che il requisito della proporzionalità tra scopi perseguiti e diritto convenzionale coinvolto è insito nella Convenzione nel suo complesso¹²⁸, ha costantemente affermato che lo standard in questione appare per il diritto alla vita più severo e stringente rispetto a quello normalmente utilizzato per valutare se un'azione statale sia necessaria ai sensi dei paragrafi 2 degli Articoli 8 e 11 CEDU¹²⁹.

¹²⁵ Corte EDU, *Aydın c. Turchia*, 25 settembre 1997, ric. n. 23178/94, ECLI:CE:ECHR:1997:0925JUD002317894

¹²⁶ Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, cit. (v. sopra, nota 69), § 60; Corte EDU, *Yukhymovych c. Ucraina*, 17 dicembre 2009, ric. n. 49218/07, ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD004921807, § 75

¹²⁷ Corte EDU, *Kelly c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 78); Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Stewart c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 25). Vd. anche Corte EDU, *X. c. Belgio*, 28 febbraio 1977, ric. n. 7450/76 (inammissibile), ECLI:CE:ECHR:1977:0228DEC000745076, sulla liceità ai sensi del diritto interno oltre che europeo

¹²⁸ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 35), § 89; Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, ric. nn. 7151/75 e 7152/75, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, § 69

¹²⁹ Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia* [GC], 24 marzo 2011, ric. n. 23458/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0324JUD002345802, § 176; Corte EDU, *Shchiborshch e Kuzmina c. Russia*, 16 gennaio 2014, ric. n. 5269/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0116JUD000526908, § 205

L'intervento dovrebbe essere giudicato legittimo sulla base di un test che combini efficacia, proporzionalità in senso stretto e mezzo meno restrittivo, secondo il ben noto *means-ends test*¹³⁰.

Lo scrutinio di proporzionalità deve essere preceduto dalla verifica che lo scopo dell'intervento sia uno di quelli previsti in maniera esaustiva al paragrafo 2.

Riguardo a questo, in vari casi, ad esempio nella giurisprudenza relativa al conflitto in Cecenia, la Corte ha affermato che la Russia fosse legittimata a contrastare il movimento secessionista, limitando le proprie conclusioni alle norme applicabili alla condotta delle forze armate e aggirando la spinosa questione se l'uccisione di civili in un conflitto condotto in violazione del diritto internazionale, contrario allo *ius ad bellum*, sia di per sé contrario alla Convenzione, e alla necessità e proporzionalità. Le uccisioni derivanti dal ricorso alla guerra illegale non potrebbero infatti soddisfare il requisito dello scopo legittimo, e costituirebbero dunque *prima facie* una violazione del diritto alla vita; questo specifico lato della violazione non è stato ancora oggetto di alcuna pronuncia, ma ci torneremo in seguito in relazione agli standard di tutela nei conflitti armati¹³¹.

1.5.1 Agire in difesa da atti illeciti

La lettera a) del secondo paragrafo consente l'uso della forza da parte di agenti statali per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale. Tale eccezione è stata oggetto di numerose pronunce che hanno tendenzialmente respinto le giustificazioni avanzate dai vari governi, applicando rigorosamente il test relativo alla necessità della forza. Ad esempio, nel già esaminato caso *McCann c. Regno Unito*, da un lato non fu riconosciuta una violazione dell'art. 2 riguardo al ricorso alla forza, in quanto esso si era basato sull'onesto e ragionevole convincimento che i sospettati fossero in procinto di attivare dispositivi di azionamento di una bomba, ma dall'altro tale ricorso alla forza, pur legittimo, non era stato strettamente proporzionato all'obiettivo di salvare vite umane, poiché l'operazione avrebbe potuto e dovuto essere pianificata e controllata in modo tale da non dover uccidere i sospettati per raggiungere l'obiettivo. Difatti, se si escludesse dal perimetro dello scrutinio CEDU l'onesto convincimento, si imporrebbe

¹³⁰ J. H. Gerards, "How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights" in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 2, 2013

¹³¹ Recentemente, la Corte ha accertato la responsabilità della Russia per l'abbattimento di un volo commerciale sopra l'Ucraina orientale, vd. Corte EDU, *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, [GC], 9 luglio 2025, ricc. nn. 8019/16, 43800/14, 28525/20 e 11055/22, ECLI:CE:ECHR:2025:0709JUD000801916. Tale vicenda conferma quanto sia complesso individuare, nella pratica, il confine tra fasi attive e inattive di un conflitto armato e dimostra come la Corte sarà chiamata ancora a lungo a pronunciarsi sulle conseguenze giuridiche dell'aggressione russa in Ucraina

un onere irrealistico alle forze dell'ordine che eseguono il proprio dovere con le conoscenze di cui dispongono nel momento dei fatti¹³²; la Corte valuta infatti se, sulla base di quelle conoscenze, la convinzione fosse ragionevole, guardando anche alla pianificazione e al controllo dell'operazione.

Aveva infatti già chiarito che le operazioni devono essere pianificate e controllate in modo tale da minimizzare il più possibile il ricorso alla forza letale o le perdite incidentali di vite umane¹³³. In particolare, le autorità avrebbero potuto fermare i sospettati al confine; in secondo luogo, non avevano tenuto conto di possibili errori nelle valutazioni dell'intelligence riguardo alle informazioni sul dispositivo e sulla bomba; inoltre, i soldati avevano sparato per uccidere (*shoot to kill method*), e non per ferire, mancando della cautela nell'uso delle armi che ci si aspetta ragionevolmente dalle forze dell'ordine.

Per quanto riguarda la difesa propria, nel caso *Giuliani e Gaggio c. Italia* la Corte ritenne che un carabiniere che, durante scontri violenti tra polizia e manifestanti anti-globalizzazione in occasione del G8, uccise un manifestante facendo fuoco senza mirare in una direzione precisa, avesse agito in legittima difesa, temendo onestamente e ragionevolmente per la propria vita in una situazione “estremamente tesa”.

Questa eccezione fu invocata senza successo anche in relazione a misure adottate per fronteggiare insurrezioni armate, in particolare in vari casi riguardanti vittime civili in Cecenia e relativa risposta militare russa. La Corte ha sancito in quella sede che l'uso di armi come bombe ad alto potenziale esplosivo o missili in un'area popolata, fuori dal contesto di guerra e non preceduta dall'evacuazione dei civili, fosse incompatibile con il grado di cautela attendibile dagli organi statali¹³⁴. Diversamente, in un altro caso la Corte giudicò che il fatto che l'intervento fosse in risposta a colpi sparati e che la zona

¹³² Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 200; Corte EDU, *Bubbins c. Regno Unito*, 17 marzo 2005, ric. n. 50196/99, ECLI:CE:ECHR:2005:0317JUD005019699, § 138; Corte EDU, *Huohvanainen c. Finlandia*, 13 marzo 2007, ric. n. 57389/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0313JUD005738900, § 96. Vd. anche Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, cit. (v. sopra, nota 69), § 59; Corte EDU, *Hamiet Kaplan e altri c. Turchia*, 15 settembre 2009, ric. n. 32572/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0915JUD003257203, § 55; Corte EDU, *Celniku c. Grecia*, 5 luglio 2007, ric. n. 21449/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD002144904; Corte EDU, *Soare e altri c. Romania*, 22 febbraio 2011, ric. n. 24329/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0222JUD002432902; Corte EDU, *Atiman c. Turchia*, 19 febbraio 2008, ric. n. 16854/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0219JUD001685402; Corte EDU, *Ataykaya c. Turchia*, 22 luglio 2014, ric. n. 50275/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0722JUD005027508; Corte EDU, *Sasho Gogov (Sasho Gogov e altri) c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, 21 febbraio 2012, ric. n. 1483/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0221JUD000148305

¹³³ Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 194; Corte EDU, *Andronicou e Constantinou c. Cipro*, cit. (v. sopra, nota 70), §§ 171, 181, 186, 192, 193

¹³⁴ Corte EDU, *Isayeva c. Russia*, cit. (v. sopra, nota 75), §§ 191, 200

coinvolta fosse nota per attività terroristiche bastassero a soddisfare il nesso di necessità per proteggere la vita¹³⁵.

1.5.2 Portare a termine un arresto o impedire una fuga

Arresti e prevenzioni di fughe sono cause di giustificazione del ricorso statale all'uso della forza. La formulazione normativa potrebbe suggerire che il ricorso alla forza sia giustificato anche quando la vittima non rappresenti un pericolo, a differenza della situazione di cui alla lettera a). Tuttavia, la Corte non tollera l'uso della forza nel caso in cui la vittima non costituisca una minaccia, poiché non può sussistere il requisito della necessità quando sia noto che la persona da arrestare non rappresenta un pericolo per la vita e l'integrità fisica, anche quando il mancato uso della forza possa comportare la perdita dell'opportunità di arrestare il fuggitivo, come sancito dalla Corte nel leading case *Nachova c. Bulgaria*¹³⁶. Una posizione contraria sarebbe infatti incompatibile con la finalità dell'arresto prevista dalla Convenzione, vale a dire condurre l'arrestato di fronte all'autorità competente. La Corte ha definito “carenti¹³⁷” le disposizioni di alcuni Stati che consentono l'uso della forza letale durante un arresto indipendentemente dalla natura del reato, poiché le forze dell'ordine non possono essere lasciate in un vuoto normativo riguardo all'estensione dei propri poteri, ma richiedono una regolamentazione adeguata e garanzie efficaci contro l'arbitrarietà e l'abuso della forza, inclusi incidenti evitabili¹³⁸.

La maggior parte della giurisprudenza in materia concerne l'uso di armi da fuoco, che rappresentano un rischio elevato per la vita. Se rilevanti, avvertimenti verbali preventivi

¹³⁵ Corte EDU, *Ahmet Özkan e altri c. Turchia*, 6 aprile 2004, ric. n. 21689/93, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD002168993, § 306

¹³⁶ Corte EDU, *Nachova c. Bulgaria*, cit. (v. sopra, nota 67), § 95

¹³⁷ Corte EDU, *Nachova c. Bulgaria*, cit. (v. sopra, nota 67), § 100, Corte EDU, *Tzekov c. Bulgaria*, 23 febbraio 2010, ric. n. 34899/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0223JUD003489903, §§ 28-29; Corte EDU, *Karandja c. Bulgaria*, 7 ottobre 2010, ric. n. 69180/01, ECLI:CE:ECHR:2010:1007JUD006918001, §§ 56-57; Corte EDU, *Putintseva c. Russia*, 10 maggio 2011, ric. n. 33498/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0510JUD003349804, §§ 64-67

¹³⁸ Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, cit. (v. sopra, nota 69), § 58; Corte EDU, *Hafsteinsdóttir c. Islanda*, 8 giugno 2004, ric. n. 40905/98, ECLI:CE:ECHR:2004:0608JUD004090598, § 56; Corte EDU, *Akpınar e Altun c. Turchia*, 27 febbraio 2007, ric. n. 23116/94, ECLI:CE:ECHR:2007:0227JUD002311694, § 50. Vd. anche Corte EDU, *Ölmez c. Turchia*, 20 giugno 2006, ric. n. 39464/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0620JUD003946498, §§ 69-72; Corte EDU, *Halis Akın c. Turchia*, 20 luglio 2006, ric. n. 43577/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0720JUD004357798, §§ 29-33; Corte EDU, *Beyazgül c. Turchia*, 23 settembre 2004, ric. n. 27849/03, ECLI:CE:ECHR:2004:0923JUD002784903, § 55, in cui la legislazione turca è stata ritenuta inidonea a garantire il livello di tutela richiesto poiché autorizzava l'uso della forza letale quando la vittima non obbediva all'ordine di fermarsi, senza prevedere alcun requisito di proporzionalità

e colpi sparati in aria vengono presi in considerazione, ma chiaramente non sono sufficienti a soddisfare il requisito della necessità¹³⁹.

Anche per questa eccezione, è necessario verificare se l'intervento statale sia stato non solo necessario e proporzionato, ma esercitato in modo da ridurre al minimo il rischio di morte¹⁴⁰.

1.5.3 Reprimere una sommossa o un'insurrezione

I termini *riot*, sommossa, e *insurrection*, insurrezione, godono di autonomo e generico significato ai sensi della Convenzione¹⁴¹. La Commissione ha chiarito che, nel reprimere una sommossa, le forze dell'ordine non sono obbligate a ritirarsi per evitare l'uso della forza, ma ciò non significa che possano farne un uso libero e indiscriminato: come per tutte le altre eccezioni previste, deve essere applicato il criterio della stretta proporzionalità.

Il requisito fu ritenuto violato in due casi concernenti la morte di cittadini greco-ciprioti che attraversavano la zona delle Nazioni Unite a Cipro durante le manifestazioni contro l'occupazione turca del nord dell'isola¹⁴², poiché le uccisioni non erano necessarie visto che i comportamenti delle vittime non costituivano una minaccia; ugualmente, nel caso dell'uccisione di otto detenuti per lesioni multiple inflitte dalle forze di sicurezza per sedare una rivolta in carcere non fu ritenuto l'uso della forza necessario¹⁴³. Conformemente alla giurisprudenza in *McCann*, il requisito della proporzionalità si applica non solo alla condotta degli agenti che usano la forza per reprimere una sommossa o un'insurrezione, ma anche alla pianificazione e al controllo

¹³⁹ Corte EDU, *Makbule Kaymaz e altri c. Bulgaria*, 20 gennaio 2015, ric. n. 64536/10, ECLI:CE:ECHR:2015:0120JUD006453610, § 99; Corte EDU, *Aydın c. Turchia*, 27 febbraio 2018, ric. n. 28245/10, ECLI:CE:ECHR:2018:0227JUD002824510, § 66; Corte EDU, *Andreou c. Turchia*, 3 giugno 2008, ric. n. 45653/99, ECLI:CE:ECHR:2008:0603JUD004565399, § 54

¹⁴⁰ Corte EDU, *Vachovi e altri c. Bulgaria*, 8 luglio 2014, ric. n. 42971/98, ECLI:CE:ECHR:2014:0708JUD004297198, § 75; Corte EDU, *Golubeva c. Russia*, 17 dicembre 2009, ric. n. 106, ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD000010606, § 106

¹⁴¹ Nel caso deciso dalla Commissione *Stewart c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 127), la Corte evitò di dare una definizione generale, affermando che un gruppo di circa 150 persone che metteva seriamente a rischio l'incolumità altrui dovesse essere considerato, secondo qualsiasi criterio, una sommossa (§ 25)

¹⁴² Vd. Corte EDU, *Isaak e altri c. Turchia*, 24 giugno 2008, ric. n. 44587/98, ECLI:CE:ECHR:2008:0624JUD004458798, in cui un manifestante veniva picchiato e ucciso nella zona cuscinetto ONU da un gruppo di persone comprendente soldati turchi e vd. Corte EDU, *Solomou and Others c. Turchia*, ric. n. 36832/97, 24 giugno 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0624JUD003683297, § 63, in cui un manifestante che aveva oltrepassato la linea del cessate il fuoco venne ucciso da colpi sparati dai soldati turchi mentre si arrampicava su un pennone che esponeva la bandiera turca

¹⁴³ Corte EDU, *Perişan e altri c. Turchia*, 20 maggio 2010, ric. n. 12336/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0520JUD001233603

dell'operazione, poiché è necessario sottoporre le privazioni della vita al più rigoroso scrutinio, tenendo a mente tutte le circostanze del caso¹⁴⁴.

1.6 Conclusioni: il controllo giurisprudenziale ex art. 2

Terminata l'analisi puntuale del contenuto della disposizione, è doveroso trarre alcune conclusioni.

Come enfatizzato da Stephen Skinner, la giurisprudenza derivante dall'art. 2 ha avuto un impatto notevole in Europa e riflette i valori democratici fondamentali riguardanti l'uso della forza e il dovere dello Stato di rispondere delle uccisioni commesse da agenti statali¹⁴⁵. Citando ancora una volta la Corte in *McCann*, "The Court's approach to the interpretation of Article 2 must be guided by the fact that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective¹⁴⁶".

L'interpretazione partita da metà anni '90 e impegnata ancora oggi con questioni riguardanti il diritto alla vita nei conflitti attuali è sempre stata volta a dare un'attuazione pratica ed efficace della tutela del diritto alla vita, corredata dal ribadire che le eccezioni all'uso della forza devono essere oggetto di interpretazione restrittiva.

Basandosi soprattutto sugli ultimi rilievi riguardo le possibilità di ricorso alla forza letale, è possibile concludere che l'art. 2 goda di un margine di flessibilità interno strutturalmente bilanciato dal requisito rafforzato dell'assoluta necessità.

L'analisi svolta ha infatti evidenziato come la tutela multilivello dell'art. 2 sia caratterizzata da un elevato grado di dettaglio giurisprudenziale in tempo di pace e da un controllo particolarmente rigoroso sull'uso della forza letale da parte dello Stato. È proprio tale architettura, che sarà chiamata a confrontarsi con situazioni eccezionali di emergenza armata, nelle quali la fisiologica tensione tra esigenze di sicurezza e protezione della vita mette alla prova tenuta e adattabilità degli standard convenzionali.

¹⁴⁴ Corte EDU, *Ergi c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 77); Corte EDU, *Gulec c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 112); Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), §§149-150

¹⁴⁵ S. Skinner, *Lethal Force, the Right to Life and the ECHR: Narratives of Death and Democracy*, Hart Publishing, 2019

¹⁴⁶ Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 23), § 146; Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 35), § 87; Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 37), § 72; Corte EDU, *Salman c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 23), § 97

Capitolo II - I diritti nello stato di emergenza: deroghe e limiti ai sensi dell'art. 15 CEDU

2.1 Genesi dell'art. 15

Il sistema normativo della CEDU prevede una clausola derogatoria all'obbligo di garantire alcuni diritti e libertà convenzionali in circostanze eccezionali e in maniera limitata e controllata, la cui disciplina è ospitata all'interno dell'articolo 15 che ne regola presupposti, modalità e criteri.

Un testo che tutela i diritti fondamentali non può esimersi dal regolare fenomeni tanto deplorabili quanto comuni quali sono le guerre¹⁴⁷. Anche l'art. 15, infatti, come l'art. 2 e la Convenzione intera, così come i trattati sui diritti umani che sono stati promulgati a partire da metà del XX secolo, costituisce un tentativo di giuridicizzare l'irripetibile, e di fabbricare un argine sostanziale e procedurale in grado di impedire - o perlomeno contenere - le violazioni dei diritti umani che non avevano mancato di caratterizzare i regimi autoritari del periodo storico immediatamente precedente.

L'incorporazione dello Stato di eccezione nelle normative sovranazionali rappresenta la ricerca di equilibrio tra l'esigenza di sopravvivenza dell'ordine costituzionale in situazioni di emergenza e la tutela dei diritti fondamentali contro il rischio che i poteri straordinari si trasformino in strumenti permanenti di governo.

Il regime tradizionale di deroga si basa sulla netta distinzione tra normalità ed emergenza, in cui essi sono fenomeni completamente separati, che si attivano e disattivano in maniera alternativa. In quest'ottica, la deroga è legittima solo se provvisoria, e può essere giustificata solo in virtù del fatto che serve a ristabilire il normale ordine costituzionale. Tuttavia, internazionalisti autorevoli come Oren Gross concordano con i filosofi che sostengono che "lo stato di eccezione tende sempre più a presentarsi come il paradigma di governo dominante"¹⁴⁸, e hanno evidenziato come nel mondo contemporaneo le situazioni politiche tendano a cristallizzarsi in emergenze permanenti e strutturali, con un possibile e potenziale rovesciamento del rapporto tra regola ed eccezione, in cui la logica dell'emergenza permanente rappresenterebbe la

¹⁴⁷ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, Commento generale n. 6, art. 6 (Diritto alla vita), 16^a sessione, 1982, in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 1994, p. 6: "The Committee observes that war and other acts of mass violence continue to be a scourge of humanity and take the lives of thousands of innocent human beings every year"

¹⁴⁸ G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, 1*, Bollati Boringhieri, 2003, p. 11

realtà dominante, e il modello dell'emergenza temporanea un'eccezione da libri di testo¹⁴⁹.

Il rapporto tra regola e deroga pone degli interrogativi giuridici profondi che aprono le porte a valutazioni di carattere sociologico e morale su quanto gli Stati siano disposti a sacrificare per la sopravvivenza propria e altrui, in particolare in contesto internazionale, nel quale è necessaria una cessione di sovranità per realizzare obiettivi condivisi. Difatti, gli stati di emergenza rappresentano la sfida più significativa di protezione dei diritti umani, perché mettono in discussione i concetti fondamentali di un ordinamento democratico costituzionale¹⁵⁰; in un contesto di crisi, infatti, le competenze governative tendono ad espandersi, con una concentrazione del potere nelle mani dell'esecutivo e una compressione delle libertà individuali¹⁵¹. Secondo Niccolò Machiavelli, i veri artefici delle leggi di uno Stato non sono il legislatore, il potere giudiziario o altri organi istituzionali, ma gli eventi eccezionali che esso deve fronteggiare, poiché è proprio in risposta a tali eventi che vengono generate disposizioni destinate a contrastare la minaccia del momento¹⁵².

Lo strumento normativo dell'art. 15 è oggetto di dibattiti che riguardano la sua stessa esistenza e le possibili ripercussioni della sua controversa applicazione sull'intero sistema convenzionale. Esso incontra nel diritto alla vita un limite e al contempo una cartina tornasole della sua efficacia. Il diritto alla vita ai sensi dell'art. 15 è infatti tutelato in maniera diversa rispetto ad altri diritti poiché è dotato di inderogabilità. Tuttavia, le eccezioni - scritte ("i legittimi atti di guerra") e non (la mancata definizione delle stesse

¹⁴⁹ O. Gross, "Once More unto the Breach: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies" (1998) in 23 *Yale Journal of International Law* p.460

¹⁵⁰ Vd. ad es. A. Zimmermann, "The Right to a Fair Trial in Situations of Emergency and the Question of Emergency Courts", in D. Weissbrodt - R. Wolfrum (a cura di), *The Right to a Fair Trial*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 750: "Emergency situations must be considered the litmus test for human rights protection. This is due to the fact that in practice, it is during such states of emergency - whether formally declared or not - that the most serious violations of human rights occur"

¹⁵¹ Vd. ad es. W.J. Brennan Jr., "The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises", in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 18, 1988, p. 11: "There is considerably less to be proud about, and a good deal to be embarrassed about, when one reflects on the shabby treatment civil liberties have received in the United States during times of war and perceived threats to its national security. After each perceived security crisis ended, the United States has remorsefully realized that the abrogation of civil liberties was unnecessary. But it has proven itself unable to prevent itself from repeating the error when the next crisis came along"; Vd. anche I. Zamir, "Human Rights and National Security", in *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, p. 375; J. Lobel, "Emergency Power and the Decline of Liberalism", in *Yale Law Journal*, vol. 98, n. 7, 1989, pp. 1385-1386; F.M. Watkins, "The Problem of Constitutional Dictatorship", in C.J. Friedrich - E.S. Mason (a cura di), *Public Policy*, vol. 1, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1940, pp. 324-344; A.S. Miller, "Constitutional Law: Crisis Government Becomes the Norm", in *Ohio State Law Journal*, vol. 39, 1978, pp. 736-741

¹⁵² N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Rizzoli (BUR), 1984

e le carenze procedurali di tutela ex art. 15) - nella tutela del diritto alla vita hanno reso parzialmente inefficace questa disposizione, favorendone una modulazione sostanziale e contestuale.

La verifica dell'assunto richiede un'indagine sulla *ratio* dell'art. 15 e sul percorso interpretativo che ha portato dottrina e giurisprudenza a evidenziarne le criticità applicative che hanno favorito, in alcuni casi, l'elusione della norma.

È doveroso premettere che le clausole derogatorie accomunano numerosi strumenti moderni internazionali di tutela dei diritti umani, in particolare trattati generali di diritti civili e politici. Difatti, oltre alla CEDU, anche il Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁵³, la Carta sociale europea¹⁵⁴ e la Convenzione americana sui diritti umani¹⁵⁵ contengono disposizioni analoghe¹⁵⁶.

In realtà, inizialmente, la neonata Comunità europea non si era preoccupata di inserire una simile clausola all'interno della Convenzione, ma in sede di lavori preparatori dell'Assemblea consultiva emersero presto alcune proposte in tema di misure da adottare contro gruppi sovversivi e antidemocratici¹⁵⁷. Alcuni delegati, come quello britannico, sostennero che, in periodi di emergenza, la sicurezza della comunità doveva rimanere la preoccupazione primaria, e che fosse dunque necessaria una norma ad hoc¹⁵⁸; altri ritennero che il problema fosse già adeguatamente affrontato nella clausola generale di limitazione proposta, simile all'art. 29, paragrafo 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo¹⁵⁹: come riportato da uno dei padri fondatori della Convenzione, Pierre-Henri Teitgen, la risposta era "piuttosto semplice e chiaramente espressa" nella clausola richiamata¹⁶⁰. Si delineò dunque una divisione tra coloro che avrebbero voluto una

¹⁵³ Patto internazionale dei diritti civili e politici, cit. (v. sopra, nota 27) art. 4

¹⁵⁴ Carta sociale europea, adottata a Torino il 18 ottobre 1961, 529 U.N.T.S. 89, art. 30 (1)

¹⁵⁵ Convenzione americana dei diritti umani, cit. (v. sopra, nota 12), art. 27

¹⁵⁶ Al contrario, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo non contiene alcuna clausola di deroga, essendo concepita come un testo programmatico e aspirazionale più che come fonte di obblighi giuridici vincolanti.

¹⁵⁷ Collective Edition of the *Travaux préparatoires* of the European Convention on Human Rights, Consiglio d'Europa, 1975, p. 104, in cui i delegati irlandesi evidenziarono la necessità di proteggere le minoranze da privazioni della libertà personale, come quelle verificatesi nell'Irlanda del Nord in applicazione dello Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland), 1922

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 152

¹⁵⁹ Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, cit. (v. sopra, nota 8), art. 29, § 2: "Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica"

¹⁶⁰ Official Report of the Sitting dell'Assemblea consultiva, 8 settembre 1949, in *Travaux préparatoires*, vol. II, p. 32

definizione precisa di diritti e limitazioni e coloro che preferivano l'elencazione generale.

Il gruppo di esperti incaricato dal Comitato dei Ministri confrontò il proprio lavoro con quello della Commissione delle Nazioni Unite per i diritti umani, che nello stesso esatto periodo avevano formulato un testo preliminare la cui differenza rispetto alla bozza europea consisteva nel secondo paragrafo: “Nessuna deroga agli articoli (...) può essere effettuata in virtù della presente disposizione”. Il Regno Unito propose di modificare questo passaggio precisando che nessuna deroga avrebbe potuto riguardare il diritto alla vita e alcuni altri diritti fondamentali, come la libertà religiosa, di espressione, di associazione e di riunione¹⁶¹. L'aggiunta fu considerata superflua dal Segretariato generale del Consiglio d'Europa, esistendo già la clausola generale di limitazione¹⁶², ma fu considerata con favore dal Comitato di esperti¹⁶³. Nel rapporto esplicativo del Consiglio dei Ministri, la spaccatura, che concerneva una scelta “più politica che giuridica”¹⁶⁴, emerse: mentre alcuni membri, come Francia e Italia, sostenevano che l'aggiunta, già coperta da altre clausole, fosse incompatibile con la logica generale del progetto, altri sostenevano che fosse significativo sottolineare che, anche in tempo di guerra, alcuni diritti rimanessero inderogabili, e che fosse dunque preferibile inserire una cosiddetta *clawback clause*¹⁶⁵. Il Comitato dei Ministri, insieme a una Conferenza di Alti Funzionari, decise per quest'ultima opzione, e nell'agosto del 1950, durante l'esame finale del testo, l'autorevole voce di David Maxwell Fyfe spiegò che alcuni diritti erano considerati talmente fondamentali da non poter essere sospesi, ed era logico dunque riconoscere ai cittadini europei il diritto di farne valere la violazione¹⁶⁶; a queste

¹⁶¹ Report of the Fifth Session of the Commission on Human Rights to the Economic and Social Council, UN Doc. E/1371(Supp.), p. 18.

¹⁶² Preparatory Report by the Secretariat-General concerning a Preliminary Draft Convention to Provide a Collective Guarantee of Human Rights, Doc. B 22, III TP 2–37, p. 18

¹⁶³ Report of the Sub-Committee Instructed to Make a Preliminary Study of the Amendments Proposed by the Members of the Committee, Doc. A 796, III TP 200–205: “The first Article is aimed at the national protection of Human Rights. The Sub-Committee considered it advisable to give due consideration to these proposals as being of interest even to those who adhere to the definition of Human Rights as proposed by the Assembly. This Article could, in fact, be included as an addition to Article 4 of the Assembly draft”

¹⁶⁴ L. Carneiro, “On the draft convention and universal declaration of the rights of man”, cit. (v. sopra, nota 11), p. 56

¹⁶⁵ Report to the Committee of Ministers submitted by the Committee of Experts Instructed to Draw Up a Draft Convention of Collective Guarantee of Human Rights and Fundamental Freedoms, Doc. CM/WP 1 (5) 15, A 924, IV TP 2–55, p. 30

¹⁶⁶ Report of the sitting of the Consultative Assembly, 25 agosto 1950 (mattina), VI TP74-143, p. 80: “There are certain rights which even in time of war or national emergency the Committee of Ministers do not suggest should be abrogated. They are the rights of safety of life, freedom from torture, and fundamental rights of that sort. Therefore, we took that as our guide, and we suggest that with regard to

affermazioni si unì il rappresentante belga, sottolineando come, se è vero che in casi eccezionali si possono adottare misure straordinarie nei confronti di individui sospettati di rappresentare un pericolo, alcuni diritti sono così fondamentali per il rispetto della dignità umana da non poter mai essere sacrificati¹⁶⁷.

L'inclusione di una clausola derogatoria all'interno di strumenti giuridici di tutela dei diritti umani può apparire sorprendente, ma un esame comparatistico dei principi di diritto internazionale rivela che non costituisce né un'anomalia sistematica né l'espressione di una regola consolidata; piuttosto, riflette un compromesso strutturale del diritto internazionale classico, segnato dall'esitazione nel riconoscere l'individuo come soggetto di diritto internazionale e la prevalenza di una visione ancora prevalentemente statocentrica, nonché le preoccupazioni dei governi circa le conseguenze di un vincolo giuridico assoluto.

È superfluo sottolineare come i diritti fondamentali assumano la loro massima rilevanza nei momenti di tensione sociale e politica, quando il rischio di abuso del potere statale è incombente e aumenta al contempo la vulnerabilità delle minoranze. Altrettanto evidente è il principio per cui i diritti individuali non possono essere esercitati in maniera illimitata, vale a dire ignorando le circostanze concrete, ed è proprio da tale tensione sistemica che nasce l'idea di definire dei limiti ragionevoli. Tuttavia, è necessario analizzare le clausole derogatorie per comprendere profondamente fino a che punto i diritti umani siano protetti e quando invece possano diventare un "lusso" di cui fare a meno nei periodi di crisi¹⁶⁸.

these rights there cannot be serious argument that the individual should not have the right to complain. If these rights are so fundamental that they must exist even in time of war, then surely they are equally fundamental from the point of view of the individual having the right to complain."

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 126: "In the course of an exchange of views some Members pointed out that in times of civil strife or of a threat of civil war some exceptional measures could, by virtue of Article 15 of the draft, be decided upon to deal with doubtful elements in the population which it would be intolerable to see brought up before an international authority on the appeal of those concerned . . . We were obliged, in view of this, to try to provide for a restriction of the right of appeal, whilst safeguarding it in the essential cases. In order to define these cases, we relied on the definition put forward by the Committee of Ministers itself, in the text of Article 15 relative to the state of war or state of siege. It recognised that even in these hypothetical cases some rights were so essential to our self-respect as well as to the respect for other persons, that, really, under no conditions could we permit any departure therefrom."

¹⁶⁸ J.F. Hartman, "Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation By the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations" in *Harvard International Law Journal*, vol. 22, 1981, p. 12

2.2 Struttura della clausola derogatoria

Il testo dell'attuale art. 15 riprende quello dell'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che costituirà un termine di paragone estremamente rilevante ai fini del nostro esame nel capitolo successivo¹⁶⁹.

L'art. 15 sancisce che “In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7.

3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione”.

Come si può immediatamente notare, la norma è strutturata in tre distinte parti, corrispondenti ai tre paragrafi della disposizione, che compongono e delineano le possibilità degli Stati - e i divieti - di derogare validamente agli obblighi convenzionali. Rispettivamente, il primo paragrafo definisce l'ambito di applicazione oggettivo della norma, il secondo tutela alcuni diritti fondamentali da qualsiasi deroga, tra cui il diritto alla vita, e il terzo impone un iter procedurale per porre in essere una deroga.

2.2.1 Ambito di applicazione: “guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”

Il primo paragrafo dell'art. 15 delinea le condizioni in base ai quali gli Stati possono legittimamente derogare alla Convenzione, che consistono in un presupposto applicativo, estremamente discusso ancora oggi, e due requisiti circa l'entità e i limiti delle misure da adottare.

La formulazione CEDU, che definisce il presupposto come il caso di “guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”, corrisponde in maniera praticamente identica a quella del Patto e della Convenzione americana sui diritti umani.

¹⁶⁹ Doc. DH (56) 4, Lavori preparatori relativi all'articolo 15 del Patto, p. 10 e Allegato I. Si veda inoltre la Convenzione americana relativa ai diritti umani, art. 27. La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli non contiene invece alcuna clausola derogatoria.

Una tanto importante quanto vaga formulazione ha chiaramente dato vita a innumerevoli dibattiti sulla nozione oggettiva di “guerra”, e soprattutto sull’estensione del concetto “pericolo per la vita della nazione”.

Secondo il giurista Rusec Ergec, la guerra ai sensi della CEDU può essere definita come uno “scontro armato di una certa ampiezza e durata condotto da eserciti organizzati sotto la responsabilità dei rispettivi governi da cui dipendono”¹⁷⁰.

In generale, l’inserimento del termine “guerra” è da considerare come un esempio paradigmatico di emergenza pubblica, e anche per esso deve valere l’espressione “che minacci la via della nazione”¹⁷¹.

Oltretutto, il termine “guerra” è stato ad oggi generalmente sostituito da “conflitto armato”, di cui la Camera d’appello del Tribunale per l’ex Jugoslavia ha dato una definizione ampiamente condivisa, ossia “qualsiasi situazione in cui vi sia il ricorso alla forza armata tra Stati o violenza armata prolungata tra autorità governative e gruppi armati organizzati o tra tali gruppi all’interno di uno Stato”¹⁷².

Nella giurisprudenza di Strasburgo, l’esistenza di uno stato di guerra è stata rilevante nel caso *De Becker c. Belgio*, in cui le misure contestate, adottate in relazione a eventi bellici, continuavano a produrre effetti anche in tempo di pace, ma né la Commissione

¹⁷⁰ K.J. Parsch, “Experiences Regarding the War and Emergency Clause (art. 15) of the European Convention of Human Rights” in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 1, 1971, p. 327

¹⁷¹ D. Gomien - D. Harris - L. Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and The European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 1996, p. 367: “Since the European Convention mentions not only the case of ‘emergency threatening the life of the nation’ but also the case of ‘war’, the Committee of Experts to the Council of Ministers which recently studied the problems arising from the future possible co-existence of the Covenant and the Convention expressed the opinion that the notion of war might be regarded as being included in the concept of ‘public emergency which threatens the life of the nation’. From a formal point of view this is certainly true”. Vedi anche K. J. Parsch, “Experiences Regarding the War and Emergency Clause (Article 15) of the European Convention on Human Rights”, op. cit. (v. sopra, nota 170). È interessante notare che, invece, il Patto dei diritti civili e politici non distingue tra guerra ed emergenza pubblica. Tuttavia, non è argomentabile che uno Stato parte sia della CEDU che del Patto non possa derogare in caso di guerra, poiché nell’ottica dei redattori di quest’ultimo la guerra rientra senza dubbio tra le “emergenze pubbliche”. La scelta terminologica deriverebbe dal fatto che le Nazioni Unite erano state create con l’obiettivo di prevenire la guerra, e non di presupporne la legittimità. Vd. U.N. Doc. E/CN.4/SR.126, p. 6 (Unione Sovietica); U.N. Doc. E/CN.4/SR.126, p. 9; *Collected Edition of the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights*, vol. III, pp. 280, 282 (Comitato di esperti, 2 febbraio - 10 marzo 1950), L’Aia, Martinus Nijhoff, 1976; U.N. Doc. E/CN.4/L.139 (Regno Unito); *Collected Edition of the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights*, vol. I, p. 104 (Commissione preparatoria del Consiglio d’Europa, Comitato dei Ministri, Assemblea consultiva, 11 maggio - 8 settembre 1949), L’Aia, Martinus Nijhoff, 1975, p. 152

¹⁷² Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Tadić* (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 ottobre 1995, § 70

né la Corte hanno mai sviluppato una definizione precisa della nozione di “tempo di guerra”¹⁷³.

Per quanto riguarda il secondo e più sfuggibile concetto, la Corte EDU ha fornito una definizione di “emergenza pubblica” nel primo caso riguardante l’art. 15, vale a dire *Lawless c. Irlanda*, nel quale ha sancito che la nozione in esame era sufficiente chiara, e con essa si intendeva “an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community”¹⁷⁴, introducendo l’elemento delle ripercussioni sulla popolazione e la minaccia alla vita comunitaria.

Nel caso di specie, la Corte giudicò che le misure introdotte dal governo irlandese in tema di poteri speciali extragiudiziali di arresto, detenzione e internamento nei confronti di individui sospettati di essere membri dell’IRA fossero legittimati da una situazione di emergenza ritenuta la più lunga e violenta campagna terroristica verificatasi in Irlanda, sulla base di una valutazione di vari fattori, tra cui l’esistenza di un esercito clandestino e violento, il fatto che esso operasse anche al di fuori del territorio statale, compromettendo gravemente le relazioni della Repubblica d’Irlanda con lo Stato confinante, e l’allarmante aumento all’epoca dei fatti delle attività terroristiche nel giro di pochi mesi¹⁷⁵.

In una sentenza di qualche anno successiva, la Commissione ha evidenziato come nel passaggio in lingua inglese appena riportato mancasse, rispetto alla versione francese, la parola “imminent”, imminente, requisito fondamentale della situazione emergenziale¹⁷⁶. Proprio in assenza di tale circostanza, la Commissione, dopo aver dichiarato la propria competenza in ordine al sindacato sulle misure adottate dal governo rivoluzionario militare greco neoinsedatosi, affermò che, in mancanza del requisito di attualità e imminenza, le misure legislative poste in essere non trovavano alcuna giustificazione nella clausola derogatoria.

Decenni più tardi, la Corte europea in *A. e altri c. Regno Unito* è tornata nuovamente sulla definizione di imminenza per ampliarla. Il caso riguardava una notifica di deroga

¹⁷³ Corte EDU, *De Becker c. Belgio*, 27 marzo 1962, ric. n. 214/56, ECLI:CE:ECHR:1958:0609DEC000021456

¹⁷⁴ Corte EDU, *Lawless c. Irlanda* (n. 3), 1 luglio 1961, ric. n. 332/57, § 28

¹⁷⁵ Vd. anche Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071, §§ 207-212

¹⁷⁶ Commissione EDU, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia*, ric. nn. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67, rapporto della Commissione del 5 novembre 1969, §§ 112-113, in (1969) 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights, “The Greek Case”, p. 1

presentata nel dicembre 2001 relativa alla Parte IV dell'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* britannico: a seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, il governo britannico ritenne necessario introdurre un potere che consentisse la detenzione di cittadini stranieri qualora il Segretario di Stato considerasse ragionevolmente la loro presenza un rischio per la sicurezza nazionale e sospettasse che essi fornissero una rete di supporto alle operazioni dell'organizzazione terroristica *al-Qaeda*. La Corte, nella sentenza datata 2009, osservò che le preoccupazioni delle autorità britanniche erano ancora fondate, in quanto confermate da nuovi attentati terroristici, respingendo le affermazioni dei ricorrenti che sostenevano che l'emergenza, non essendo né effettiva né imminente e non avendo carattere temporaneo, non sussistesse e non potesse giustificare i regimi di alta sicurezza in cui erano stati detenuti. La Corte, sulla base delle prove fornite da esecutivo e Parlamento, unite a valutazioni dei giudici nazionali e a contributi della *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC), ritenne che le autorità nazionali non potessero essere criticate per aver considerato imminente la minaccia, e affermò che "la nozione di imminenza non può essere interpretata in modo così restrittivo da imporre a uno Stato di attendere che il disastro si verifichi prima di adottare misure per affrontarlo"¹⁷⁷. Essa rilevò infatti che lo scopo della deroga dovrebbe essere proteggere da rischi futuri, e dunque, se è vero che l'esistenza della minaccia deve essere valutata in relazione ai fatti noti al momento della deroga, non è escluso che possano essere presi in considerazione sviluppi successivi. Ha inoltre respinto l'interpretazione restrittiva per cui la minaccia in questione dovrebbe andare oltre gravi danni fisici e perdite di vite umane, fino a mettere in pericolo istituzioni di governo o l'esistenza stessa della comunità civile¹⁷⁸. La Corte europea si è allo stesso tempo distaccata dalla posizione espressa dal Comitato ONU per i diritti umani nel Commento generale sugli stati di emergenza, in cui esso affermava che le misure derogatorie "devono essere di natura eccezionale e temporanea"¹⁷⁹, per esprimere invece che il solo fatto che le misure eccezionali si estendano per più anni non equivale a un'automatica inammissibilità delle stesse¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Corte EDU, *A. e altri c. Regno Unito*, [GC], 19 febbraio 2009, ric. n. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505, § 177

¹⁷⁸ *ibid.*, § 179

¹⁷⁹ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, General Comment No. 29, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 2

¹⁸⁰ Corte EDU, *A. e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 177), § 178

Il cuore dell'interpretazione del presupposto applicativo dell'art. 15 risiede nel concetto di "emergenza o pericolo pubblico", nozione scivolosa che si presta a interpretazioni che possono variare sensibilmente, con importanti ricadute sulla tutela dei diritti fondamentali. Del resto, molti dei diritti e delle libertà sono in realtà definiti in termini troppo generali per essere pienamente autoapplicativi, e l'evoluzione dei concetti sociali e morali può aggiungere un ulteriore elemento di incertezza riguardo alla portata e alle implicazioni di tali diritti e libertà¹⁸¹. L'ambiguità linguistica della Convenzione è infatti uno dei principali dubbi degli internazionalisti riguardo alla tutela effettiva dei diritti fondamentali a livello europeo, e ha costretto la Corte di Strasburgo a sviluppare una nuova tecnica interpretativa: la dottrina del margine di apprezzamento.

2.3 La dottrina del margine di apprezzamento: *ratio*

La *ratio* di tale dottrina, cui è riconducibile l'art. 15 ma che è un elemento fondamentale anche di altri articoli della Convenzione, è complessa da identificare, poiché dipende da un intreccio di motivazioni storiche, politiche e giuridiche, che vari teorici del diritto internazionale dei diritti umani hanno cercato di ripercorrere e ricostruire.

In termini generali, essa costituisce uno strumento interpretativo volto a bilanciare la sovranità degli Stati contraenti e la necessità di garantire l'osservanza degli impegni delle parti¹⁸².

Per quanto riguarda il margine di apprezzamento nell'intera CEDU, la Corte iniziò ad elaborarlo negli anni Sessanta, prendendo atto delle caratteristiche giuridiche e fattuali che contraddistinguono e differenziano le società dei diversi Stati contraenti¹⁸³, sottolineando più volte come il meccanismo sovranazionale non possa e non debba andare a sostituirsi alle autorità nazionali.

Janneke Gerards, nel manuale di principi generali CEDU, propone una ricostruzione di tre ragioni principali per le quali sarebbe impensabile che il sistema convenzionale adottasse un "approccio massimalista", vale a dire che perseguisse il più elevato standard

¹⁸¹ H. Waldock, "The Effectiveness of the System Set Up by the European Convention on Human Rights" in *Human Rights Law Journal*, vol. 1, 1980, p. 1

¹⁸² R.St.J. Macdonald, "The Margin of Appreciation" in R.St.J. Macdonald - F. Matscher - H. Petzold (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 123: "The margin of appreciation gives the flexibility needed to avoid damaging confrontations between the Court and Contracting States over their respective spheres of authority and enables the Court to balance the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention"

¹⁸³ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Lawless c. Irlanda*, 19 dicembre 1959, ric. n. 332/57, p. 85; Corte EDU, *Belgian Linguistics Case*, 23 luglio 1968, ric. n. 1474/62, § I.B.10; Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, ric. n. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372

concepibile di tutela dei diritti fondamentali in tutti i quarantasette Stati contraenti¹⁸⁴: la prima è di natura istituzionale e si intreccia al principio di sussidiarietà, per cui gli Stati sono primi responsabili della tutela dei diritti fondamentali, mentre la Corte esercita un controllo sussidiario per verificare che gli Stati abbiano adempiuto ai propri obblighi e per intervenire in caso negativo¹⁸⁵.

La seconda ragione risiede nell'indeterminatezza intrinseca alla Convenzione, per cui da un lato il carattere universale dei diritti umani è innegabile, ma dall'altro esiste un consenso limitato sul contenuto preciso delle definizioni dei diritti fondamentali, e le perplessità aumentano se si diminuisce il livello di astrazione teorica e si indagano le periferie dei diritti fondamentali da un punto di vista pratico¹⁸⁶: se si può dire che tutti concordano, ad esempio, sul concetto di tutela della vita familiare normativizzato a livello europeo all'art. 8, nel silenzio della Convenzione vi sono discussioni enciclopediche su cosa costituisca un "nucleo familiare". Talvolta, dunque, anche il consenso internazionale è una base fragile per una tutela uniforme ed effettiva dei diritti fondamentali.

La terza causa è di natura pratico-epistemica, per cui i diritti fondamentali richiedono elaborate valutazioni di diritto e complesse regolamentazioni di fatto, di fronte alle quali legislatori e policy makers nazionali sono tendenzialmente meglio equipaggiati per valutare le ripercussioni economiche, sociali, costituzionali ed etiche nel proprio Stato. Nella dottrina del margine di apprezzamento risiede dunque la tensione più elaborata della Convenzione europea: da un lato, la Corte deve garantire la tutela effettiva dei diritti fondamentali, assicurando che tutti godano degli stessi diritti in condizioni di uguaglianza, e dall'altro deve lasciare agli Stati un sufficiente spazio di libertà nel

¹⁸⁴ J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 161-163

¹⁸⁵ *Handyside c. Regno Unito*, cit- (v. sopra, nota 183), § 523; Vd. anche ad es. O.M. Arnardóttir, "Rethinking the Two Margins of Appreciation" in *European Constitutional Law Review*, vol. 12, 2016, p. 40; E. Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights" in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 56, 1996, p. 304: "The margin of appreciation is the natural product of the distribution of powers between the Convention institutions and the national authorities, both of which are entrusted with the responsibility for implementing human rights. The primary responsibility lies with the member States, while the final word rests with the Court"

¹⁸⁶ R.D. Sloane, "Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights" in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 34, 2001, pp. 527-596; E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2001. Vd. anche S. Greer, "Universalism and Relativism in the Protection of Human Rights in Europe: Politics, Law and Culture" in P. Agha (a cura di), *Human Rights between Law and Politics: The Margin of Appreciation Doctrine in Post-National Contexts*, London, Bloomsbury/Hart, 2017, pp. 17-26.

compiere scelte interne. Tale fragile equilibrio è messo ancora più a dura prova in contesti emergenziali, tanto che alcuni teorici del diritto internazionale dei diritti umani, come Hartman, hanno sottolineato che dall'indeterminata dottrina del margine di apprezzamento emerge chiaramente il fallimento degli organi sovranazionali¹⁸⁷.

Appare complesso comprendere fino a che punto bisogna imporre i medesimi standard a tutti gli Stati e dove invece sarebbe più opportuno lasciare la valutazione ad essi stessi, in conformità con la nozione walzeriana di *thick morality*, moralità densa¹⁸⁸. Non si può ignorare che un approccio accentrato e assoluto di tutela causerebbe trasformazioni che rientrano nel campo del "contagio giuridico" e del contrasto al relativismo dei diritti umani.

2.3.1 La dottrina del margine di apprezzamento: origine giurisprudenziale e applicazione

La Commissione fece ricorso per la prima volta al concetto del margine di apprezzamento a metà anni Cinquanta, in *Grecia c. Regno Unito*, riferendosi a un margine di discrezionalità che rimane nelle mani statali nell'applicazione dei diritti convenzionali. Il caso si concluse con un accordo diplomatico, ma il rapporto, rimasto inedito, venne richiamato nel già citato *Lawless c. Regno Unito*, dove per la prima volta compare il concetto di margine di apprezzamento¹⁸⁹, descritto ulteriormente nelle osservazioni dell'allora Presidente della Commissione Humphrey Waldock: "The concept of the margin of appreciation is that a Government's discharge of these responsibilities is essentially a delicate problem of appreciating complex factors and of balancing conflicting considerations of the public interest; and that, once the Commission or the Court is satisfied that the Government's appreciation is at least on the margin of the powers conferred by Article 15, then the interest which the public itself

¹⁸⁷ J.F. Hartman, "Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation By the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations", cit. (v. sopra, nota 168), p. 3

¹⁸⁸ M. Walzer, "*Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*", University of Notre Dame Press, 1994; Sull'applicazione delle teorie di Walzer al margine di apprezzamento vd. A. J. Sweeney, "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era" in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, p. 459

¹⁸⁹ E. Crysler, "Brannigan and McBride v. U.K.: A New Direction on Article 15 Derogations Under the European Convention on Human Rights" in *Revue Belge de Droit International*, vol. 27, 1994, p. 603. Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Lawless c. Irlanda*, rapporto della Commissione, 1960-1961, Series B, §§ 82-90: "Having regard to the high responsibility which a government has to its people to protect them against any threat to the life of the nation, it is evident that a certain discretion - a certain margin of appreciation - must be kept to the Government in determining whether there exists a public emergency which threatens the life of the nation and which must be dealt with by exceptional measures derogating from its normal obligations under the Convention."

has in effective Government and in the maintenance of order justifies and requires a decision in favour of the legality of the government's appreciation"¹⁹⁰.

La Corte, dando il via ad una linea giurisprudenziale che verrà seguita dalla giurisprudenza successiva, ribadì la propria competenza nel pronunciarsi riguardo alla necessità di derogare ai sensi dell'art. 15 e di sindacare la proporzionalità delle misure adottate, evidenziando come la valutazione dell'emergenza non è limitata solo e soltanto dall'obbligo di agire in buona fede di cui all'art. 18¹⁹¹, ma affermando che esiste un certo grado di discrezionalità statale nel valutare ciò che è strettamente richiesto dalle esigenze della situazione, con la ferma opposizione di vari giudici che, nelle relative opinioni dissenzianti, sostennero che la situazione dovesse essere valutata oggettivamente, con un accertamento pieno della Corte e senza alcuna presunzione di correttezza a favore dello Stato; inoltre, essi affermavano che la semplice esistenza del terrorismo sul territorio non configurasse automaticamente una minaccia per la vita della nazione. Pertanto, la conclusione della maggioranza, per cui la sola esistenza dell'IRA costituiva una minaccia per la vita dello Stato britannico, fu molto criticata, sulla base del fatto che la vita della popolazione risultava in gran parte inalterata e i tribunali continuavano a funzionare normalmente¹⁹².

Al contrario di *Lawless*, con un *revirement* che sarà seguito da un ritorno alle origini, nel ricorso interstatale contro la Grecia presentato da Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi, la Commissione elaborò una definizione molto più precisa di emergenza pubblica, riducendo di molto il margine di valutazione statale.

La Corte addossò al governo l'intero onere della prova, dimostrando scarsa deferenza per le valutazioni nazionali e uno scrutinio intenso, e ritenne che il clima di preoccupazione e incertezza della situazione politica greca non configurasse una crisi costituzionale tale da minacciare la vita della nazione¹⁹³. Difatti, non esisteva una

¹⁹⁰ *Ibid.* Report of the Public Hearing Held by the Chamber of the Court on 7, 8, 10 and 11 April 1961, pp. 395-396, 408

¹⁹¹ *Lawless c. Irlanda*, Counter-Memorial of Ireland, [1960-1961] Eur. Ct. H.R., Series B, pp. 225-226; Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Lawless c. Irlanda*, rapporto della Commissione, 1960-1961. Eur. Ct. H.R., Series B, pp. 75-77

¹⁹² Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Lawless c. Irlanda*, rapporto della Commissione, 1960-1961 European Court of Human Rights, Series B, p. 82, in cui la Commissione individuò tre fattori a giustificazione della detenzione senza processo: l'esistenza dell'organizzazione paramilitare illegale Irish Republican Army (IRA); le operazioni dell'IRA nella regione di confine, che assorbivano risorse di polizia e finanziarie; e la tensione diplomatica con il Regno Unito derivante dalle incursioni transfrontaliere.

¹⁹³ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia* ("The Greek Case"), ric. nn. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67, rapporto della Commissione del 5

minaccia imminente che provocasse un livello di instabilità politica capace di impedire il normale svolgimento della vita della comunità¹⁹⁴.

Il caso greco è stata la prima, e finora unica, decisione in cui un organo giurisdizionale europeo ha rifiutato la tesi di uno Stato secondo cui sussisteva un'emergenza pubblica¹⁹⁵. La Commissione non riconobbe alcun margine alla giunta militare greca, effettuando invece una revisione piena e autonoma delle prove presentate dallo Stato, con una propria attività di accertamento.

Secondo i teorici di diritto europeo, la distanza di giudizio da *Lawless* può essere spiegata dal diverso atteggiamento nei confronti dei governi coinvolti: il regime militare al potere in Grecia era antidemocratico, incompatibile con i valori del Consiglio d'Europa, e nessuno Stato membro lo sosteneva¹⁹⁶. In generale, è stato rilevato che la Commissione e la Corte tendono ad essere meno esigenti nei loro criteri con Stati formalmente democratici¹⁹⁷.

Nel caso greco, era evidente che il senso di urgenza del regime derivava dal desiderio di mantenere il potere e impedire un ritorno all'ordine democratico; nel caso britannico, invece, la deroga doveva servire a contrastare un'organizzazione militare illegale contro un governo legittimo, senza contare il fatto che il caso greco riguardava una deroga a numerosi diritti fondamentali, mentre la materia di deroga e accertamento in *Lawless* concerneva misure più limitate, come detenzione amministrativa e interrogatori.

Non mancarono voci contrarie: i giudici dissenzienti nel caso greco, allineati con la maggioranza in *Lawless*, sottolinearono duramente che la Commissione non potesse essere informata quanto il governo, e criticarono apertamente la maggioranza per essersi trasformata in un "super-governo", sostituendosi alle valutazioni dei giudici nazionali.

Fu però in *Irlanda c. Regno Unito* che la Corte riconobbe ufficialmente per la prima volta la dottrina del margine di apprezzamento in relazione all'art. 15, affermando che la competenza di determinare le situazioni eccezionali spetta al governo in ragione della propria responsabilità per la vita dello Stato, e che spetti allo stesso modo alle autorità

novembre 1969, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 12, 1969, pp. 55, 56, 61 e 62

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 72, 73, 75, 76

¹⁹⁵ J. Beckett, "The Greek Case Before the European Human Rights Commission" in *Human Rights*, vol. 1, 1970-1971, p. 93.

¹⁹⁶ O. Gross, "Once More unto the Breach: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies" cit. (v. sopra, nota 149), p. 468

¹⁹⁷ F. Ní Aoláin, "The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence" in *Fordham International Law Journal*, vol. 19, 1995, p. 114

statali definire fino a che punto sia necessario spingersi per superare l'emergenza, in ragione del contatto "diretto e continuo con le pressanti esigenze del momento"; tale deferenza deriva anzitutto, con le parole della Corte, dal fatto che gli Stati si trovano in una posizione migliore ("better placed") per valutare le esigenze del proprio Paese rispetto al giudice internazionale.

In conclusione, dunque, la Corte sancì che "In this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities"¹⁹⁸, dando vita alla teoria del margine di apprezzamento, che costituisce l'angolatura da cui è necessario dare inizio alla lettura critica dell'art. 15.

Nel caso di specie, il governo irlandese accusava quello britannico di aver violato gli artt. 3, 5 e 6 CEDU con le reintrodotte misure di internamento e detenzione senza processo e interrogatorio previste dal *Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)* del 1922. Il punto più rilevante consiste nel fatto che, sebbene le parti non avessero contestato l'esistenza di una "emergenza pubblica che minacciava la vita della nazione", la Commissione ritenne comunque necessario accertare espressamente ed autonomamente la questione e concluse per la sussistenza dell'emergenza¹⁹⁹. La scelta di scrutinio della Corte si basava sul ragionamento per cui il fatto che le parti fossero concordi nel riconoscere l'esistenza di una tale situazione non poteva esonerare dal dovere di esaminarla autonomamente, in virtù del fatto che la Convenzione europea tutela diritti individuali di cui gli Stati non possono semplicemente disporre, rinunciare o derogare consensualmente.

Tuttavia, il problema dogmatico e giuridico risiede nel fatto che la crisi in Irlanda del Nord era continua - iniziata, secondo la stessa Corte, da oltre un decennio - e permanente²⁰⁰, mentre il regime di deroga presuppone che l'emergenza sia un fenomeno eccezionale e temporaneo che devia da uno stato di normalità. In tal caso - e, come rilevato, il discorso è applicabile alla maggior parte delle crisi odierne -, la normalità era diventata la situazione di emergenza.

Né la Commissione né la Corte affrontarono la questione, che rischiava di mettere sotto pressione l'intero impianto teorico dell'art. 15, con la conseguenza che le istituzioni

¹⁹⁸ Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD00531071, § 207; Corte EDU, *Aksoy c. Turchia*, 18 dicembre 1996, ric. n. 21987/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793, § 68

¹⁹⁹ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Irlanda c. Regno Unito*, rapporto della Commissione, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1976, pp. 584-586

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 630-702

hanno continuato a interpretare la situazione con categorie tecniche ormai inadatte alla realtà, e in definitiva il caso riportato contribuì in modo decisivo all'espansione del margine di apprezzamento.

2.3.2 La dottrina del margine di apprezzamento: estensione

In altri casi, la dottrina critica evidenzia come la Corte accettò sostanzialmente l'accordo delle parti circa la classificazione della situazione dei fatti, svolgendo un controllo superficiale dei requisiti. Ad esempio, la giurisprudenza della Corte nell'ultimo cinquantennio ha ricevuto diversi ricorsi in materia di violazioni dei diritti umani da parte delle forze di sicurezza turche in relazione alla situazione di tensione con la minoranza curda e, in particolare, con il PKK. A testimonianza di ciò, la Turchia ha fatto ricorso all'art. 15 CEDU per oltre il 77% del periodo compreso tra il giugno 1970 e il luglio 1987, inclusi quasi sette anni consecutivi tra il settembre 1980 e il maggio 1987²⁰¹. Nell'agosto 1990, inoltre, la Turchia ha notificato una nuova deroga che è rimasta in vigore fino al gennaio 2001²⁰². La Corte EDU in *Aksoy c. Turchia* ha liquidato la questione in una maniera piuttosto sbrigativa che fa emergere la tensione intrinseca dell'applicazione dell'art. 15, affermando che l'attività terroristica aveva “senza dubbio” creato un'emergenza pubblica²⁰³. La Corte non condusse una vera indagine autonoma, seguendo un ragionamento sostanzialmente apodittico, vale a dire accettando la posizione delle parti senza confrontarsi con la realtà di una crisi permanente e una deroga protratta nel tempo ai diritti fondamentali.

Il paradosso emerge se si guarda a due prese di posizione opposte all'interno della stessa sentenza: da un lato, la Corte sostenne che la supervisione europea doveva tenere conto delle circostanze dell'emergenza, tra cui la relativa durata²⁰⁴; dall'altro, non contestando nessuna delle due parti la regolarità della notifica di deroga, affermò di essere

²⁰¹ La Turchia ha notificato le seguenti deroghe all'art. 15: 16 giugno 1970-5 agosto 1975; 26 dicembre 1978-26 febbraio 1980; 12 settembre 1980-25 maggio 1987, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 30 (1987), p. 19; vol. 23 (1980), p. 10; vol. 22 (1979), p. 26; vol. 21 (1978), p. 18; vol. 18 (1975), p. 16; vol. 13 (1970), p. 18 (relazione relativa alla revoca della legge marziale in tutte le province turche e alla cessazione della deroga della Turchia)

²⁰² Notifica di deroga ai sensi della CEDU, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 33 (1990), p. 14 (deroghe agli articoli 5, 6, 8, 10, 11 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la notifica richiama la morte di 136 civili e 153 membri delle forze di sicurezza nel 1989 a seguito di attacchi terroristici, nonché la morte di 125 civili e 96 membri delle forze di sicurezza dall'inizio del 1990); *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 35 (1992), p. 16 (limitazione dell'ambito della deroga esistente al solo articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)

²⁰³ *Aksoy c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 198), §§ 553, 572, 587

²⁰⁴ *Ibid.* § 587

competente a verificare la questione, anche d'ufficio²⁰⁵, rivendicando un ruolo attivo a cui però nella pratica ha abdicato. Per questo, alcuni autori parlano di incoerenza della Corte riguardo alla “rhetoric of European supervision”²⁰⁶.

Per quanto riguarda in particolare le emergenze radicate e permanenti (“entrenched emergencies”), dunque, il ricorso al margine di apprezzamento ha effetti negativi sulla tutela sostanziale dei diritti e sull'integrità del sistema internazionale di controllo.

In generale, la Corte non ha rifiutato un qualsiasi tipo di supervisione europea, la cui necessità fu ribadita in altri giudizi, ma ha sostenuto che la dottrina del margine di apprezzamento dovesse essere letta nel contesto della materia che disciplinava, vale a dire il mantenimento dell'ordine pubblico in situazioni eccezionali; il funzionamento della dottrina era quindi che, qualora la Commissione o la Corte fossero state convinte che la valutazione del governo rientrasse nei limiti dei poteri conferiti dall'art. 15, esse non sarebbero intervenute²⁰⁷. In sostanza, la Corte ritagliò il proprio spazio di scrutinio giurisdizionale per i casi di manifesta sproporzionalità rispetto alle esigenze del caso. Sarà necessario attendere qualche anno affinché la Corte chiarisca, seppur in maniera non esaustiva né pienamente soddisfacente, la portata concreta del suo potere di controllo.

2.3.3 La dottrina del margine di apprezzamento: limiti

La Corte ha chiarito che il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati non è assoluto, e deve essere accompagnato da un ruolo residuo di controllo, nel quale valuta fattori rilevanti come la natura dei diritti incisi, le circostanze che hanno condotto all'emergenza e la loro durata²⁰⁸. Tuttavia, anche riguardo a questo aspetto la giurisprudenza della Corte lascia aperte varie questioni: la sentenza *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, su cui torneremo diffusamente in seguito quale esempio paradigmatico delle criticità dell'art. 15, mise in luce l'inefficacia della Corte nel dare il

²⁰⁵ *Ibid.*, § 590

²⁰⁶ O. Gross - F. Ní Aoláin, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights” in *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 3, 2001, p. 634. Questo atteggiamento ricorda la celebre decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)). Anche in quel caso, la Corte rivendicò energicamente il potere di controllo di costituzionalità (*judicial review*), ma al tempo stesso evitò lo scontro diretto con il Presidente decidendo a suo favore

²⁰⁷ C.C. Morrison Jr., “Margin of Appreciation in European Human Rights Law” in *Revue des droits de l'homme*, vol. 6, 1973, p. 263

²⁰⁸ Corte EDU, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, 26 maggio 1993, ric. nn. 14553/89 e 14554/89, ECLI:CE:ECHR:1993:0526JUD001455389, § 43; *Aksoy c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 198), § 68; Corte EDU, *S. e Marper c. Regno Unito*, 4 dicembre 2008, ric. nn. 30562/04 e 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, § 102

giusto peso ai fattori sopra richiamati. Fra tutti, un esempio emblematico: all'interno del giudizio e della verifica dei requisiti emergenziali, la Corte non esaminò le circostanze che avevano originato l'emergenza e in particolare non prese in considerazione la sua durata. Oren Gross sottolinea come teoricamente dovrebbe esistere una relazione inversa tra durata di un'emergenza e ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto: vale a dire, quanto più a lungo dura l'emergenza, tanto più ristretto dovrebbe essere il margine²⁰⁹. Nella sentenza in esame, la Corte fece esattamente il contrario, contraddicendo l'idea che un'emergenza dovrebbe essere eccezionale e temporanea. Del resto, seguendo il percorso storico della situazione in esame, ossia quella del terrorismo in Irlanda del Nord, quando il governo britannico aveva notificato la deroga nel 1988, la situazione non differiva da quella del 1984, e il Regno Unito aveva derogato continuativamente ai propri obblighi convenzionali dal 1971 al 1984. È naturale chiedersi dunque se abbia un senso logico e giuridico parlare di natura straordinaria di emergenza e di ritorno alla normalità, quando esse finiscono per coincidere. Inoltre, è indicativo che, da un punto di vista meramente tecnico, la notifica del 1988 è rimasta in vigore per quasi quindici anni.

Le valutazioni nazionali dovrebbero passare al vaglio della Corte EDU, che si riserva il diritto di non dichiarare illegittime le deroghe. Ad esempio, la Corte si è recentemente pronunciata riguardo alla restrizione dei mezzi di comunicazione di massa durante le proteste che hanno preceduto l'annuncio dei risultati delle elezioni presidenziali in Armenia, sottolineando come non ci fossero prove sufficienti per concludere che le proteste dovessero qualificare un'emergenza pubblica²¹⁰.

²⁰⁹ O. Gross, "Once More unto the Breach: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies" cit. (v. sopra, nota 149), p. 482; T.A. O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" in *Human Rights Quarterly*, vol. 4, n. 4, 1982, p. 495. Vd. anche F. Ní Aoláin, "The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence" cit. (v. sopra, nota 197), p. 125. A sostegno di questa tesi, l'autore richiama la dottrina israeliana della "occupazione prolungata", sviluppata dalla Corte Suprema israeliana, che prevede che, con il trascorrere del tempo, il peso delle esigenze di sicurezza diminuisca gradualmente rispetto alle esigenze civili, e parallelamente aumenti la disponibilità dei giudici a valutare l'operato governativo con sempre maggior rigore. Vd. ad es. Corte suprema israeliana, HCJ 87/85, *Arjoub v. Commander of IDF Forces in the Judea & Samaria Area*, in *Piskei Din* (P.D.), vol. 42, n. 1, 1988, pp. 353–384; Corte suprema israeliana, HCJ 69/81, *Abu Itta et al. v. Commander of IDF Forces in the Judea & Samaria Area & Others*, in *Piskei Din* (P.D.), vol. 37, n. 2, 1983, pp. 197–315; A. Roberts, "Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967" in *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, pp. 95-103

²¹⁰ Corte EDU, *Daréjskizb c. Armenia*, 14 maggio 2009, ric. n. 61737/08, ECLI:CE:ECHR:2009:0514DEC006173708

2.3.4 La dottrina del margine di apprezzamento: rischi e criticità

La forza - e, nell'opinione di chi scrive, anche la principale debolezza - del margine di apprezzamento risiede nella sua flessibilità e variabilità²¹¹: ad esempio, è facile notare come, se è vero che gli Stati sono in una posizione migliore per valutare le proprie condizioni e le relative misure, è altrettanto vero che ci sono situazioni in cui la Corte può essere altrettanto qualificata per esprimere una valutazione, ad esempio quando si tratta di interpretazione di termini convenzionali. Se gli Stati beneficiassero sempre dello stesso ampio margine di valutazione, il controllo della Corte sarebbe estremamente limitato, con un livello di tutela sostanzialmente basso. La funzione giudicatrice della Corte permette invece di modulare l'intensità del controllo sul rispetto degli obblighi da parte degli Stati, con un corrispondente ventaglio molto ampio di soluzioni giurisprudenziali²¹².

Al contrario, se la Corte riconoscesse un margine ristretto di apprezzamento, il controllo sarebbe estremamente più pervasivo, con test di necessità rigoroso in cui spetta alle autorità nazionali dimostrare che la limitazione dei diritti è stata causata da una valutazione obiettiva degli interessi rilevanti.

Nonostante non manchino voci in dottrina che sostengono la validità del margine di apprezzamento come strumento interpretativo che legittima la diversità culturale alla base della Convenzione, e che costituisce un principio "di giustificazione più che di interpretazione"²¹³ che ha il pregio di tenere conto delle esigenze sociali che caratterizzano una comunità politica organizzata, lo strumento ha suscitato numerose

²¹¹ Cfr. R.St.J. Macdonald, "The Margin of Appreciation", cit. (v. sopra, nota 182); Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002, p. 236; A. Ostrovsky, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals" in *Hanse Law Review*, 2005, p. 58

²¹² Ad esempio, quando alle autorità nazionali viene riconosciuto un ampio margine di apprezzamento, la Corte limita il proprio controllo a una valutazione superficiale che concerne ragionevolezza e proporzionalità, come nel caso *James c. Regno Unito*, nel quale la Corte sottolineò che era di sua competenza determinare se i mezzi scelti fossero ragionevoli e idonei al perseguimento dello scopo, ma non lo era stabilire se la legislazione adottata rappresentasse la "soluzione migliore" o se il potere discrezionale legislativo avrebbe dovuto essere esercitato diversamente. In questo tipo di censura, spetta tendenzialmente ai ricorrenti dimostrare che la restrizione era ingiustificata. Corte EDU, *James e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 59), § 51

Per altri esempi, vd. Corte EDU, *Rasmussen c. Danimarca*, 28 novembre 1984, ric. n. 8777/79, ECLI:CE:ECHR:1984:1128JUD000877779, § 41; Corte EDU, *Fretté c. Francia*, 26 febbraio 2002, ric. n. 36515/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003651597, § 42; Corte EDU, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, ric. n. 69498/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0713JUD006949801, § 46; Corte EDU, *Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo*, 11 gennaio 2007, ric. n. 73049/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, § 83

²¹³ R. Sapienza, "Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo" in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 74, 1991, p. 571

critiche nella letteratura accademica, a partire dalla divergenza tra formulazione e applicazione²¹⁴.

Lord Lester di Herne Hill in merito ha sostenuto che “Il concetto di margine di apprezzamento è diventato qualcosa di scivoloso e sfuggente come un’anguilla. Sempre più spesso la Corte sembra utilizzarlo come sostituto di un’analisi giuridica coerente delle questioni in gioco. [...] Il pericolo di continuare a fare affidamento su questa dottrina priva di criteri definiti è che essa diventi la fonte di una perniciosa “geometria variabile” dei diritti umani”²¹⁵.

Alcuni autori hanno sostenuto che l’atteggiamento deferente della Corte, riflesso proprio nell’uso del margine di apprezzamento, abbia talvolta comportato una vera e propria rinuncia alla sua funzione di giudicare in modo autonomo casi complessi e delicati, accettando le argomentazioni del governo²¹⁶.

All’epoca del richiamato caso *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, la ONG Amnesty International, intervenuta come *amicus curiae*, aveva contestato ampiamente il concetto del margine di apprezzamento, sottolineando i rischi di affidare una valutazione in materia di sospensione di diritti fondamentali a una regola generale di deferenza statale ed evidenziando la possibilità che la protezione internazionale venisse gravemente indebolita da un ampio margine di apprezzamento riconosciuto in maniera indiscriminata²¹⁷.

²¹⁴ J.H. Gerards, “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine” in *European Law Journal*, vol. 17, 2011, p. 106; J. Kratochvíl, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights” in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, 2011, p. 335; J.H. Gerards, “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights” in *Human Rights Law Review*, vol. 18, 2018, § 2.B.iv.; J. Fahner, *Intensity of Review in International Courts and Tribunals: A Comparative Analysis of Deference*, PhD thesis, University of Luxembourg/University of Amsterdam, 2018, § 4.2

²¹⁵ L. Lester of Herne Hill, “Universality Versus Subsidiarity: A Reply” in *European Human Rights Law Review*, 1998, pp. 75-76; L. Lester of Herne Hill, Q.C., “General Report” in *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, 1995, pp. 227, 236, 237

²¹⁶ F. Ní Aoláin, “The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence” in *Fordham International Law Journal*, vol. 19, 1995, p. 115; O. Gross, “Once More unto the Breach: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies” cit. (v. sopra, nota 149), p. 497: “The practice of the Court and the Commission demonstrates the pernicious use of the doctrine to avoid conducting an independent examination of the evidence and the tendency to succumb to the position of the relevant national government.”; K.C. Burke, “Secret Surveillance and the European Convention on Human Rights” in *Stanford Law Review*, vol. 33, 1980-1981, p. 1134; R. Higgins, “Derogations Under Human Rights Treaties” in *British Year Book of International Law*, vol. 48, 1976-1977, p. 314: “the Commission has used margin of appreciation as self-denying ordinance against its own review of all evidence before a national court”.

²¹⁷ Amnesty International, osservazioni nel caso Corte EDU, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, 21 agosto 1992, § 20

Sempre in riferimento a *Brannigan*, alcuni autori hanno sostenuto che la Corte si sia lasciata guidare da considerazioni di opportunità politica, con possibili ricadute discriminatorie nei confronti di altri Stati membri, in particolare con l'apertura del Consiglio verso Est²¹⁸.

La dottrina del margine di apprezzamento è stata inoltre criticata perché introduce un forte elemento di soggettività nell'interpretazione della Convenzione europea, e ciò indebolirebbe l'autorità della Corte nei confronti degli Stati, rendendo più difficile richiamarsi a criteri oggettivi nel controllo delle decisioni governative²¹⁹.

Dai giudizi esaminati, si comprende come spesso la Corte, rifacendosi a standard più vaghi e flessibili, abbia evitato di spiegare in modo approfondito le ragioni delle sue decisioni, in un contesto in cui il dovere di motivazione costituisce un elemento fondamentale dell'attività giudiziaria quale vincolo per i giudici e garanzia di *accountability*²²⁰.

La dottrina del margine di apprezzamento è stata definita da alcuni commentatori "cavallo di Troia" del sistema convenzionale²²¹, "tecnica di accomodamento"²²², "much maligned notion", nozione vituperata²²³, o ancora "una maniera pseudo-tecnica di evocare il potere discrezionale che gli organi di Strasburgo hanno ritenuto che la Convenzione riconoscesse agli Stati in determinati casi"²²⁴, tanto che studiosi come Paul Mahoney ne hanno messo in discussione la legittimità come strumento interpretativo di trattato sui diritti umani²²⁵.

Si ritiene che il margine di apprezzamento non debba essere integralmente espunto dall'interpretazione della Convenzione. Piuttosto, esistono prospettive *de iure condendo*

²¹⁸ E. Cryslar, "Brannigan and McBride v. U.K.: A New Direction on Article 15 Derogations Under the European Convention on Human Rights?", cit. (v. sopra, nota 189), p. 624

²¹⁹ N. Lavender, "The Problem of the Margin of Appreciation" in *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 380-381

²²⁰ R.St.J. Macdonald, "The Margin of Appreciation", cit. (v. sopra, nota 182), p. 85: "If the Court gives as its reason for not intervening simply that the decision is within the margin of appreciation of the national authorities, it is really providing no reason at all but is merely expressing its conclusion not to intervene, leaving observers to guess the real reasons which it failed to articulate"

²²¹ Ignacio de la Rasilla del Moral, "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine" (2006) 7(6) *German Law Journal*, p. 611

²²² R. Higgins, "Derogation under Human Rights Treaties", cit. (v. sopra, nota 216), p. 281.

²²³ P. Mahoney, "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?" in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, 1998, p. 4, § 1

²²⁴ S. Greer, "La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme" in *Dossiers sur les droits de l'homme*, n. 17, Conseil de l'Europe, 2000

²²⁵ P. Mahoney, "Marvellous Richness of Diversity or invidious Cultural Relativism?", cit. (v. sopra, nota 223)

- che verranno approfondite nel prosieguo - volte a un suo impiego maggiormente strutturato tramite l'elaborazione di criteri chiari e fondati su principi condivisi. In tal modo, la dottrina del margine di apprezzamento potrebbe assumere la funzione di "lubrificante giurisprudenziale" nel funzionamento del sistema convenzionale²²⁶.

2.4 Proporzionalità: "nella stretta misura in cui la situazione lo richieda"

Oltre alla necessità, le misure derogatorie messe in atto devono rispondere al criterio di proporzionalità, vale a dire devono essere adottate "nella stretta misura in cui la situazione lo richieda".

Questo requisito è il più fondamentale, poiché costituisce il principale limite sostanziale all'esercizio del potere derogatorio degli Stati e traccia i confini del controllo giurisdizionale degli organi di Strasburgo nel valutare le misure adottate. In particolare, devono essere esaminate la necessità delle deroghe, la proporzionalità in senso stretto rispetto alla minaccia e la durata²²⁷.

2.4.1 Necessità

Lo stato di necessità implica un conflitto tra l'interesse di uno Stato a salvaguardare uno dei propri interessi vitali e l'interesse di un altro Stato a vedere rispettati i propri diritti. In linea di principio, lo Stato deve decidere di violare un obbligo internazionale solo per salvare, preservare o tutelare un interesse essenziale. Da un'altra angolazione, la necessità in una società democratica implica il conflitto fra due interessi, cioè l'interesse che gli altri Stati hanno a che lo Stato derogante rispetti i propri obblighi in materia di diritti fondamentali, e l'interesse dello Stato derogante a salvaguardare la vita della nazione o della collettività²²⁸.

I requisiti per l'invocazione dello Stato di necessità si rinvergono all'art. 33 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati elaborato dalla Commissione di diritto internazionale che, all'interno dei requisiti per la validità dell'eccezione derogatoria, include quello per cui "l'atto costituisce l'unico mezzo in grado di salvaguardare un

²²⁶ T.A. O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", cit. (v. sopra, nota 209), p. 496

²²⁷ R. Higgins, "Derogations Under Human Rights Treaties" (v. sopra, nota 216), pp. 282-283; P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1993, p. 737; P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 553

²²⁸ M. M. El Zeidy, "The ECHR and States of Emergency: Article 15-A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations" (2003) 4 *San Diego International Law Journal*, p. 286

interesse essenziale dello Stato contro un pericolo grave e imminente”²²⁹, che trova riscontro nella formulazione CEDU²³⁰.

La Corte ha esercitato un controllo stringente riguardo al nesso di causalità tra evento e misure. Nel recente caso *Domenjoud c. Francia*, la Corte ha ribadito infatti che lo Stato non può estendere i poteri emergenziali oltre il perimetro della minaccia che ha giustificato la deroga. Nel caso di specie, la notifica dello Stato francese legata all'emergenza post attentati terroristici del presente secolo non poteva giustificare misure restrittive generalizzate contro attivisti climatici in assenza di prove individualizzate di minaccia reale all'ordine pubblico²³¹.

2.4.2 Proporzionalità in senso stretto

La proporzionalità rappresenta il nucleo fondamentale dello scrutinio della Corte, che ha sempre affermato la propria competenza a verificarne il rispetto, con varie divergenze interne. Ad esempio, nel caso *Lawless*, alcuni membri sostenevano un'applicazione del principio in questione, difendendo un'interpretazione oggettiva per cui gli organi europei avrebbero dovuto analizzare se ciascuna misura derogatoria fosse strettamente richiesta dalla situazione. Di conseguenza, secondo questa impostazione uno Stato dovrebbe essere ritenuto responsabile ogni qualvolta fosse accertato che gli organi statali disponessero di misure meno lesive, e per contro lo Stato dovrebbe dimostrare di non aver avuto altri mezzi per far fronte all'emergenza, come se la sospensione dei diritti costituisse l'ultima risorsa.

Altri commissari riconobbero invece il principio del margine di apprezzamento, che, come visto, fu l'interpretazione che prevalse. Ad esempio, in *A. e altri c. Regno Unito*, pur riconoscendo l'esistenza di una situazione di emergenza pubblica, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sproporzionata la detenzione a tempo indeterminato di cittadini stranieri sospettati di terrorismo, affermando che le misure derogatorie devono mantenere un ragionevole rapporto di proporzionalità rispetto allo scopo perseguito²³².

²²⁹ S. M. Schwebel (a cura di), *Current Developments: The Thirty-Second Session of the International Law Commission*, in *American Journal of International Law*, vol. 74, n. 4, 1980, pp. 961-963

²³⁰ A. Oraa, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 221

²³¹ Corte EDU, *Domenjoud c. Francia*, 16 maggio 2024, ricc. n. 34749716 e 79607/17, ECLI:CE:ECHR:2024:0516JUD003474916

²³² Corte EDU, *A. ed altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 177); vd. anche Corte EDU, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 208), in cui la Corte ha precisato che il controllo sulla proporzionalità richiede una valutazione concreta delle circostanze del caso, tenendo conto sia della gravità della minaccia sia delle garanzie predisposte dall'ordinamento per prevenire possibili abusi.

2.4.3 Durata

Le deroghe dovrebbero cessare una volta venute meno le circostanze eccezionali, secondo il principio di temporaneità, per cui le misure erano necessarie al momento dell'adozione ma possono cessare di esserlo qualora si rivelino inefficaci oppure non sia più possibile dimostrare che siano strettamente richieste dalla situazione. Nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, il governo irlandese sostenne che le misure "intermittenti" adottate dai britannici si fossero rivelate inefficaci, e che pertanto non avrebbero più dovuto essere applicate. La Corte rispose che non rientrava tra le sue funzioni valutare l'efficacia delle misure, poiché il suo scrutinio riguardava la legittimità delle stesse alla luce della Convenzione²³³. Parte della dottrina ha tuttavia osservato che una misura dapprima necessaria ma rivelatasi poi inefficace potrebbe cessare di essere "strettamente richiesta dalle esigenze della situazione", sicché il controllo su necessità e proporzionalità delle deroghe non deve prescindere del tutto dalla considerazione dei loro effetti concreti²³⁴.

2.5 Conformità internazionale: "a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale"

L'ultimo requisito riguarda la conformità internazionale ("consistency"): la deroga è legittima "a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale". In sostanza, uno Stato non può avvalersi dell'art. 15 per liberarsi da obblighi derivanti da altri strumenti di tutela dei diritti umani. Tale conclusione trova conferma all'art. 53 CEDU, secondo cui "Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di una Parte contraente o ad ogni altro accordo al quale essa partecipi". Resta incerto quali testi internazionali siano inclusi nel riferimento dell'art. 15; si ritiene che esso comprenda le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, i relativi Protocolli aggiuntivi e la Carta ONU²³⁵, mentre è esclusa la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in quanto non ritenuta fonte di obblighi internazionali²³⁶. Per quanto riguarda le norme consuetudinarie, verosimilmente esse vincolano tutti i membri della comunità

²³³ P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, cit. (v. sopra, nota 227), p. 553

²³⁴ M. M. El Zeidy, "The ECHR and States of Emergency: Article 15-A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations", cit. (v. sopra, nota 228), p. 290

²³⁵ Carta delle Nazioni Unite, art. 103

²³⁶ A. Oraa, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, cit. (v. sopra, nota 230) pp. 191-192

internazionale, come anche i principi generali del diritto internazionale e, *a fortiori*, le norme imperative di *ius cogens*.

Nel caso *Cipro c. Turchia*, il governo cipriota sostenne che la Turchia non avrebbe potuto invocare le deroghe ai sensi dell'art. 15 poiché la propria azione militare a Cipro costituiva una guerra di aggressione contraria agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite²³⁷. La Commissione non affrontò la questione poiché la Turchia non aveva in ogni caso notificato alcuna deroga riguardo a Cipro del Nord, ma è interessante domandarsi quale sarebbe stata la presa di posizione da Strasburgo riguardo la legittimità della guerra di aggressione.

Una lettura analoga fu sostenuta dal rappresentante dell'Uruguay in sede di lavori preparatori del Patto internazionale sui diritti e civili, che sostenne che soltanto una guerra legittima, ad esempio di autodifesa, avrebbe potuto giustificare una deroga ai sensi dell'art. 4.

In termini generali, il principio di conformità ha avuto un ruolo marginale nella giurisprudenza CEDU, ma conserva una rilevanza perché consente alla Corte di valutare l'operato statale alla luce dell'insieme dei suoi obblighi internazionali, e non quale mero arbitro del sistema convenzionale di Strasburgo.

2.6 Applicazione extraterritoriale: il concetto di giurisdizione

Un'ulteriore e consistente ragione che ha scoraggiato l'utilizzo dell'art. 15 nella pratica consiste nell'eccezione di giurisdizione.

Con "applicazione extraterritoriale" si intende che, nel momento in cui si verifica una violazione dei diritti umani, l'individuo interessato non si trova fisicamente nel territorio dello Stato in questione, ossia nell'area geografica sulla quale lo Stato esercita sovranità o possiede un titolo giuridico²³⁸. Nei trattati sui diritti umani, i quali impongono obblighi esclusivamente agli Stati contraenti, e non a Stati terzi o privati, e regolano rapporti tra gli Stati e gli individui, è fondamentale definire la portata territoriale di tali obblighi²³⁹.

²³⁷ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Cipro c. Turchia*, rapporto della Commissione, 1976, 4 European Human Rights Reports, pp. 482, 552 e 553: "The reference to 'other obligations under international law' in Article 15(1) excluded wars violating such obligations as those under the United Nations Charter"

²³⁸ Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford University Press, 2011, p. 8

²³⁹ La Commissione di diritto internazionale nel progetto di articoli sul diritto dei trattati, che sarebbe poi confluito nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ha osservato: "certain types of treaty, by reason of their subject matter, are hardly susceptible of territorial application in the ordinary sense. Most treaties, however, have application to territory and a question may arise as to what is their precise scope territorially." *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, p. 213

È forse superfluo precisare che il dibattito sulla extraterritorialità non si riferisce ai territori dipendenti di uno Stato o alle sue colonie, o, per utilizzare l'espressione diplomatica più accurata in contesto internazionale, ai territori delle cui relazioni internazionali lo Stato è responsabile; riguardo a questi, l'Assemblea convenzionale, considerando che le colonie rappresentavano storicamente un problema tipicamente europeo, ha ritenuto opportuno inserire nel testo l'art. 56, che contiene proprio una cosiddetta clausola coloniale prototipica, riprodotta nelle clausole relative all'applicabilità territoriale del Protocollo n. 1 e n. 4 della CEDU, rispettivamente agli articoli 4 e 5. La *ratio* della clausola risiederebbe in linea di principio nel rifiuto di estendere l'applicazione del trattato ai nuovi territori se non in via subordinata al consenso dei governi locali; in realtà, è ragionevole ritenere che essa sia stata inserita per il timore che l'estensione delle garanzie convenzionali, e in particolare la possibilità di ricorso individuale, avrebbe compromesso l'unità dell'impero coloniale, all'epoca ancora in piedi²⁴⁰. Il discorso appare ancora estremamente rilevante a causa delle visibili implicazioni del fenomeno colonialista europeo che permangono ancora ad oggi.

Generalmente, le questioni sulla extraterritorialità sono originate da una condotta imputabile a uno Stato posta in essere al di fuori dei suoi confini statali, ma non necessariamente: è sufficiente che l'individuo interessato si trovi al di fuori del territorio statale, mentre la lesione dei suoi diritti può verificarsi all'interno del territorio.

In realtà, ad eccezione del Patto internazionale sui diritti civili e politici, i trattati sui diritti umani non menzionano il titolo territoriale come requisito per la loro applicabilità; la Convenzione europea, come altri, si limita a richiedere che l'individuo, per godere dei diritti e delle libertà enunciati, sia sottoposto "alla giurisdizione delle Parti contraenti", come sancito al primo articolo²⁴¹.

²⁴⁰ Le clausole coloniali sembrano infatti concepite per consentire agli Stati contraenti di individuare quali parti del proprio territorio saranno soggette al trattato, derogando così alla presunzione di applicazione territoriale a tutto il territorio statale prevista dall'articolo 29 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Vd. anche P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, cit. (v. sopra, nota 227), pp. 17-18; L. Moor & A.W.B. Simpson, "Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights" in *British Yearbook of International Law*, vol. 76, 2006, pp. 151-152

²⁴¹ A differenza dell'art. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che stabilisce che: "Ciascuno Stato parte del presente Patto si impegna a rispettare e a garantire a tutti gli individui che si trovino nel suo territorio e siano soggetti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, il patrimonio, la nascita o ogni altra condizione", richiedendo cumulativamente che l'individuo si trovi "nel suo territorio" e sia "soggetto alla sua giurisdizione"

Le diverse interpretazioni del concetto di giurisdizione riguardano, tra altre, la contrapposizione tra un approccio universalista, che considera gli Stati come meri attuatori di valori universali e che tende dunque a pretendere l'adozione di tutte le misure necessarie a garantire protezione effettiva, e un approccio particolarista e statocentrico, che considera la missione fondamentale del movimento dei diritti umani l'attuazione di accordi e consuetudini per regolare il potere dello Stato sugli individui, e che considera gli Stati i responsabili dell'amministrazione delle attività all'interno del loro territorio, secondo il paradigma più tradizionale del rapporto tra governi e governati²⁴².

2.6.1 Giurisdizione ai sensi del diritto internazionale generale

La Corte ha fornito un'interpretazione ristretta della nozione nel caso *Banković ed altri c. Belgio ed altri*, relativo ai bombardamenti NATO nel contesto del conflitto che riguardò il Kosovo e i Paesi confinanti. Questa sentenza è stata al centro del dibattito sull'applicazione territoriale della CEDU e ha generato notevole confusione giuridica²⁴³, tanto da portare una parte maggioritaria della dottrina a interrogarsi circa i possibili iter logici dei giudici.

La Corte EDU, richiamando i principi generali di diritto internazionale contenuti all'interno della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati²⁴⁴, ha affermato che il significato ordinario del termine "giurisdizione" sarebbe quello di giurisdizione "territoriale"²⁴⁵ (*ratione loci*)²⁴⁶.

²⁴² Y. Shany, "Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law" in *European Journal of Legal Studies*, vol. 7, n. 1, 2012, p. 49

²⁴³ Al punto che un giudice della Camera dei Lord del Regno Unito ha osservato: "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" in Corte suprema del Regno Unito (House of Lords), *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, § 67 (Lord Rodger of Earlsferry); sulla stessa linea, il giudice della CEDU Bonello ha sottolineato che "Up until now, the Court has, in matters concerning the extraterritorial jurisdiction of Contracting Parties, spawned a number of "leading" judgments based on a need-to-decide basis, patchwork case-law at best." in Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 105), opinione concorrente del giudice Bonello, § 5

²⁴⁴ Corte EDU, *Banković e altri c. Belgio e altri Stati*, [GC], 12 dicembre 2001, ric. n. 52207/99, ECLI:CE:ECHR:2001:1212DEC005220799, § 57

²⁴⁵ *Ibid.*, § 59

²⁴⁶ Alcuni commentatori sostengono che tale Convenzione dia priorità all'interpretazione letterale dei termini, mentre la Corte internazionale di giustizia aveva affermato che il significato non può essere assoluto, ma deve essere reinterpreto nei casi in cui sia incompatibile con spirito, scopo o contenuto dello strumento normativo in esame. Come sottolineato da Kerem Altıparmak, la Convenzione di Vienna stabilisce solo delle regole generali di interpretazione, ma non esiste una gerarchia tra i diversi metodi interpretativi elencati nell'articolo, vd. K. Altıparmak, "Banković: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?" in *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 9, n. 2, 2004, p. 222

La Corte europea si è distaccata dalla Corte di giustizia, che aveva precisato che il significato della Convenzione deve essere reinterpretato ove sia incompatibile con spirito, contenuto o scopo dello strumento normativo in esame, per prediligere l'approccio della Commissione di diritto internazionale²⁴⁷, affermando che “il processo di interpretazione di un trattato costituisca un'unica operazione combinata”²⁴⁸ e formulando la teoria dell'*espace juridique européen*²⁴⁹, che collega l'applicazione della Convenzione ai confini geografici del Consiglio d'Europa. Dottrina autorevole critica tale impostazione, sostenendo che la giurisdizione, che nel diritto internazionale generale riguarda poteri normativi, esecutivi o giudiziari, nei trattati sui diritti umani assolve alla funzione di individuare gli individui nei confronti dei quali lo Stato deve garantire i diritti convenzionali²⁵⁰. Di conseguenza, il criterio rilevante non dovrebbe essere la titolarità di una competenza territoriale, bensì l'esistenza di un effettivo controllo statale sull'individuo. La protezione ai sensi della CEDU dovrebbe essere assicurata anche al di fuori del territorio statale qualora lo Stato eserciti un potere sulla persona interessata.

Il risultato fu che il ricorso, presentato da cittadini serbi contro Stati membri della NATO²⁵¹ per le violazioni del diritto alla vita, fu dichiarato inammissibile per assenza di giurisdizione. La Corte affermò che, considerando che la CEDU ha uno specifico ambito geografico di applicazione - lo spazio giuridico europeo - , e che i diritti convenzionali non possono essere “suddivisi e adattati” (“divided and tailored”) senza svuotare la clausola di giurisdizione²⁵², i casi di applicazione extraterritoriale rappresentavano un'eccezione limitata a regimi di occupazione militare; né il fatto che uno Stato influenzasse o colpisse persone all'estero né il semplice esercizio di forza militare all'estero potevano essere sufficienti a “trasferire” la giurisdizione statale in un determinato territorio.

Hannum, all'interno del saggio che ospita le riflessioni riguardo alla natura stessa degli atti extraterritoriali nel contesto di missioni militari internazionali all'estero, ha

²⁴⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, pp. 219-220

²⁴⁸ Corte EDU, *Golder c. Regno Unito*, 21 febbraio 1975, ric. n. 4451/70, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170, § 30

²⁴⁹ Corte EDU, *Banković e altri c. Belgio e altri Stati*, cit. (v. sopra, nota 244), § 80

²⁵⁰ Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, cit. (v. sopra, nota 238), p. 22

²⁵¹ I governi convenuti nel caso *Banković* erano Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Islanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Spagna, Turchia e Regno Unito

²⁵² Corte EDU, *Banković e altri c. Belgio e altri Stati*, cit. (v. sopra, nota 244), §§ 56-57

commentato il caso sostenendo che, “dato il numero limitato di sedi nelle quali diritti umani e diritto umanitario possono essere fatti rispettare, dato il ruolo centrale dei diritti umani quale ideologia secolare unificante dell’ordine globale, e soprattutto dato il ruolo centrale dei diritti umani quale collante ideologico dei popoli e delle istituzioni europee”, la Corte avrebbe dovuto riconoscere la propria giurisdizione su tutte le azioni nelle quali Stati soggetti alla sua giurisdizione risultino “anche solo potenzialmente complici” (“arguably complicit”)²⁵³.

Nell’opinione di chi scrive, l’opinione di Hannum rappresenta una polarizzazione dell’evoluzione di giurisdizione *de facto* espressa dalla Corte in *Loizidou*, e, se seguita pedissequamente a livello giuridico, porterebbe al rischio di porre in essere un “processo alle intenzioni” statali a livello internazionale. Tuttavia, il nucleo fondamentale espresso in tale contributo è estremamente valevole, e anzi risulta utile per comprendere come parte autorevole della dottrina preferisca la giurisdizione effettiva del controllo globale per assicurare la tutela effettiva delle garanzie convenzionali.

Come rilevato da Altıparmak, la Corte in *Banković* pecca nel non considerare contesto, oggetto e scopo della Convenzione europea oggetto di interpretazione. Oltretutto, egli rileva che, in materia di responsabilità internazionale degli Stati, in virtù del principio di nazionalità dell’autore di reato, un cittadino potrebbe rientrare nella giurisdizione del proprio Stato anche commettendo un reato all’estero²⁵⁴. Se infatti, come sostengono Jennings e Watts²⁵⁵, la giurisdizione statale è l’estensione del diritto di uno Stato di disciplinare una condotta o le conseguenze di determinati eventi, è chiaro che essa si estenda alle truppe di uno Stato operanti all’estero, come del resto esplicitato dalla Corte, che ha affermato che gli agenti statali non soltanto rimangono sottoposte alla giurisdizione del proprio Stato nel loro operato all’estero, ma “trasferiscono sotto la giurisdizione di quello Stato tutte le persone o i beni sui quali esercitano la propria autorità”²⁵⁶. Dunque, lo Stato è responsabile di queste azioni o omissioni.

²⁵³ H. Hannum, “Remarks on ‘Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights’” in *Proceedings of the American Society of International Law*, 2002, p. 106

²⁵⁴ K. Altıparmak, “Banković: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?”, cit. (v. sopra, nota 246), p. 224

²⁵⁵ R. Jennings & A. Watts (a cura di), *Oppenheim’s International Law*, vol. 1, 9th ed., Oxford University Press, 1992, p. 456

²⁵⁶ Commissione europea dei diritti dell’uomo, *Cipro c. Turchia*, ric. nn. 6780/74 e 6950/75, decisione sull’ammissibilità della Commissione, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1975, vol. 18, p. 120. Il medesimo principio venne reiterato in Commissione europea dei diritti dell’uomo, *X e Y c. Svizzera*, ric. nn. 7289/75 e 7349/76, 9 Decisions and Reports, p. 71

Come osservato da Ben Naftali riguardo all'applicazione dei diritti umani in territori occupati, l'extraterritorialità è necessaria ai fini di una tutela effettiva, e poggia le basi su tre principi interconnessi²⁵⁷: in primo luogo, il principio di universalità dei diritti umani, che comprende l'espansione delle regole sul *ius ad bellum* e dello *ius in bello*; in secondo luogo, l'interpretazione che sostituisce al concetto di territorio quello di controllo effettivo, e infine la giurisprudenza consolidata di vari organi internazionali, inclusi la Corte suprema israeliana, la Corte interamericana²⁵⁸, il Comitato per i diritti umani²⁵⁹, la Corte penale internazionale²⁶⁰ e, ovviamente, la CEDU²⁶¹.

2.6.2 Giurisdizione come controllo effettivo sul territorio

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel chiarire il concetto di giurisdizione e dunque di extraterritorialità, ha elaborato per la prima volta una nozione di giurisdizione *de facto* in *Loizidou c. Turchia*, in cui il ricorrente era un cittadino greco-cipriota che lamentava di aver subito una violazione del proprio diritto di proprietà da parte dello Stato turco, che aveva istituito la Repubblica turca di Cipro del Nord. La Corte aveva affermato: “the concept of jurisdiction is not restricted to the national territory of the High Contracting Parties”²⁶², per poi riconoscere un criterio di giurisdizione sempre di carattere territoriale ma basato sul “controllo effettivo (“effective control over an area”, cosiddetto ECA) esercitato su un'area al di fuori del proprio territorio nazionale”²⁶³. La Corte, dal controllo sulle politiche e sulle azioni della Repubblica “fantoccio”, nonché dal numero di truppe turche impiegate attivamente a Cipro del Nord, aveva desunto che lo Stato

²⁵⁷ O. Ben-Naftali, “The Extraterritorial Application of Human Rights to Occupied Territories” in *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 100, 2006, p. 91

²⁵⁸ Vd. ad es. Commissione interamericana dei diritti umani, *Coard e altri c. Stati Uniti*, rapporto n. 109/99, 29 settembre 1999

²⁵⁹ Vd. ad es. Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *López Burgos c. Uruguay*, comunicazione n. 12/52, UN Doc. A/36/40 (1981).

²⁶⁰ Corte internazionale di Giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *I.C.J. Reports* 1996, p. 226, § 25; Corte internazionale di Giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo del 9 luglio 2004, *I.C.J. Reports* 2004, pp. 136-137, §§ 104-106

²⁶¹ La Corte EDU ha riconosciuto infatti le responsabilità statali anche per azioni del Regno Unito nelle prigioni in Iraq in *Al-Saadoon e Al-Skeini* (Corte EDU, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 31); Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 105), all'interdizione da parte della Francia di una nave cambogiana e alle operazioni coercitive di polizia marittima in alto mare in *Medvedyev* (Corte EDU, *Medvedyev e altri c. Francia*, 29 marzo 2010, ric. n. 3394/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD000339403), o ai controlli di frontiera effettuati dalla Guardia di finanza e dalla Guardia costiera italiane nel Mediterraneo in *Hirsi c. Italia* (Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509)

²⁶² Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 37), (eccezioni preliminari), 23 febbraio 1995, § 62

²⁶³ *Idem*, nota 116

turco esercitasse un “controllo effettivo globale” su quella parte dell’isola, sancendo che coloro che venivano colpiti da tali politiche o azioni, di cui la Turchia era responsabile²⁶⁴, rientravano nella sua giurisdizione²⁶⁵. Altri commentatori sostengono che in realtà la Corte non avrebbe sancito una responsabilità totale turca, ma avrebbe stabilito che la Turchia, in virtù del controllo effettivo sull’area, aveva l’obbligo di prevenire violazioni dei diritti umani, indipendentemente da chi le commettesse. Effettivamente, la Corte stessa afferma che l’obbligo di garantire i diritti deriva dal fatto che il controllo sia esercitato, direttamente o tramite un’amministrazione subordinata²⁶⁶. Anche Cassese afferma che la Corte non avrebbe esplicitamente attribuito alla Turchia tutta la responsabilità delle violazioni, ma avrebbe utilizzato il controllo sull’area per inferire il controllo sulle autorità locali²⁶⁷. La Turchia sarebbe dunque responsabile come “controllore” del territorio, e non come autrice delle violazioni.

Questa interpretazione appare preferibile, perché la giurisprudenza successiva della Corte ha trattato in maniera distinta i concetti di attribuzione, nel senso di responsabilità di azioni o omissioni, e giurisdizione, in cui l’attribuzione non è necessaria per la giurisdizione²⁶⁸.

²⁶⁴ Una possibile lettura della sentenza implica che la Corte EDU abbia ritenuto responsabile la Turchia di tutti gli atti commessi dalla Repubblica turca di Cipro del Nord. Questa lettura è stata ripresa dalla Corte d’appello del Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia nel caso *Tadić*, entrando in conflitto con la Corte internazionale di giustizia. Nella sentenza citata, infatti, il Tribunale rigettò il criterio di “controllo effettivo” adottato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Nicaragua*, preferendo quello di “controllo globale”. Vd. *Prosecutor v. Tadić*, cit. (v. sopra, nota 172), § 112; Corte internazionale di giustizia, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti d’America)*, sentenza del 27 giugno 1986, I.C.J. Reports 1986, p. 14, §§ 109-115

²⁶⁵ Corte EDU, *Loizidou v. Turkey*, cit. (v. sopra, nota 37), § 56

²⁶⁶ Vd. anche Corte EDU, *Banković e altri c. Belgio e altri Stati*, cit. (v. sopra, nota 244), § 65: “The scope of Article 1, at issue in the present case, is determinative of the very scope of the Contracting Parties’ positive obligations”; Corte suprema del Regno Unito (House of Lords), *R (on the application of Al-Skeini and Others) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, [2008] AC 153, § 64: “The alleged conduct of the British forces [...] had no legal consequences under the Convention, unless there was that link and the deceased were within the jurisdiction of the United Kingdom at the time. For, only then would the United Kingdom have owed them any obligation in international law to secure their rights under article 2 of the Convention”

²⁶⁷ A. Cassese, “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Genocide Judgment in Bosnia” in *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, p. 665

²⁶⁸ Si veda, in tale senso, Corte EDU, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, 26 giugno 1992, ric. n. 12747/87, ECLI:CE:ECHR:1992:0626JUD001274787, nel quale la Corte ha stabilito, tra l’altro, che Francia e Spagna non potevano essere ritenute responsabili per gli atti dei giudici da esse distaccati ad Andorra. In sostanza, la Corte ha ritenuto che gli atti dei giudici non fossero attribuibili agli Stati di invio. Si tratta, in effetti, della regola consuetudinaria oggi codificata nell’art. 6 degli Articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione di diritto internazionale (ILC), secondo cui il comportamento di un organo messo a disposizione di uno Stato da un altro Stato è considerato atto del primo Stato secondo il diritto internazionale se l’organo agisce nell’esercizio di elementi dell’autorità governativa dello Stato al cui servizio è posto

Si veda inoltre Corte EDU, *Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, [GC], decisione (irricevibilità) del 2 maggio 2007 e 10 maggio 2007, ric. nn. 71412/01 e 78166/01, in cui la

In questo, la giurisprudenza appena richiamata si pone in continuità con il caso *Drozdz e Janousek c. Francia e Spagna*, in cui la Corte aveva sostenuto che la giurisdizione non è limitata al territorio nazionale, e che la responsabilità statale può essere accertata anche per atti che producono effetti al di fuori del territorio dello Stato²⁶⁹.

2.6.3 Giurisdizione come controllo effettivo *ratione personae*

Successivamente, in *Al-Skeini c. Regno Unito*, la Corte è tornata sull'interpretazione fornita in *Banković* adattandola alle circostanze in esame, riconoscendo che, sebbene la giurisdizione ai sensi della CEDU sia principalmente territoriale, ci sono circostanze eccezionali che ne permettono l'estensione al di là dei confini statali. Tra queste, secondo l'opinione della Corte, era da includere la situazione di guerra in Iraq sud-orientale, dove il Regno Unito esercitava pubblici poteri, vale a dire ricopriva le funzioni normalmente svolte da un governo sovrano in qualità di potenza occupante²⁷⁰.

La Corte di Strasburgo in questa occasione ha riorganizzato e chiarito gli elementi costitutivi della giurisdizione²⁷¹: in primo luogo, l'elemento del "controllo effettivo" come descritto in *Loizidou*, sia come potere effettivo che complessivo; a questo si aggiunge un controllo di tipo normativo, in cui lo Stato è autorità politico-giuridica²⁷².

Nel contesto di questa evoluzione, si delinea la giurisdizione cosiddetta personale, in cui, anche in assenza di un controllo territoriale, vi è un potere effettivo, complessivo e normativo sulle persone²⁷³.

Sulla stessa linea, la Corte ha riconosciuto violazioni della CEDU anche nel caso di missioni internazionali²⁷⁴ e di situazioni estreme quali i conflitti armati²⁷⁵. In *Ilașcu*, in cui la violazione era avvenuta in Moldavia in una regione separatista di cui la

questione se il comportamento del contingente francese della KFOR in Kosovo fosse ancora attribuibile alla Francia era logicamente preliminare rispetto alla questione se la Francia esercitasse una giurisdizione, ossia un controllo effettivo complessivo, su una parte del Kosovo

²⁶⁹ Corte EDU, *Drozdz e Janousek c. Francia e Spagna*, cit. (v. sopra, nota 268), §§ 91-96

²⁷⁰ Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 105), §§ 33-71

²⁷¹ M. Schaefer, "Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction" in *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 579; S. Besson, "The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to" in *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 857-884, p. 872

²⁷² Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 105), §§ 133-134; Vd. anche Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 105), opinione concorrente del giudice Rozakis

²⁷³ Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, cit. (v. sopra, nota 238), pp. 118-120 e 173; vd. anche Corte EDU, *Issa e altri c. Turchia*, 16 novembre 2004, ric. n. 31821/96, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD003182196

²⁷⁴ Corte EDU, *Jaloud c. Paesi Bassi*, cit. (v. sopra, nota 105)

²⁷⁵ Corte EDU, *Georgia c. Russia* (II), 21 gennaio 2021, ric. n. 38263/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308; Corte EDU, *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit. (v. sopra, nota 131)

Federazione Russa aveva il controllo effettivo, la Corte sostenne che entrambi i Paesi erano da ritenere responsabili. Con riferimento alla Moldavia, affermò che “anche in assenza di controllo effettivo, aveva un obbligo positivo di adottare le misure diplomatiche, economiche giudiziarie alla sua portata e conformi al diritto internazionale per garantire ai ricorrenti i diritti convenzionali”²⁷⁶, ripetendo poi il passaggio nel caso *Treska c. Albania*, in cui l'obbligo riconosciuto in *Ilaşcu* con riferimento a un territorio all'interno dei confini statali venne esportato a un territorio situato al di fuori dei propri confini²⁷⁷.

Vale la pena segnalare che, recentemente, la Corte di Strasburgo ha ulteriormente affinato il concetto di giurisdizione extraterritoriale, riconoscendo in relazione all'obbligo procedurale ex art. 2 la giurisdizione non solo sul controllo territoriale o personale, ma anche per l'esercizio di competenze statali, quali la conduzione di un'indagine penale effettiva²⁷⁸.

2.6.4 Effettività: concezione funzionale della giurisdizione

Lawson ha affermato che il criterio del controllo effettivo è stato applicato dalla Corte in modo arbitrario²⁷⁹. Egli espone alla base dell'orientamento espresso in *Banković* due ragioni: da un lato, il periodo politicamente delicato, in cui la Corte desiderava evitare un numero ingestibile di ricorsi in un periodo caratterizzato a livello globale da terrorismo e operazioni militari; dall'altro lato, la difficoltà di imporre agli Stati obblighi in materia di diritti umani che avrebbero richiesto azioni più efficaci e impegnative.

Infine, dalle osservazioni della Corte EDU, unite a quelle del Comitato per i diritti umani, emerge che non è rilevante se lo Stato stesse agendo legittimamente quando esercitava la propria giurisdizione in modo extraterritoriale, ma ciò che conta è se l'individuo sia entrato nella giurisdizione dello Stato a causa delle sue azioni. Ad esempio, la Corte EDU ha stabilito che Abdullah Öcalan era da considerare soggetto alla giurisdizione turca a seguito al suo arresto in Kenya da parte di agenti turchi perché ciò

²⁷⁶ Corte EDU, *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*, [GC], 8 luglio 2004, ric. n. 48787/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD004878799, § 331

²⁷⁷ Corte EDU, *Treska c. Albania*, decisione sull'ammissibilità del 29 giugno 2006, ric. n. 26937/04, ECLI:CE:ECHR:2006:0629DEC002693704

²⁷⁸ Corte EDU, *Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia*, [GC], 29 gennaio 2019, ric. n. 36925/07, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507

²⁷⁹ M. den Heijer & R. Lawson, “Extraterritorial Human Rights and the Concept of ‘Jurisdiction’”, in M. Langford et al. (a cura di), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 177

che rilevava era il controllo fisico esercitato su di lui dagli agenti²⁸⁰. Di conseguenza, la tutela dei diritti umani “si fonda sul principio secondo cui un’attività *de facto* genera responsabilità *de iure*”²⁸¹. Se la Corte avesse infatti richiesto una giurisdizione *de iure*, avrebbe compromesso l’effettività della protezione²⁸².

In generale, sembra che *Banković*, pronunciata nel dicembre 2001, sia da contestualizzare come reazione immediata agli attacchi terroristici alle Torri Gemelle²⁸³; a dimostrazione di ciò, la Corte successivamente non ha mostrato difficoltà nell’accettare che la Convenzione si applicasse in moltissimi altri casi e territori i cui governi legittimi non sono parte della CEDU, quali Kenya²⁸⁴, Iraq²⁸⁵, Iran²⁸⁶, una zona cuscinetto delle Nazioni Unite²⁸⁷ e acque internazionali²⁸⁸.

Difatti, molti autori hanno messo in luce che la giurisprudenza CEDU ha progressivamente eroso la portata della sentenza del 2001 in favore di un approccio più flessibile orientato a garantire che i diritti convenzionali non siano privi di protezione nelle situazioni extraterritoriali²⁸⁹. Una giurisprudenza pedissequamente seguace del concetto di “spazio giuridico europeo” come requisito di applicabilità CEDU avrebbe infatti favorito l’impunità statale una volta varcati i confini nazionali e avrebbe rischiato di giudicare con un doppio standard i medesimi diritti e le medesime condotte lesive, a seconda che i fatti fossero avvenuti a livello domestico e all’estero.

²⁸⁰ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 30), § 91

²⁸¹ M. den Heijer & R. Lawson, “Extraterritorial Human Rights and the Concept of ‘Jurisdiction’”, cit. (v. sopra, nota 279), p. 182

²⁸² In *Al Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, oltretutto, a Corte ha chiarito che l’assoggettamento alla giurisdizione di uno Stato ai sensi dell’art. 1 CEDU non richiede il trasferimento dell’individuo nel territorio dello Stato medesimo, essendo sufficiente che esso eserciti autorità e controllo effettivi sulla persona. I ricorrenti, arrestati e detenuti dalle forze britanniche in Iraq e successivamente consegnati alle autorità irachene, furono pertanto considerati soggetti alla giurisdizione del Regno Unito per tutto il periodo della loro custodia, pur non essendo mai usciti dall’Iraq (Corte EDU, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 31), § 88)

²⁸³ Secondo L. Wildhaber, la Convenzione non era destinata a curare tutti i “mali del pianeta”, e la sua interpretazione deve preservare l’effettività concreta dei diritti garantiti; v. *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa l’11 luglio 2002; R. Lawson, “Really Out of Sight? Issues of Jurisdiction and Control in Situations of Armed Conflict under the European Convention on Human Rights”, in P. Ducheine, M. Schmitt e F. Osinga (a cura di), *Targeting: Challenges of Modern Warfare*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 63

²⁸⁴ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 30)

²⁸⁵ Corte EDU, *Issa e altri c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 273) e *Al Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 31)

²⁸⁶ Corte EDU, *Pad e altri c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 89)

²⁸⁷ Corte EDU, *Isaak e altri c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 142)

²⁸⁸ Corte EDU, *Medvedyev e altri c. Francia*, cit. (v. sopra, nota 261)

²⁸⁹ C. Mallory, “A Second Coming of Extraterritorial Jurisdiction at the European Court of Human Rights?” in *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 533-566

Secondo Samantha Besson, inoltre, i problemi irrisolti riguardo la politica extraterritoriale della CEDU riguardano questioni molto più ampie che concernono la democrazia e legittimità delle relazioni internazionali²⁹⁰.

È dunque preferibile l'approccio proposto da alcuni studiosi che guardano alla giurisdizione in maniera funzionale²⁹¹. Shany e Orna Ben-Naftali propongono un approccio *conduct-oriented*, orientato alla condotta, per cui la giurisdizione deriva dalle azioni statali e sussiste "ogni qualvolta gli individui si trovino sotto il controllo statale o possano essere direttamente colpiti da azioni statali"²⁹². Shany, in un lavoro successivo, ha sviluppato ulteriormente il concetto, sostenendo che l'elemento centrale della giurisdizione non sia l'atto o l'omissione statale, ma la questione se lo Stato disponga della capacità funzionale di rispettare o violare gli obblighi²⁹³. In sostanza, il rapporto di potere che si crea tra Stato e individui potenzialmente a rischio genera determinati obblighi in materia di diritti umani, la cui portata dipende dalle capacità effettive dello Stato, secondo la nozione adottata dal Comitato per i diritti umani.

In definitiva, infatti, la Corte EDU si sta ponendo - e parte della dottrina, a cui si aderisce, ritiene debba continuare a porsi - , seppur in maniera lenta e controversa, sulla scia interpretativa dell'articolo 2 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, per cui il Comitato per i Diritti Umani, in particolare nel Commento Generale n. 31 del 2004, ha interpretato la nozione di giurisdizione ricorrendo al controllo effettivo esercitato sulle persone al di fuori del territorio statale²⁹⁴. Inoltre, il Comitato si è spinto oltre,

²⁹⁰ Tra queste, ad esempio, compare il concetto di imperialismo dei diritti umani, per cui la nozione ampia di giurisdizione consentirebbe l'applicazione di diritti umani domestici o regionali a persone che non accettano tali sistemi normativi. Vd. S. Besson, "The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to", cit. (v. sopra, nota 271), p. 880

²⁹¹ E. Al-Hihi, "The Right to Life in *Jus ad Bellum* Targeting: A Functional Approach to Extraterritorial Jurisdiction in Human Rights Law" in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 24, n. 2, Summer 2020, p. 377; Y. Shany, "Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law", cit. (v. sopra, nota 242); O. Ben-Naftali & Y. Shany, "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories" in *Israel Law Review*, vol. 37, n. 1, 2003 (pubbl. 2004), pp. 17, 62; vd. anche Giuffré che accenna ai meriti degli "*jurisdictional hooks*" nello scrutinio di situazioni in cui l'azione statale incide direttamente sulla realizzazione dei diritti umani in M. Giuffré, "A Functional-Impact Model of Jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights" in *Questions of International Law*, 2021, p. 53

²⁹² O. Ben-Naftali & Y. Shany, "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", cit. (v. sopra, nota 291), pp. 63-64

²⁹³ Y. Shany, "Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law", cit. (v. sopra, nota 242), p. 66

²⁹⁴ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, General Comment n. 31, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 10 (2004); Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, Fourth Periodic Reports of States Parties: State of Israel, CCPR/C/ISR/4, p. 48 (2013); Comitato per i diritti umani delle

elaborando la nozione di giurisdizione funzionale²⁹⁵ nel suo più recente Commento Generale sul diritto alla vita, ove afferma che un individuo rientra nella giurisdizione di uno Stato quando il suo diritto alla vita è “inciso (“affected”) dalle attività militari o dalle altre attività dello Stato in modo diretto e ragionevolmente prevedibile”²⁹⁶. Tale approccio non cerca di stabilire la giurisdizione quale condizione di procedibilità per poi verificare se ci sia stata una violazione, ma si basa sugli effetti o risultati dell’azione per determinare se la giurisdizione sia stata instaurata.

Appare particolarmente apprezzabile il tentativo di Marko Milanović di definire l’extraterritorialità. Egli sostiene che il delicato compromesso tra idea e pratica, tra diritti umani e interessi politici nazionali, sarebbe più pacificamente risolto con una regola chiara e facilmente applicabile (“bright line rule”), capace di delimitare con precisione la portata geografica degli obblighi^{297 298}.

Riteniamo che il funzionalismo appaia come il metodo più rispettoso dei diritti umani, incluso, e anzi *a fortiori*, il diritto alla vita.

Tuttavia, sembra che il “ tiro funzionalista”, vada corretto con un adattamento contestuale che dipende dalle attività statali messe in atto, per bilanciare l’universalismo, di cui l’approccio funzionalista è la trascrizione giuridica, con le ragionevoli aspettative degli Stati riguardo alle conseguenze delle proprie politiche o operazioni²⁹⁹.

Nazioni Unite, Delia Saldías de López c. Uruguay, comunicazione n. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, § 12.3 (1981)

²⁹⁵ E. Al-Hihi, “The Right to Life in *Jus ad Bellum* Targeting: A Functional Approach to Extraterritorial Jurisdiction in Human Rights Law”, cit. (v. sopra, nota 291), p. 373

²⁹⁶ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, General Comment n. 36 sull’art. 6: diritto alla vita, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (2018), § 63

²⁹⁷ Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, cit. (v. sopra, nota 238)

²⁹⁸ Un’altra proposta interessante dello stesso autore è quella che inserisce nel diritto internazionale la nozione di “relazioni giuridiche speciali”, vale a dire la relazione dello Stato con gli individui interessati che si instaura in maniera tale da renderlo particolarmente idoneo a proteggerlo; essa può basarsi su rapporti di controllo o relazioni giuridiche speciali, quale l’unicità della relazione o un impatto diretto, significativo e prevedibile delle azioni statali. Ad esempio, uno Stato occupante dovrebbe proteggere i diritti della popolazione occupata, poiché colma il vuoto di potere creato dall’invasione e assume obblighi giuridici rilevanti nei confronti della popolazione, come il mantenimento dell’ordine pubblico, anche se in pratica non esercita un controllo quotidiano completo sull’area. V. *Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague Regulations)*, art. 43, allegati alla *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War of Land*, L’Aia, 18 ottobre 1907, 205 Consol. T.S. 277. Al contrario, ad esempio, non esiste alcuna relazione speciale - né fattuale né giuridica - tra gli Stati Uniti e la popolazione della Corea del Nord, né tra i grandi emettitori di gas serra e la popolazione degli Stati insulari, che giustifichi l’imposizione di obblighi extraterritoriali nei loro confronti.

²⁹⁹ Y. Shany, “Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law”, cit. (v. sopra, nota 242), p. 70

2.7 Procedimento di notifica ex art. 15, paragrafo 3

Oltre all'eccezione di giurisdizione, un'ulteriore e decisiva prova del malfunzionamento del meccanismo derogatorio europeo risiede nella prassi relativa al procedimento formale - se così si può definire - di notifica, formalizzato al paragrafo 3 dell'art. 15 che prevede un dovere di informazione da parte dello Stato derogante nei confronti del Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure adottate e sui relativi motivi. Inoltre, lo stesso Segretario deve essere informato della data in cui le misure cessano di essere in vigore³⁰⁰. L'art. 15 prevede dunque un "processo di riflessione continua" sulla necessità delle misure adottate³⁰¹.

Non esistono requisiti formali rigidi per la notifica³⁰², ma la Commissione in *Cipro c. Turchia* ha dichiarato che la norma richiede "un atto formale e pubblico di deroga, come una dichiarazione di legge marziale o di stato di emergenza, e che, quando tale atto non sia stato proclamato dallo Stato contraente interessato, pur non essendo quest'ultimo impedito dalle circostanze di farlo, l'art. 15 non può trovare applicazione"³⁰³.

La CEDU prevede dunque un procedimento sommario di notifica, con un'iniziativa esclusivamente a istanza di parte e un ruolo passivo del Segretario generale³⁰⁴. L'art. 15 silente anche riguardo alle tempistiche, che in una situazione emergenziale dovrebbero invece essere indice esse stesse di rischio per la sospensione dei diritti umani. In qualche sentenza, la Corte ha ribadito come standard implicito sostanziale che la notifica deve essere effettuata "senza ritardo ingiustificato"³⁰⁵.

³⁰⁰ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, art. 15, § 3: "Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione"

³⁰¹ Corte EDU, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 208), § 54

³⁰² In contrasto con l'articolo 4, paragrafo 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'articolo 15 della Convenzione non obbliga formalmente il Segretario Generale a informare gli altri Stati parti di una notifica di deroga, ma la giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo considera tale obbligo come esistente, vd. rapporto della Commissione in *Lawless c. Irlanda* (1961)

³⁰³ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Cyprus c. Turchia*, ric. nn. 6780/74 e 6950/75, rapporto della Commissione, 10 luglio 1976, § 527; opinione dissenziente del sig. G. Sperduti, unito al sig. S. Trechsel, sull'art. 15 della Convenzione, § 3, in cui ritennero che l'art. 15 imponesse agli Stati un obbligo autonomo, nel senso che la sua violazione non incide sull'esercizio valido del diritto di deroga derivante dallo stesso articolo"

³⁰⁴ J.E.S. Fawcett, opinione dissenziente nel caso "*Greek Case*", in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1969, p. 44

³⁰⁵ La Corte effettua un controllo relativo alle circostanze. In *Lawless c. Regno Unito*, ad esempio, la Corte non ha censurato un ritardo di 12 giorni, mentre ha giudicato che il ritardo di oltre 4 mesi in *Cipro c. Turchia* tra adozione delle misure e notifica violasse l'art. 15, paragrafo 3 (*Cipro c. Turchia*)

2.7.1 Prassi del procedimento di notifica

La formulazione dell'art. 15 lascia a desiderare in termini non solo di formulazione, ma, come è logico ne derivi, anche di efficacia.

La contraddizione del regime di notifica è messa in luce perfettamente nel caso *Brogan ed altri c. Regno Unito*, in cui, nonostante il governo britannico non solo non avesse avanzato alcuna richiesta di deroga con riferimento alle circostanze che diedero origine al caso, ma anzi ne avesse appena ritirata una precedente, la Commissione e la Corte EDU ritennero che le questioni del caso dovessero essere comunque esaminate “nel contesto di una continua minaccia terroristica in Irlanda del Nord”³⁰⁶. Ancora, in un'opinione dissenziente congiunta si legge che “Il contesto del caso è una situazione innegabilmente eccezionale [...]. Finché permangono tali condizioni eccezionali, le autorità dovrebbero monitorare la situazione per ritornare alle pratiche di diritto ordinario non appena siano ristabilite condizioni più normali”³⁰⁷. In sostanza, il governo britannico, nell'opinione e nella pratica del giudizio della Corte, beneficiava degli effetti della deroga senza sopportare i costi giuridici e politici connessi a un atto formale di deroga³⁰⁸. E se, considerando che il caso in esame si è concluso con la condanna del Regno Unito, si potrebbe pensare che l'obiettivo di tutela è stato raggiunto, non si può dall'altro lato ignorare che il riconoscimento di una “giustificazione contestuale” delle azioni governative faccia sorgere dubbi significativi sulla stessa esistenza dell'art. 15; vale a dire, se, in assenza di una notifica di deroga ai diritti convenzionali, si ritiene che il governo ne benefici comunque, è lecito chiedersi a cosa serva la previsione stessa del procedimento di notifica.

A riprova delle carenze di tutela derivanti dalla costruzione e applicazione dell'art. 15, e nonostante l'amplissima casistica di situazioni emergenziali connotate da gravi sospensioni dei diritti umani dagli anni Cinquanta ad oggi, solo un numero estremamente

³⁰⁶ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Brogan e altri c. Regno Unito*, rapporto della Commissione, 145-B Eur. Ct. H.R. (Ser. A), § 80, p. 59. La Commissione, richiamando Commissione europea dei diritti dell'uomo, *McVeigh e altri c. Regno Unito*, ricc. nn. 8022/77, 8025/77 e 8027/77, 25 Decisions and Reports 15 (1981), § 157, p. 34, osservò che “the existence of organised terrorism is a feature of modern life whose emergence since the Convention was drafted cannot be ignored any more than the changes in social conditions and moral opinion which have taken place in the same period It faces democratic Governments with a problem of serious organised crime which they must cope with in order to preserve the fundamental rights of their citizens”

³⁰⁷ Corte EDU, *Brogan e altri c. Regno Unito*, 29 novembre 1988, ricc. nn. 11209/84, 11234/84, 11266/84 e 11386/85, Serie A n. 145-B, pp. 39-40, opinione dissenziente congiunta dei giudici Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher e Valticos

³⁰⁸ O. Gross, “Once More unto the Breach: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies” cit. (v. sopra, nota 149), p. 479

ridotto di Stati ha fatto ricorso a tale procedura. A titolo esemplificativo, se si escludono le deroghe notificate durante la pandemia di COVID-19 in relazione alle restrizioni della libertà di circolazione, nel XXI secolo il Regno Unito è stato l'unico Stato ad aver formalmente invocato l'art. 15. Di contro, negli ultimi anni diversi Stati europei hanno invece fatto ricorso al meccanismo derogatorio previsto dal Patto internazionale sui diritti civili e politici³⁰⁹. La constatazione di tale asimmetria applicativa impone di interrogarsi sulle ragioni che ne sono alla base e sul diverso ruolo svolto dai due regimi derogatori nella gestione delle situazioni emergenziali.

Hartman, ad esempio, individua la principale carenza del sistema di deroga europeo nell'assenza di un meccanismo automatico di revisione, in base al quale gli organi di controllo dei trattati, dopo aver ricevuto la notifica, possano avviare procedimenti per verificare la validità della deroga³¹⁰.

Lo stesso autore propone che la validità della deroga dipenda dall'adeguatezza della notifica, considerando separatamente le violazioni relative alla notifica e rendendo nulla la deroga in casi di notifica fuorviante o insufficiente, con sanzioni ben più severe per lo Stato negligente.

2.8 Diritti inderogabili

La combinazione tra ampio margine di apprezzamento e scarso utilizzo formale dell'art. 15, uniti all'eccezionale applicazione territoriale della Convenzione, ha contribuito progressivamente a rendere la clausola derogatoria marginale nella gestione dei conflitti armati contemporanei.

Quanto appena illustrato trova conferma nella prassi statale di non derogare all'art. 15 in relazione alle attività di conflitto armato internazionale³¹¹.

Il paragrafo 2 dell'art. 15 accorda una tutela rafforzata ad alcuni diritti, escludendo la possibilità di derogare alle disposizioni in materia di diritto alla vita, divieto di tortura (art. 3), proibizione di schiavitù e lavoro forzato (art. 4, paragrafo 1) e principio di *nulla*

³⁰⁹ In particolare, l'Armenia il 6 marzo 2008 (per venti giorni); la Francia il 15 novembre 2005 (con effetto dall'8 novembre 2005 al 4 gennaio 2006); la Georgia l'8 novembre 2007 (con effetto dal 7 novembre 2007 e tuttora in vigore al momento della stesura del testo)

³¹⁰ J.F. Hartman, "Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation By the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations", cit. (v. sopra, nota 168), p. 21

³¹¹ Corte EDU, *Hassan c. Regno Unito*, 16 settembre 2014, ric. n. 29750/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0916JUD002975009, § 101; Corte EDU, *Georgia c. Russia* (II), cit. (v. sopra, nota 275), § 139

poena sine lege (art. 7). Tramite i Protocolli addizionali, sono stati resi inderogabili anche l'abolizione di pena di morte e la tutela del *ne bis in idem*³¹².

Si sostiene spesso che i diritti inderogabili costituiscano il “nucleo duro” dei diritti fondamentali, e siano dunque particolarmente sacri, e lo status di inderogabilità viene invocato come prova del carattere di norme consuetudinarie internazionali e persino di norme imperative (*ius cogens*).

La questione se il carattere inderogabile di un diritto sia rilevante per stabilire una gerarchia tra diritti fondamentali è stata affrontata dal Comitato per i diritti umani in relazione al Patto per i diritti civili e politici, che prevede una riserva analoga. Esso ha stabilito che non esista una vera e propria gerarchia dei diritti garantiti, ma non vi è dubbio che i diritti inderogabili siano rivestiti di grande importanza. Secondo il Comitato, il fatto che alcuni diritti fondamentali non siano dotati del carattere di inderogabilità deriva alle volte dal fatto che la loro sospensione è irrilevante ai fini della gestione legittima dello stato di emergenza, o dal fatto che la deroga potrebbe essere, in pratica, impossibile³¹³.

In ogni caso, non vi è alcun dubbio circa la rilevanza, illustrata diffusamente anche nel capitolo precedente, del diritto alla vita quale principio cardine del sistema di tutela dei diritti umani. Ad esso, in linea di principio, è dunque accordata la massima e più assoluta tutela, anche in contesti emergenziali.

Tuttavia, la Convenzione europea aggiunge, all'inderogabilità del diritto alla vita ai sensi del paragrafo 2, l'eccezione del “decesso causato da legittimi atti di guerra”.

Il centro nevralgico del presente lavoro intende dunque analizzare come questa previsione, positivizzata esclusivamente per il diritto alla vita ed esclusivamente nella Convenzione europea, incida sulla sua tutela effettiva nei conflitti armati.

³¹² Protocollo n. 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte, ETS n. 114, art. 3; Protocollo n. 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in ogni circostanza, ETS n. 187, art. 2; Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Strasburgo, 22 novembre 1984, art. 4 (3)

³¹³ General Comment No. 23, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 10; General Comment No. 29, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 11

Capitolo III - I “legittimi atti di guerra”: il diritto internazionale umanitario nel contenzioso CEDU

3.1 “Legittimi atti di guerra”: *ratio* della formulazione normativa

Prima di addentrarsi nella problematica applicazione della clausola contenuta all’art. 15, paragrafo 2, che fa salvi dall’inderogabilità del diritto alla vita i “decessi causati da legittimi atti di guerra” (“lawful acts of war”), è opportuno ripercorrere le direttive storico-politiche che hanno portato la commissione di esperti del Consiglio d’Europa a introdurre questa formulazione, che rimane unica nel panorama dei trattati internazionali.

È superfluo evidenziare come l’elasticità dell’inciso presenti notevoli difficoltà applicative, poiché crea un chiaro varco attraverso il quale il diritto internazionale umanitario (di seguito DIU), in quanto ramo del diritto preposto specificamente alla valutazione della liceità delle azioni belliche, può trovare spazio nella tutela dei diritti umani.

Sembra ragionevole ritenere che l’inserimento di questa clausola costituisca una sorta di valvola di sfogo geopolitica in un’Assemblea Consultiva del Consiglio d’Europa costretta tra due fuochi: da un lato, la fine del secondo conflitto mondiale e il traumatico e sempre incombente fantasma della sovranità totalitaria, atta a distruggere la democrazia dall’interno e per cui sembrava necessario stabilire un controllo internazionale di qualche tipo; dall’altro, la macchia d’olio della Guerra Fredda, in relazione alla quale si percepiva l’esigenza di non paralizzare gli Stati in caso di legittima difesa o guerra aperta.

L’art. 2 presenta una formulazione più precisa e specifica rispetto ad altri trattati di diritti umani internazionali, perché non si limita, come il Patto internazionale o la Convenzione americana, a stabilire in termini generali il divieto di privazione arbitraria della vita, ma elenca in modo tassativo le tre situazioni in cui essa è invece giustificata in tempo di pace.

Anche in tempo di guerra, il contesto europeo presenta alcune differenze, per il fatto che, nel momento in cui la privazione della vita era giustificata solo in occasioni di “assoluta necessità” soggette a uno scrutinio intenso e rigoroso, l’attività bellica ordinaria costituirebbe tecnicamente una violazione *ipso iure* della Convenzione. Probabilmente, dunque, per evitare il rifiuto del trattato dalle grandi potenze, che stavano oltretutto

affrontando le prime complesse tensioni coloniali, fu introdotto il compromesso dei legittimi atti di guerra.

Tuttavia, esaminando i lavori preparatori, si nota un vuoto a prima vista inspiegabile, ossia la mancata definizione del contenuto della clausola. Il silenzio dei redattori può essere spiegato come un rinvio implicito alla neonata e allora recentissima codificazione di Ginevra, e inoltre dal fatto che si presumeva che gli Stati avrebbero notificato formalmente una deroga all'art. 15 all'interno della quale misurare il proprio scrutinio, e non si era previsto lo scenario attuale in cui gli Stati conducono conflitti armati di enorme portata senza mai attivare il meccanismo convenzionale.

Il Patto per i diritti civili e politici, successivo e universale, prende su questo punto tutt'altra direzione: la proposta britannica di inserire l'eccezione dei legittimi atti di guerra, che rifletteva chiaramente il progetto della CEDU, aperta alla firma pochi mesi dopo la discussione della Commissione per i diritti umani, trovò forte opposizione, in quanto alcuni Stati, in particolare la Francia, si dichiararono insoddisfatti, sostenendo che fosse essenziale prevedere un elenco di diritti inderogabili in maniera assoluta, al fine di "prevenire gli abusi dei regimi dittatoriali"³¹⁴. Anche l'allora Unione Sovietica contestò decisamente la proposta, sostenendo che un riferimento ampio alla possibilità della guerra sarebbe parso "una vera e propria beffa per i popoli del mondo"³¹⁵.

Il confronto proseguì durante gran parte dei lavori preparatori: alcuni Stati ritenevano che la clausola di deroga fosse opportuna³¹⁶, mentre altri sostenevano che avrebbe compromesso la missione fondativa delle Nazioni Unite, ossia vietare il ricorso alla guerra, e che il riferimento alla guerra sarebbe consistito in un implicito riconoscimento della persistente liceità del ricorso allo strumento aggressivo come regolatore delle relazioni internazionali. In realtà, è bene evidenziare che la maggior parte degli Stati concordavano espressamente sul fatto che una clausola di deroga avrebbe dovuto trovare

³¹⁴ ONU, Commissione dei Diritti Umani, "Summary Record of the 195th Meeting", in *Lavori preparatori del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* (1950), UN Doc. E/CN.4/SR.195, p. 14, para. 69

³¹⁵ ONU, Commissione dei Diritti Umani, "Summary Record of the 126th Meeting", in *Lavori preparatori del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, UN Doc. E/CN.4/SR.126, p. 6. Nel corso della medesima seduta, il delegato sovietico propose di inserire la formula "directed against the interests of the people" subito dopo le parole "In time of war or other public emergency", configurando tale clausola come una misura di difesa contro l'aggressione e gli atti di guerra volti a colpire gli interessi del popolo.

³¹⁶ ONU, Commissione dei Diritti Umani, "Summary Record of the 126th Meeting", cit. (v. sopra, nota 315), p. 9. In tale sede, la delegata britannica protestò contro l'insinuazione secondo cui fosse favorevole alla guerra, sostenendo che, proprio perché detestava il fenomeno bellico, desiderava predisporre adeguate garanzie a tutela dei diritti umani nell'eventualità che esso si verificasse.

applicazione anche in circostanze belliche, indipendentemente dalla formulazione adottata.

Alla fine, questo spazio di deroga non fu accettato a livello onusiano, e pertanto l'art. 4, paragrafo 2 del Patto, che comprende un elenco di diritti inderogabili più ampio di quello della Convenzione europea, non lo contiene. La tutela al diritto alla vita in guerra accordata dal Patto è rigida e ampia, e mette in pratica quanto dichiarato nel Commento generale n. 6 (16), in cui si afferma che gli Stati hanno un dovere primario e supremo di “prevenire le guerre, gli atti di genocidio e ogni altra forma di violenza di massa che comporti una perdita arbitraria di vite umane”³¹⁷.

Ancora diversa è la scelta della Convenzione americana sui diritti umani, che, almeno sul piano teorico, offre la tutela più ampia per quanto riguarda i diritti non derogabili, arrivando ad includerne ben undici. Interessante è l'aggiunta del divieto di sospensione delle garanzie giudiziarie essenziali alla tutela dei diritti non derogabili prevista all'art. 27, paragrafo 2, che costituisce una disposizione complementare rispetto ai diritti non derogabili, sostanziandosi in un completamento procedurale della tutela sostanziale per attuare il *due process of law* in tempo di guerra.

Nessun approccio interpretativo è stato fino ad ora confermato o escluso dagli organi convenzionali europei, poiché nessuno Stato ha mai fatto ricorso a una deroga all'art. 2 né per conflitti interni né per conflitti internazionali. L'unica occasione in cui la Corte EDU ha avuto possibilità di pronunciarsi, vale a dire il già citato ricorso interstatale *Cipro c. Turchia*³¹⁸, promosso a seguito dell'invasione e successiva occupazione turca di parte dell'isola cipriota si è concluso con un diniego di competenza giurisdizionale, in quanto la Turchia non aveva presentato notifica di deroga ai sensi dell'art. 15³¹⁹.

3.2 I conflitti armati: nascita del diritto internazionale umanitario

La clausola in esame rinvia alla dimensione bellica interna e internazionale, e completa il quadro delineato dall'art. 15 delle situazioni di conflitto.

Il conflitto è una dimensione intrinseca alla natura dell'uomo, che va di pari passo con la sua sostanza caratteriale di essere vivente relazionale.

Il diritto dei conflitti è infatti uno dei rami più antichi del diritto internazionale pubblico.

³¹⁷ ONU, Assemblea Generale, “Report of the Human Rights Committee”, in *Official Records of the General Assembly, Thirty-seventh Session* (1982), UN Doc. A/37/40, p. 93, para. 2

³¹⁸ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Cipro c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 107)

³¹⁹ A.-L. Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception: With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. xxiv-765

Il tema della guerra è presente in tutta la letteratura antica, e Cicerone stesso, che spesso nelle sue orazioni affronta il tema della guerra con occhio repubblicano, sostenendo la supremazia delle leggi civili - pensiamo al celebre emistichio “*Cedant arma togae*”³²⁰ - è autore di un aforisma che esprime l’eccezionalità e straordinarietà delle situazioni di emergenza caratterizzate dal ricorso alle armi, vale a dire “*Silent enim leges inter arma*”, “Tacciono infatti le leggi in mezzo alle armi”³²¹. Il verso deve naturalmente essere calato nel contesto dell’orazione *Pro Milone*, il cui fine era appunto la difesa del soldato Tito Annio Milone dall’accusa di omicidio. Egli, tramite la bocca dell’abile avvocato Cicerone, invocava una legge non scritta delle guerriglie che inquadreremmo oggi nella legittima difesa. Nonostante l’opinione generale dell’autore sia rappresentata più dal primo aforisma riportato che dal secondo, a testimonianza di un rispetto civico e civile tipico dell’epoca, non si può non notare come anche il mondo antico e le sue leggi fossero costretti a confrontarsi con realtà eccezionali, interrogandosi circa il destino delle norme in tempo di pace e in tempo di guerra e formulando primordiali eccezioni alla tutela dei diritti a seconda del contesto.

Nel corso dei secoli, tutte le civiltà e religioni hanno elaborato disposizioni che oggi verrebbero ricondotte al diritto internazionale umanitario, e di particolare interesse è proprio il grado di somiglianza tra le consuetudini, che convergono in linea generale su regole di condotta tra combattenti ed esigenza di risparmiare coloro che non prendono parte alle ostilità³²².

I manuali di diritto internazionale umanitario individuano quali principi fondamentali la necessità militare, l’umanità e la “cavalleria” (“chivalry”). Quest’ultimo criterio può apparire estraneo al mondo contemporaneo, ma è necessario per comprendere le origini del DIU, che si sviluppò in un’epoca in cui il ricorso alla forza non era ancora considerato illecito quale strumento di politica nazionale; addirittura, il Codice Lieber del 1863, che costituì il principale punto di riferimento per l’elaborazione delle Convenzioni dell’Aia del 1899 e del 1907, stabiliva un diritto delle genti che “riconosce a ogni governo sovrano la *facoltà di fare guerra* a un altro Stato sovrano”³²³.

³²⁰ M. T. Cicerone, *De officiis*, I, 22, 77

³²¹ M. T. Cicerone, *Pro Milone*, IV, 11

³²² Già il Codice di Hammurabi, risalente al XVII secolo a.C., conteneva norme volte a fornire protezione speciale ai deboli nel contesto bellico. Inoltre, sia Mahābhārata che Bibbia e Corano contengono disposizioni che promuovono il rispetto tra avversari. Anche lo stratega cinese Sun Tzu affermava che il rispetto di prigionieri e feriti è parte integrante sostanziale dell’ “arte della guerra”.

³²³ *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* (Codice Lieber), adottato a Washington il 24 aprile 1863, art. 67: “The law of nations admits of no quarter except when an encounter

La legittimità dei conflitti non riguardava quindi tanto il ricorso alla forza in generale, quanto più ciò che era onorevole o che veniva considerato conforme ai canoni di civiltà. Da qui, il requisito della “cavalleria”, che ha ad oggi perso rilevanza.

Il Comitato Internazionale della Croce Rossa ha rinvenuto, nello studio delle tradizioni locali e regionali, della poesia e dei proverbi, principi e regole di condotta che sono precursori del DIU e presentano significative analogie con le norme odierne³²⁴.

Nonostante l’attenzione filosofica per i principi di umanità, non si può ignorare la realtà storica in cui tutte le civiltà hanno commesso atti che oggi sarebbero unanimemente condannati, e non è chiaro ad oggi se le consuetudini storiche e i precetti religiosi garantissero protezione solo ai membri della medesima civiltà o si estendessero anche ai popoli vicini o, men che meno, al nemico.

Il DIU per come lo conosciamo oggi deve molto della sua nascita ad Henry Dunant, imprenditore ginevrino considerato pioniere e padre del DIU. Dopo la pubblicazione del volume “*Un ricordo di Solferino*”³²⁵, nel quale descrisse gli orrori della guerra combattuta tra eserciti francesi, piemontesi e austriaci nel 1859, cui aveva assistito casualmente durante un viaggio in Italia, Dunant aveva suggerito di creare un comitato appositamente dedicato ad alleviare le sofferenze della guerra, il futuro Comitato Internazionale della Croce Rossa, e aveva invitato gli Stati ad adottare un principio sancito da una “Convenzione inviolabile”. Essa verrà puntualmente firmata a Ginevra nel 1864, costituendo uno strumento giuridico altamente innovativo, vale a dire un trattato multilaterale, in cui affermare il principio per cui anche i militari appartenenti alle forze nemiche devono essere rispettati e assistiti. Gli Stati accettarono per la prima volta nella storia di limitare l’esercizio dei propri poteri in tempo di guerra a beneficio dell’individuo, e la guerra divenne finalmente oggetto di una disciplina scritta, di carattere generale e applicabile a tutti gli Stati.

Grazie anche all’attività della Croce Rossa, nel XIX secolo questa Convenzione fu seguita dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e dai relativi Protocolli aggiuntivi

takes place on a level of fairness, and of any commander who, after a battle, commands his troops to give no quarter, or who permits them to give none, shall be guilty of a violation of the laws of war.”

³²⁴ CICR, *Under the Protection of the Palm: Wars of Dignity in the Pacific*, ICRC, 2009; CICR, *Somalia: Sparing People from the Spears - How a Radio Show Can Save Lives*, CICR, 2008. Nel testo si evidenzia come “the ICRC, the Somali Red Crescent Society and local radio stations have together initiated a series of radio spots aimed at spreading public awareness of the Somali customary code of war, known as ‘Biri-ma-Geydo’ (literally, spared from the spear), and the basics of international humanitarian law”

³²⁵ H. Dunant, *Un ricordo di Solferino*, Comitato Internazionale della Croce Rossa, 2012

firmati nel 1977 e nel 2005³²⁶, che costituiscono il nucleo fondamentale di fonti di cognizione del DIU.

In sostanza, il diritto internazionale umanitario ha poi seguito uno sviluppo in due direzioni: in primo luogo, le categorie di vittime protette si sono significativamente ampliate: mentre la Convenzione del 1864 tutelava esclusivamente i feriti e malati degli eserciti terrestri, le Convenzioni del 1949 sono dedicate a feriti, malati e naufraghi delle forze armate sul mare, ai prigionieri di guerra - così come i Regolamenti dell'Aia del 1899 - e ai civili dei territori occupati.

In secondo luogo, la protezione che originariamente era costruita sul modello dei conflitti armati internazionali venne estesa ai conflitti non internazionali su modello del Codice Lieber, destinato, come indica la denominazione ufficiale, ossia "Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field", ad attenuare gli effetti della guerra civile americana.

Per molto tempo, tuttavia, il DIU rimase applicabile nei conflitti interni solo ove il governo riconosceva formalmente la belligeranza della popolazione insorta, ma con l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni fu sancita l'applicazione automatica di alcune norme fondamentali a tutti i conflitti non internazionali, indipendentemente da qualsiasi dichiarazione di belligeranza.

Il Protocollo I del 1977 riguarda specificamente i conflitti internazionali, mentre il II concerne esclusivamente i conflitti interni. Da allora, il regime convenzionale del diritto umanitario non è stato oggetto di aggiornamento, nonostante la natura degli eventi bellici stessa abbia subito profonde trasformazioni. Ciò può essere spiegato, con considerazioni abbastanza allarmanti, con il fatto che ad oggi il problema non risiede nella mancanza di norme a tutela delle vittime, quanto piuttosto nella loro mancata osservanza. Inoltre, paradossalmente, sembra che gli Stati non siano più disposti a cercare un consenso sull'adozione di nuove norme che limitino la loro capacità militare, e vari esperti concordano ampiamente sul fatto che, nelle attuali condizioni politiche, gli Stati non adotterebbero né l'art. 3 delle Convenzioni, né le disposizioni del Protocollo aggiuntivo I³²⁷.

³²⁶ Il III Protocollo addizionale adottato l'8 dicembre 2005 si limita a introdurre un ulteriore emblema distintivo destinato a identificare il personale sanitario, le unità sanitarie e i mezzi di trasporto sanitario

³²⁷ CICR, *No Agreement by States on Mechanism to Strengthen Compliance with Rules of War*, Comunicato stampa, 10 dicembre 2015.; H. Durham, *Strengthening Compliance with IHL: Disappointment and Hope*, in *ICRC Humanitarian Law & Policy Blog*, 14 dicembre 2018; M. Sassòli,

Ciononostante, lo sviluppo del DIU non si è completamente arrestato: gli Stati hanno adottato convenzioni specifiche per proteggere determinate categorie soggettive o limitare produzione, impiego e stoccaggio di determinate armi³²⁸, e i Tribunali penali internazionali, come quello per l'ex Jugoslavia o per il Ruanda, nonché la Corte penale internazionale, hanno contribuito in maniera massiccia non solo all'attuazione del DIU, ma anche al chiarimento e allo sviluppo di questioni giuridiche in materia attraverso la propria attività giurisprudenziale.

3.2.1 Caratteristiche del diritto internazionale umanitario

Per richiamare alla mente una prima e abbozzata conoscenza del DIU, è utile richiamare fin d'ora, per approfondire in seguito, quelle che secondo Sassoli costituiscono le sue quattro caratteristiche fondamentali³²⁹: in primo luogo, esso si applica esclusivamente nel contesto dei conflitti armati, e l'ambito di applicazione è proprio ciò che differenzia il DIU da altri rami del diritto, poiché ne costituisce una *condicio sine qua non*. Difatti, esso si attiva e disattiva proprio in corrispondenza del conflitto, e sarebbe dunque un errore far ricadere lo *ius in bello* in esame nell'ambito, per esempio, dello *ius ad bellum*, che indica invece la parte del diritto che indaga la legittimità causale e scatenante degli eventi bellici. Se quindi lo *ius ad bellum* indaga l'eziologia della guerra, lo *ius in bello*, di cui trattiamo nel presente capitolo, ne affronta la sintomatologia, occupandosi non tanto di una terapia funzionale alla guarigione, quanto di reazione alla diagnosi come presupposto della sua applicazione.

La seconda caratteristica fondativa del DIU consiste nell'ambito soggettivo di protezione, vale a dire vita e dignità delle persone considerate nemiche da una delle parti in conflitto.

International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 12

³²⁸ Vd. ad es. Convenzione sulla proibizione o la limitazione dell'uso di alcune armi convenzionali che possono essere considerate eccessivamente dannose o aventi effetti indiscriminati, adottata a Ginevra il 10 ottobre 1980; Protocollo sulle proibizioni o restrizioni dell'uso di mine, trappole e altri dispositivi, come emendato il 3 maggio 1996 (Protocollo II emendato alla Convenzione su certe armi convenzionali del 1980), adottato a Ginevra il 3 maggio 1996; Protocollo sulle armi incendiarie (Protocollo III alla Convenzione su certe armi convenzionali del 1980), adottato a Ginevra il 10 ottobre 1980; Convenzione sulla proibizione dell'uso, stoccaggio, produzione e trasferimento di mine antiuomo e sulla loro distruzione (Convenzione di Ottawa), adottata a Oslo il 18 settembre 1997; Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, adottato a New York il 25 maggio 2000; Trattato sulla proibizione delle armi nucleari, adottato a New York il 7 luglio 2017

³²⁹ M. Sassoli, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions*, cit. (v. sopra, nota 327), p. 1

In terzo luogo, il DIU, e più specificamente quello che riguarda i conflitti armati internazionali, si basa sulla considerazione del mancato rispetto delle norme fondamentali di diritto internazionale. Infine, esso fa parte del diritto internazionale pubblico, un ordinamento essenzialmente orizzontale fondato su autotutela e privo, in gran parte, di un sistema di accertamento ed esecuzione. Sassoli ammonisce sul rischio dato dall'assenza di un meccanismo centralizzato coercitivo, e sottolinea, in una maniera che sembra doveroso riportare in questa sede per inquadrare l'efficacia del DIU, il rischio che le caratteristiche intrinseche del DIU appena illustrate ne diminuiscano l'efficacia; non solo, ma egli collega le violazioni delle norme del DIU alla loro inefficacia interna.

In sintesi, lo *ius in bello*, come del resto è intuibile dalla stessa denominazione, esiste da quando e finché esiste una guerra. Il paradosso, ma anche l'estrema utilità e la necessaria sopravvivenza e resilienza del diritto dei conflitti, emerge se si ragiona sul suo stesso oggetto: esso non vieta i conflitti armati, ma stabilisce le modalità con cui essi devono essere condotti.

La già accennata separazione tra *ius ad bellum* e *ius in bello* comporta che il DIU si applichi indipendentemente dalla legittimità della causa per cui una parte combatte, ed esso infatti impone gli stessi obblighi giuridici a tutte le parti del conflitto, garantendo uguale protezione a tutte le persone colpite dalle ostilità, a prescindere dal fatto che esse combattano per una causa giusta o ingiusta. In questi aspetti risiede, a nostro avviso, il nodo più stimolante e da tutelare del diritto internazionale: il DIU è l'espressione di un realismo giuridico che salvaguarda un contenuto di umanità.

Ricco di paradossi e contraddizioni, il diritto della guerra non lascia spazio a valutazioni etiche di merito, sulle quali, a prescindere di dove si pensa possa trovarsi il "giusto", esisteranno sempre obiezioni e concezioni contrapposte, ma mira a salvaguardare la dignità di chi resta nonostante tutto e a prescindere da tutto, svolgendo una funzione senza la quale l'umanità, sia nel senso di popolazione che nel senso di principio fondante del DIU, sarebbe persa, e in esso si sostanzia l'etica politica che rimane all'interno della società contemporanea, contribuendo all'idea che, in teoria, esista un nucleo di tutele che può e deve essere preservato dalla furia delle leggi del più forte e del più ricco del nostro tempo.

Questo ramo del diritto viene a patti con i vincoli inevitabili imposti dal funzionare delle guerre, mantenendo la logica di fondo di sciogliere, o perlomeno disconoscere, tali

vincoli nel momento in cui le parti perseguano obiettivi irrazionali o incompatibili con i valori portanti dell'ordinamento internazionale.

Lo studioso Eric David sottolineò come lo *ius in bello* è caratterizzato da semplicità e complessità allo stesso tempo: se da un lato la maggior parte delle norme umanitarie sono estremamente intuitive - e non occorre essere giuristi per comprendere che è vietato torturare o giustiziare sommariamente i detenuti, così come affamare una popolazione per incoraggiarne la resa -, queste proibizioni richiedono una complessa determinazione concettuale e applicazione pratica³³⁰.

Gli scritti del padre del DIU contemporaneo, Jean Pictet, spiegano in maniera esemplare il senso profondo del diritto internazionale umanitario, affermando che “se possiamo mettere un soldato fuori combattimento catturandolo, non dobbiamo ferirlo; se possiamo ottenere lo stesso risultato ferendolo, non dobbiamo ucciderlo. Se esistono due mezzi per conseguire il medesimo vantaggio militare, occorre scegliere quello che provoca il male minore”.

Tale concezione trova riscontro nelle parole dell'internazionalista Hersch Lauterpacht, che ha affermato che il diritto alle ostilità “deve essere modellato non sulla base del diritto esistente, ma alla luce di più imperativi principi di umanità, sopravvivenza della civiltà e sacralità della persona umana”³³¹.

Sempre Lauterpacht ha osservato che, in una prospettiva in cui “il diritto internazionale è al limite estremo del concetto stesso di diritto, il diritto della guerra si trova, forse in modo ancora più evidente, al limite del diritto internazionale”³³².

Il DIU è sempre più considerato parte integrante del diritto internazionale dei diritti umani nei conflitti armati, in una convivenza non sempre pacifica a causa di sovrapposizioni applicative e incertezze metodologiche che andremo ad esaminare in seguito.

Questa tendenza integrativa può essere fatta risalire alla Conferenza internazionale delle Nazioni Unite sui diritti umani, tenutasi a Teheran nel 1968³³³, dove fu adottata una risoluzione con la quale il Segretario generale veniva invitato a promuovere lo sviluppo

³³⁰ E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 6ª ed., Bruylant, 2019, p. 1189

³³¹ H. Lauterpacht, “The Problem of the Revision of the Law of War”, in *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, p. 379

³³² H. Lauterpacht, “The Problem of the Revision of the Law of War”, cit. (v. sopra, nota 331), pp. 381-382

³³³ Risoluzione XXIII “Human Rights in Armed Conflicts”, adottata dalla Conferenza internazionale sui diritti umani a Teheran il 12 maggio 1968

del DIU e a introdurre misure necessarie per assicurarne il rispetto. Il DIU usciva così dal tradizionale circuito bellico per entrare nella tutela in materia di diritti umani.

Il DIU *in primis* è stato infatti di certo influenzato in alcune occasioni, ad esempio nella formulazione dell'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra, che si discosta dall'impostazione tradizionale del DIU, che, in linea di principio, non si occupava dei rapporti tra Stato e cittadini, avvicinandosi a una logica propria del diritto dei diritti umani. Numerosi esempi di questa convergenza si rinvencono nei testi convenzionali, come nell'art. 75 del Protocollo aggiuntivo I, che consacra il principio di non discriminazione, vieta gli atti lesivi dell'integrità fisica e psichica della persona, proibisce la detenzione arbitraria e garantisce le fondamentali garanzie processuali, prendendo spunto dalle garanzie fondamentali degli strumenti in materia di diritti umani. Numerose risoluzioni ONU richiamano inoltre congiuntamente i due rami del diritto³³⁴, e anche in ambito regionale si riscontrano analoghi sviluppi³³⁵.

Anche la dottrina si è interessata al rapporto in esame, prestando crescente attenzione alle situazioni di violenza che inducono gli Stati a proclamare lo stato di emergenza e sospendere gli obblighi assunti a tutela dei diritti umani. Molti studiosi hanno affermato che, sebbene le deroghe debbano rimanere eccezionali, permane il rischio dell'esistenza di un vuoto di tutela, per il quale si è affermata l'idea di elaborare strumenti normativi capaci di combinare elementi dell'uno e dell'altro settore per garantire una protezione efficace tanto in tempo di pace quanto durante situazioni di violenza diffusa e prolungata³³⁶. Con questa finalità, nel 1990 fu adottata, per esempio, la Dichiarazione sugli standard umanitari minimi, nota come Dichiarazione di Turku, che non prende posizione sulla distinzione tra i blocchi normativi, ma proclama principi "applicabili in ogni situazione, comprese le violenze interne, i disordini, le tensioni e gli stati di

³³⁴ Risoluzione 46/136 "Situation of human rights in Afghanistan", adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 17 dicembre 1991, in cui l'Assemblea Generale dichiara di ispirarsi "ai principi sanciti dalla Carta delle Nazioni Unite, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dai Patti internazionali sui diritti umani e dalle norme umanitarie generalmente riconosciute contenute nelle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e nei Protocolli aggiuntivi del 1977. Vd. anche Risoluzione 46/135 "Situation of human rights in Kuwait under Iraqi occupation", adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 17 dicembre 1991 e Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 47/133 il 18 dicembre 1992

³³⁵ Vd. ad es. Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam, adottata al Cairo il 5 agosto 1990. Ad es., vd. la Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo, che, pur presentandosi espressamente come uno strumento in materia di diritti umani, contiene numerose disposizioni chiaramente ispirate al diritto internazionale umanitario.

³³⁶ T. Meron, "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", in *The American Journal of International Law*, vol. 77, n. 3, 1983, pp. 589-606

emergenza pubblica, e ai quali non è consentita alcuna deroga³³⁷. Le sue disposizioni alternano dunque principi tipici dei diritti umani, come le garanzie dell' *'habeas corpus'*, a tutele proprie del DIU, come il divieto di arrecare danno a persone che non partecipano alle ostilità.

Ciononostante, DIU e diritto internazionale dei diritti umani, avendo origini differenti, hanno seguito direttive diverse e, alle volte, divergenti.

3.3 Applicabilità dell'art. 2 CEDU ai conflitti armati

L'inserimento della clausola dei "legittimi atti di guerra" pone problemi applicativi estremamente rilevanti: ripercorrendo alcune pronunce della Corte EDU, cercheremo di ricostruire le criticità dell'elasticità della norma e il relativo riempimento giurisprudenziale, al fine di comprendere origine, funzionamento e conseguenze pratiche della clausola.

A questo scopo, è necessario interrogarsi circa l'applicabilità della tutela europea del diritto alla vita ai conflitti armati: è pacifico che l'art. 2 sia stato creato pensando a una situazione di pace, in quanto non fa alcun riferimento al conflitto armato, ma il fatto che la Convenzione potesse applicarsi in tempo di guerra era previsto dai redattori, come si comprende dalla formulazione di cui all'art. 15, paragrafo 2.

La consapevolezza che gli obblighi in materia di diritti umani si applicassero anche durante i conflitti armati era già entrata nel pensiero giuridico internazionale negli anni Sessanta, in cui gli organi delle Nazioni Unite, ad esempio all'interno della Risoluzione intitolata "Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts", avevano affermato che "i diritti fondamentali, così come riconosciuti dal diritto internazionale e sanciti dagli strumenti internazionali, continuano ad applicarsi pienamente in situazioni di conflitto armato"³³⁸.

Anche la Corte europea ha più volte chiarito che gli obblighi convenzionali, inclusi quelli derivanti dall'art. 2, si applicano anche in tali contesti.³³⁹

³³⁷ Dichiarazione sugli standard umanitari minimi (Dichiarazione di Turku), adottata a Turku il 2 dicembre 1990, art. 1

³³⁸ Risoluzione 2675 (XXV) "Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts", adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre 1970, par. 1

³³⁹ Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 105), § 164; Corte EDU, *Güleç v. Turkey*, cit. (v. sopra, nota 112), § 81; Corte EDU, *Ergi c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 77), §§ 79 e 82, in *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV; Corte EDU, *Ahmet Özkan and Others v. Turkey*, 6 aprile 2004, ric. n. 21689/93, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD002168993, §§ 85-90, 309-320, 326-330; Corte EDU, *Isayeva c. Russia*, cit. (v. sopra, nota 75), §§ 180 e 210; Corte EDU, *Kanlibaş v. Turkey*, 8 dicembre 2005, ric. n. 32444/96, ECLI:CE:ECHR:2005:1208JUD003244496, §§ 39-51

Tuttavia, la Corte EDU ha al contempo incontrato notevoli difficoltà applicative nel definire come diritto internazionale dei diritti umani e diritto dei conflitti armati entrino in contatto, elaborando corridoi interpretativi in parte problematici.

Se è facile comprendere che i conflitti armati ricadano nell'ambito oggettivo dell'art. 15, vale a dire in una di quelle emergenze che minacciano la vita della nazione, di cui si sono però illustrate le note difficoltà applicative, non è stato sempre agevole stabilire come la tutela del diritto alla vita potesse essere assicurata in occasioni in cui tale diritto fondamentale è minacciato in maniera prolungata, indiscriminata e, alle volte, imprevedibile.

Essendo pacifico che il ricorso alla forza letale debba essere collegato al perseguimento di uno scopo legittimo, la Corte ha analizzato azioni tipicamente belliche confrontandole con le tre eccezioni scriminanti di cui alle lett. a), b) e c) dell'art. 2, paragrafo 2.

In caso di bombardamenti qualificati come “indiscriminati”, ad esempio, la Corte ha osservato che mancavano prove attendibili della probabilità di una violenza illegale o del fatto che la forza fosse stata impiegata per procedere ad un arresto legittimo³⁴⁰. In altre decisioni, ha invece riconosciuto che il ricorso alla forza da parte di forze armate potesse risultare necessario, come nel caso di attacchi aerei di precisione contro un quartiere residenziale situato in un villaggio fortificato. In tale occasione, la Corte affermò che non era “priva di fondamento” la motivazione addotta dal governo convenuto per cui il ricorso all'aviazione era indispensabile per proteggere la popolazione locale dai combattenti irregolari nel centro abitato, poiché il ricorso alle forze terrestri avrebbe comportato notevoli perdite di militari federali³⁴¹.

In *Khashiyev e Akayeva c. Russia*, la Corte riconobbe violazioni dell'art. 2 in relazione all'uccisione di civili da parte delle forze russe, applicando il test dell'assoluta necessità senza fare ricorso al DIU³⁴².

Ancora, in *Isayeva c. Russia*, la Corte si dichiarò disposta ad ammettere che l'uso della forza letale potesse essere giustificato qualora le forze armate fossero state attaccate da

³⁴⁰ Corte EDU, *Esmukhambetov and Others v. Russia*, 29 marzo 2011, ric. n. 23445/03, ECLI:CE:ECHR:2011:0329JUD002344503, §§ 141, 148, 150

³⁴¹ Corte EDU, *Khamzayev e altri c. Russia*, 3 maggio 2011, ric. n. 1503/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0503JUD000150302, § 177

³⁴² Corte EDU, *Khashiyev e Akayeva c. Russia*, Sentenza del 24 febbraio 2005, Ricorsi nn. 57942/00 e 57945/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0224JUD005794200

gruppi armati illegali, ma ritenne comunque violato l'art. 2 per le modalità di conduzione dell'operazione, che non aveva garantito la protezione della popolazione civile³⁴³.

In un caso che riguardava il bombardamento da parte dell'aviazione turca di alcuni villaggi curdi, la Corte, a fronte del fatto che la Turchia aveva negato *in toto* i fatti rifiutando di invocare le cause di giustificazioni dell'art. 2, paragrafo 2, osservò che “un bombardamento aereo indiscriminato contro la popolazione civile e i relativi villaggi non può essere considerato ammissibile in una società democratica e non è conciliabile con alcuna delle ipotesi che disciplinano il ricorso alla forza previste dall'articolo 2, paragrafo 2, della Convenzione, né, del resto, con le norme consuetudinarie del diritto internazionale umanitario o con i trattati internazionali che regolano l'impiego della forza nei conflitti armati”³⁴⁴, rifiutando radicalmente una compatibilità tra eccezioni giustificatrici dell'uso della forza e violenze indiscriminate sui civili.

In generale, dunque, la Corte ha preferito ricondurre l'uso della forza letale in tempo di guerra al perseguimento di uno degli scopi legittimi normativizzati, facendo rientrare nella cornice dell'art. 2 le violazioni commesse in contesto bellico.

Tuttavia, è immediato notare come le uccisioni derivanti da una guerra illegale o, in generale, da una guerra di aggressione, non potrebbero mai ricadere, in linea teorica, nell'ambito di uno scopo legittimo, e costituirebbero dunque sempre *prima facie* una violazione del diritto alla vita. Sebbene infatti lo *ius in bello* si applichi in modo strettamente egualitario tra aggressore e aggredito per ragioni umanitarie, lo scrutinio del paradigma dei diritti umani rischia di far saltare tale uguaglianza proprio a causa dell'assenza di una liceità originaria dell'azione bellica, e questa costituisce una rilevante differenza tra i due sistemi di tutela.

La prima sentenza in cui la Corte si è pronunciata sull'applicazione dell'art. 15 CEDU nel contesto di un conflitto armato internazionale, nonché la prima occasione in cui ha delineato il proprio orientamento sul rapporto tra il diritto internazionale umanitario (DIU) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è rappresentata da *Hassan c. Regno Unito*, pronunciata dalla Grande Camera nel 2014. Tale decisione scaturisce direttamente dalla tensione tra l'esigenza di garantire tutela effettiva del diritto alla vita e l'inadeguatezza degli strumenti convenzionali a disciplinare contesti bellici, e

³⁴³ Corte EDU, *Isayeva c. Russia*, cit. (v. sopra, nota 75), §§ 32 e 178

³⁴⁴ Corte EDU, *Benzer e altri c. Turchia*, 12 novembre 2013, ric. n. 23502/06, ECLI:CE:ECHR:2013:1112JUD002350206, § 184

costituisce una pietra miliare nella giurisprudenza della Corte in materia di conflitti armati internazionali.

3.4 Il conflitto armato nel contenzioso CEDU: *Hassan c. Regno Unito*

Il giudizio in esame si colloca nel contesto storico dell'invasione dell'Iraq avviata il 20 marzo 2003 da parte degli Stati Uniti d'America con un consistente contributo militare del Regno Unito e piccoli contingenti da Australia, Danimarca e Polonia. Il pretesto dell'operazione della cosiddetta "coalizione dei volenterosi" era il presunto possesso di armi di distruzione di massa, vale a dire armi chimiche, biologiche e, potenzialmente, nucleari - rivelatosi successivamente falso -, unito a legami con il terrorismo internazionale e a una necessità di accompagnare il disarmo del regime di Saddam Hussein a una "democratizzazione" del Paese. Circa due settimane dopo l'inizio dell'operazione, le forze britanniche avevano catturato Bassora e le truppe degli Stati Uniti avevano preso Baghdad.

I fatti in esame riguardavano la cattura di un giovane cittadino iracheno, Tarek Hassan, da parte delle forze armate britanniche durante la fase delle ostilità attive in Iraq.

Hassan era il fratello di un ex direttore generale del Segretariato nazionale del Partito Ba'th e generale dell'esercito Al-Quds, ricorrente davanti alla Corte.

Il 26 aprile 2003 egli veniva individuato dalle truppe britanniche sul tetto della propria abitazione familiare a Umm Qasr, nella regione di Bassora, in possesso di un fucile AK-47. L'obiettivo dell'operazione era in realtà l'arresto del ricorrente in quanto esponente di alto rango del Partito, ma, non trovandolo sul posto, i militari arrestavano il fratello, ritenendo che potesse essere un combattente o un civile pericoloso per la sicurezza.

In seguito egli veniva trasferito presso il vicino centro di detenzione di Camp Bucca, dove veniva interrogato dai servizi di intelligence britannici. Accertato che non rappresentava una minaccia per la sicurezza, ne veniva disposto il rilascio nella località di Umm Qasr in data 2 maggio 2003.

Successivamente, Tarek Hassan scomparve, e circa quattro mesi più tardi il suo corpo fu rinvenuto nella città di Samarra, a circa 125 chilometri a nord di Baghdad e a quasi 700 chilometri dal luogo del rilascio, con otto ferite da arma da fuoco al torace e segni di maltrattamenti.

Il ricorrente, esauriti i rimedi interni nel Regno Unito, adiva la Corte europea nel 2009, contestando violazioni dell'art. 5, paragrafi 1, 2, 3 e 4, ritenendo che l'arresto e la detenzione del fratello fossero arbitrari, illegittimi e privi delle necessarie garanzie

procedurali, e deducendo inoltre la violazione degli articoli 2 e 3 della Convenzione, sostenendo che il Regno Unito non avesse svolto un'indagine effettiva sulle circostanze della detenzione, trattamento e, da ultimo, morte del fratello.

3.4.1 Deroga o integrazione? Il vuoto normativo sistemico

La sentenza riporta, ai paragrafi 40 e seguenti, che, secondo analisi dei dati contenute nello studio di Els Debuf “Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict”³⁴⁵, il Regno Unito, così come gli USA, non aveva mai derogato al Patto internazionale dei diritti civili e politici (art. 4), né alla CEDU (art. 15) relativamente alle operazioni in Iraq portate avanti tra il 2003 e il 2005.

Il problema sostanziale della sentenza risiede proprio nel fatto che il Regno Unito non aveva mai attivato una deroga in merito, e non aveva pertanto mai manifestato l'intenzione di derogare ad alcuni diritti tutelati dalla Convenzione.

Il governo britannico sosteneva, in sostanza, che la legittimità della detenzione dovesse essere valutata alla luce del diritto internazionale umanitario, e in particolare della Terza e della Quarta Convenzione di Ginevra, le quali autorizzano, rispettivamente, la cattura e l'internamento dei prigionieri di guerra e l'internamento dei civili qualora ciò sia giustificato da imperative ragioni di sicurezza

L'art. 5 CEDU, infatti, non contempla l'internamento preventivo tra le ipotesi di legittima privazione della libertà, salvo il caso in cui vi sia intenzione di esercitare l'azione penale entro un termine ragionevole, circostanza non sussistente nel presente caso, come dimostrato dal rilascio della vittima, di poco successivo all'arresto. Dunque, nel caso in cui non si fosse applicata alcuna norma “esterna” alla Convenzione europea, e in assenza di una deroga ai sensi dell'art. 15, la condotta britannica sarebbe stata senza dubbio illegittima.

Inoltre, il governo sosteneva che il diritto internazionale umanitario, in quanto *lex specialis*, dovesse prevalere sulle disposizioni della Convenzione incompatibili con esso, con la conseguenza che, nel contesto del conflitto armato, l'art. 5 CEDU avrebbe dovuto essere disapplicato e la disciplina della detenzione integralmente regolata dalle norme del DIU.

Difatti, lo Stato convenuto non eccepiva un trattamento procedurale conforme alla Convenzione, né deduceva prove circa un diverso andamento fattuale rispetto a quello

³⁴⁵ E. Debuf, *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, Oxford e Parigi, Hart Publishing - Éditions A. Pedone, 2013

riportato dal ricorrente; il governo attribuiva la condotta in esame esclusivamente al contesto di guerra e riteneva che le azioni delle proprie forze armate fossero da giustificare alla luce del DIU, e fossero dunque legittime essendo previste dalle Convenzioni svizzere procedure più sommarie e semplificate a causa del contesto.

Al contrario, il ricorrente lamentava che le violazioni dovessero essere giudicate esclusivamente ai sensi della CEDU.

Per la prima volta nella storia della Corte, uno Stato parte della Convenzione invitava la Corte a “disapplicare gli obblighi derivanti dall’art. 5 o, in alternativa, a interpretarli alla luce del DIU”³⁴⁶.

La situazione che si prospettava era quella di un vuoto di tutela sistemico, poiché il regime di garanzie previsto dalla Convenzione sembrava non poter trovare applicazione. Più precisamente, la Corte avrebbe potuto applicare l’art. 5 CEDU nella sua formulazione letterale, con la conseguenza di accertare la violazione della Convenzione da parte del Regno Unito. Tuttavia, essa ha scelto una diversa soluzione interpretativa, volta a coordinare le disposizioni convenzionali con il diritto internazionale umanitario. Il primo, e forse più rilevante, interrogativo suscitato dalla sentenza può essere così formulato: se la Convenzione prevede uno strumento specificamente concepito per fronteggiare situazioni eccezionali, quale il meccanismo di deroga di cui all’art. 15, per quale ragione esso non viene utilizzato nel contesto dei conflitti armati?

3.4.2 L’ingresso “dalla finestra”: l’*accommodation* del DIU

La Corte si divise su questo punto. Al fine di comprendere appieno il percorso argomentativo seguito dalla Grande Camera, è opportuno ripercorrere puntualmente le diverse fasi del suo ragionamento.

Nella seconda sezione, intitolata “Relevant international and domestic law and practice”, la Corte richiama fin da subito la Terza e Quarta Convenzione di Ginevra, relative rispettivamente al trattamento dei prigionieri di guerra e dei civili in tempo di guerra.

Questo richiamo deve far pensare: in sede di scrutinio delle violazioni ai sensi di una Convenzione internazionale sui diritti umani, la stessa Corte garante della Convenzione in oggetto rinvia, per prima cosa, a un blocco normativo esterno, il diritto internazionale umanitario, destinato ad avere effetto nel presente caso, per il solo fatto che il contesto in cui ci si trova è un contesto bellico.

³⁴⁶ Corte EDU, *Hassan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 311), § 99

In particolare, la Corte, prima di un lungo elenco di disposizioni delle Convenzioni ginevrine specifiche su prigionieri e civili, rinvia *in primis* all'art. 2, comune a tutte le quattro Convenzioni, che stabilisce l'ambito soggettivo delle stesse, sancendo che esse si applicano a "qualsiasi conflitto armato che sorga tra due o più Alte Parti Contraenti, e a tutti i casi di occupazione, totale o parziale, del territorio di un'altra Parte Contraente". La disposizione aggiunge inoltre che, anche se una delle potenze in conflitto non dovesse essere parte della Convenzione, quelle che vi aderiscono "restano vincolate nelle loro relazioni reciproche".

In tal modo, la Corte riconosce nei fatti l'esistenza di un'ulteriore causa legittima di detenzione accanto a quelle elencate tassativamente dall'art. 5, paragrafo 1, lett. da a) a f) CEDU, individuata nelle norme del diritto internazionale umanitario.

Appare ancora più sorprendente la parte successiva della sentenza, nella quale la Corte richiama una sola disposizione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, ossia lo strumento che codifica le regole fondamentali relative alla formazione, interpretazione, modificazione ed estinzione dei trattati internazionali conclusi tra Stati sovrani.

Si tratta dell'art. 31, che stabilisce le regole generali di interpretazione dei trattati e che, al paragrafo 3, individua alcuni elementi che devono essere presi in considerazione insieme al contesto. Tale disposizione richiama, in particolare, gli eventuali accordi successivi intervenuti tra le parti in relazione all'interpretazione del trattato; la prassi successivamente seguita nell'applicazione dello stesso; infine, "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties", ossia ogni pertinente norma di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti.

La Corte osservò in primo luogo, rifacendosi al secondo parametro da considerare a fini interpretativi, che gli Stati non avevano ritenuto necessario derogare formalmente alla norma in esame sapendo di procedere in conformità con le Convenzioni di Ginevra richiamate, e da tale prassi, ai sensi dell'art. 31 del trattato sul diritto dei trattati da tale prassi si poteva dedurre che gli Stati non consideravano l'art. 5 incompatibile con l'internamento legittimo in questo di guerra, pur non essendo esso previsto tra le cause di detenzione consentite.

Inoltre, in riferimento al terzo ed ultimo elemento riportato, la Corte affermò, in maniera a dir poco dirompente, che la Convenzione doveva essere interpretata in modo coerente con il diritto internazionale, affermando che, "in ragione della coesistenza delle garanzie

offerte dal diritto internazionale umanitario e dalla Convenzione durante un conflitto armato, le ipotesi di legittima privazione della libertà previste dall'art. 5 devono, per quanto possibile, essere armonizzate con la cattura dei prigionieri di guerra e l'internamento dei civili che costituiscono una minaccia per la sicurezza ai sensi della Terza e Quarta Convenzione di Ginevra³⁴⁷.

In sostanza, la Corte ritenne che, quando uno Stato ricorre ai poteri di internamento previsti dalle Convenzioni di Ginevra e rispetta le garanzie procedurali ivi previste, una privazione della libertà non può essere considerata arbitraria ai sensi dell'art. 5 della Convenzione.

Dunque, la maggioranza della Corte, con tredici voti contro quattro, ritenne che non vi fosse stata violazione dell'art. 5. I giudici decisero di non percorrere la via della deroga formale dell'art. 15. Se questo fosse stato il ragionamento della Corte, le violazioni sarebbero state riscontrate senza alcun dubbio, poiché non vi erano dubbi, neanche per il governo convenuto, che la procedura di arresto e internamento avviata e attuata nei confronti di Tarek Hassan non avesse rispettato i requisiti convenzionali.

Nella sezione successiva, la Corte EDU richiama poi l'orientamento della Corte Internazionale di Giustizia, che, nel parere consultivo sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari, aveva affermato che la tutela derivante dal Patto dei diritti civili e politici non veniva sospesa in tempo di guerra, salvo che nei casi di deroga, non applicabili al diritto alla vita, che continua a rimanere dunque in vigore anche in tempo di ostilità. La Corte di giustizia si era poi pronunciata a favore del diritto dei conflitti armati come *lex specialis*, alla luce della quale anche le privazioni della vita devono essere interpretate³⁴⁸.

Nel parere consultivo sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel Territorio palestinese occupato, la Corte internazionale di giustizia aveva affermato la possibilità di una coesistenza e di una parziale sovrapposizione tra i due ambiti normativi, sottolineando che gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani non cessano di trovare applicazione per il solo fatto che la situazione si collochi nel contesto di un'occupazione militare³⁴⁹.

³⁴⁷ *Ibid.*, § 104

³⁴⁸ Corte Internazionale di Giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit. (v. sopra, nota 260), § 25

³⁴⁹ Corte Internazionale di Giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit. (v. sopra, nota 260), § 106; Corte EDU, *Hassan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 311), § 35

Da ultimo, nella sentenza riguardante le attività di guerriglia condotte nel territorio della Repubblica Democratica del Congo dalle forze ugandesi, la Corte non aveva più fatto ricorso al concetto di *lex specialis*, dichiarando che, nell'esaminare se la condotta in oggetto costituisse violazione degli obblighi internazionali, la Corte doveva individuare le norme e i principi rilevanti di entrambi i rami del diritto³⁵⁰. Inoltre, in quella sede la Corte aveva anche precisato che gli strumenti in materia di diritti umani continuano ad applicarsi anche con riguardo ad atti compiuti da uno Stato nell'esercizio della propria giurisdizione all'estero, in particolare nei territori occupati.

La CEDU richiama poi lo studio della Commissione di diritto internazionale risalente al 2006 e relativo proprio alla frammentazione, diversificazione ed espansione del diritto internazionale, in cui l'esempio del conflitto normativo nei contesti bellici viene risolto con il metodo della *lex specialis* e spiegato evidenziando che “what is being set aside does not vanish altogether”: le norme eccezionalmente applicate, dunque, non scompaiono, ma, ai fini di un “ragionamento pragmatico della Corte”, che tiene conto del fatto che la guerra continua a rappresentare un'eccezione rispetto alla normalità della pace, rimangono sullo sfondo, in una visione sistemica del diritto nella quale i due insiemi di norme si rapportano tra loro come “la realtà di oggi e la promessa del domani, tenendo conto della prevalente esigenza di garantire la sopravvivenza dello Stato”³⁵¹.

Come detto, *Hassan c. Regno Unito* è la prima sentenza in cui viene affrontato, seppur in una maniera che lascia a desiderare, il rapporto tra diritto internazionale dei diritti umani e DIU.

Un riferimento espresso a quest'ultimo compariva soltanto nella sentenza della Grande Camera *Varnava c. Turchia*, relativa alla scomparsa di individui durante l'invasione turca di Cipro e la successiva occupazione. In tale giudizio, richiamato infatti in *Hassan*, la Corte si limitava ad affermare che l'art. 2 “deve essere interpretato, per quanto possibile, alla luce dei principi generali del diritto internazionale, comprese le norme del diritto internazionale umanitario, che svolgono un ruolo indispensabile e universalmente riconosciuto nel mitigare la ferocia e l'inumanità dei conflitti armati”³⁵². La maggioranza

³⁵⁰ Corte Internazionale di Giustizia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 19 dicembre 2005, *I.C.J. Reports 2005*, p. 168, ECLI:ICJ:JUD:2005:1219:000:00, §§ 215-216.

³⁵¹ Commissione di Diritto Internazionale, *Fragmentation of international law: difficulties arising from diversification and expansion of international law*, 13 aprile 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682, § 104

³⁵² Corte EDU [GC], *Varnava and Others v. Turkey*, 18 settembre 2009, ric. nn. 16064/90 e altri, ECLI:CE:ECHR:2009:0918JUD001606490, § 185

richiamava inoltre la “coesistenza delle garanzie offerte dal diritto internazionale umanitario e dalla Convenzione in tempo di conflitto armato”³⁵³.

Pertanto, in *Hassan* la Corte afferma che la mancanza di una deroga formale ai sensi dell’articolo 15 “non impedisce alla Corte di tenere conto del contesto e delle disposizioni del diritto internazionale umanitario nell’interpretare e applicare l’articolo 5 nel presente caso”³⁵⁴.

La Corte EDU ammise che, nei casi di conflitto armato internazionale e proprio in virtù di questo, “nei quali la cattura di prigionieri di guerra e detenzione di civili che costituiscono una minaccia per la sicurezza sono elementi riconosciuti dal DIU, l’art. 5 può essere interpretato come tale da consentire l’esercizio di poteri così ampi”³⁵⁵.

L’interpretazione dell’art. 5 CEDU viene così notevolmente ampliata in una direzione meno garantista mediante il ricorso al diritto internazionale umanitario. L’ingresso di quest’ultimo, tuttavia, non avviene né attraverso la dottrina della *lex specialis*, né mediante il riconoscimento di un’eccezione contestuale ai sensi dell’art. 15 CEDU. Le “porte” del sistema convenzionale restano dunque formalmente chiuse; nondimeno, il diritto internazionale umanitario viene lasciato entrare “dalla finestra”, assumendo il ruolo di parametro esterno attraverso cui orientare l’interpretazione e l’applicazione delle garanzie convenzionali.

3.4.3 *Hassan c. Regno Unito*: lo scontro metodologico tra maggioranza e minoranza

Per quanto riguarda le violazioni di cui all’art. 2 e 3 CEDU, la Corte EDU dichiarò il ricorso manifestamente infondato, considerando che “non vi era alcuna prova che le autorità del Regno Unito fossero responsabili in alcun modo del decesso di Tarek Hassan”³⁵⁶.

Innanzitutto, la morte era avvenuta con una distanza temporale rilevante dalla detenzione, e ad una distanza geografica significativa, considerando peraltro che la zona di rinvenimento del cadavere non era sottoposta al controllo britannico. Dunque, non era possibile affermare che la vittima si trovasse al momento della morte sotto la giurisdizione britannica.

Inoltre, mancando qualsiasi indizio circa il coinvolgimento dello Stato convenuto nella morte, esso non aveva alcun obbligo di indagare sul fatto ai sensi dell’art. 2.

³⁵³ *Ibid.*, § 104

³⁵⁴ Corte EDU, *Hassan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 311), § 103

³⁵⁵ *Ibid.*, § 104

³⁵⁶ *Ibid.*, § 63

Per quanto riguarda invece la violazione dell'art. 5, la Corte riconobbe la giurisdizione britannica. Se infatti qualche incertezza poteva sussistere riguardo al controllo effettivo *ratione territori* sull'area di Bassora, essendo che il governo sosteneva di non aver esercitato tale controllo e che la struttura detentiva fosse gestita congiuntamente da Regno Unito e USA, non vi erano dubbi riguardo al potere fisico e di controllo esclusivo dei soldati del Regno Unito sull'individuo dal momento di cattura e fino al rilascio al Camp Bucca, poiché le forze britanniche avevano mantenuto autorità e controllo su tutti gli aspetti della detenzione, come dimostrato dal fatto che il fratello del ricorrente fosse stato registrato come detenuto britannico, che fosse stato interrogato sotto la supervisione dei militari britannici e che il Regno Unito avesse ordinato il suo rilascio. Sebbene appunto la Corte abbia rigettato all'unanimità le doglianze sugli artt. 2 e 3, il ragionamento applicato alla privazione della libertà in violazione dell'art. 5 costituisce un punto di svolta nella giurisprudenza della Corte, che pone numerosi interrogativi anche per gli altri diritti tutelati, e come detto in particolare per il diritto alla vita, per il quale all'art. 15 si trova un riferimento al diritto internazionale umanitario.

I quattro giudici che si discostarono dalla maggioranza, vale a dire Spano, Nicolaou, Bianku e Kalaydjieva, formularono un'opinione dissenziente, cui è bene dare rilevanza. In particolare, essi esprimono forti perplessità circa l'iter ermeneutico scelto dalla maggioranza, sottolineando come la decisione adottata implichi logicamente che, qualora uno Stato sia coinvolto in un conflitto armato internazionale, i belligeranti possono esercitare i poteri straordinari previsti dal DIU senza dover ricorrere alla procedura di deroga prevista dall'art. 15 CEDU, con la conseguenza di sottrarre tale scelta al controllo della stessa Corte europea³⁵⁷. Di conseguenza, essi affermano che la soluzione trovata rappresenta un tentativo di “conciliare norme che, nel concreto, risultano inconciliabili”³⁵⁸.

I giudici sottolineano decisamente la necessità di applicare la Convenzione anche in tempo di guerra, poiché non vi sarebbe stata ragione di introdurre l'art. 15 se le garanzie della Convenzione fossero divenute automaticamente inefficaci o fossero sostanzialmente sostituite, nel momento in cui scoppia una guerra, sulla base esclusiva di altre norme applicabili. Difatti, essi sottolineano che, nel momento in cui il Regno Unito avesse ritenuto probabile che le esigenze della situazione in Iraq richiedessero

³⁵⁷ Corte EDU, *Hassan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 311), *Dissenting Opinion*, § 5

³⁵⁸ *Ibid.*, § 19

particolari poteri ai sensi delle regole della Terza e Quarta Convenzione di Ginevra, l'unico meccanismo giuridicamente disponibile per applicare tali norme senza violare l'art. 5 sarebbe stato l'art. 15 CEDU.

Nel tentativo di essere pragmatica e rispondere alle esigenze di flessibilità imposte da un conflitto armato, la Corte finisce per svuotare di efficacia l'art. 15, riscrivendo in via surrettizia il testo del trattato.

Relativamente all'argomento per cui la prassi statale dimostrerebbe che gli Stati non effettuano la deroga sulla base del DIU, e stabilita dalla giurisprudenza della Corte la giurisdizione extraterritoriale in alcuni casi di controllo effettivo sul territorio e sulle persone come ricostruita nel capitolo precedente, non c'è motivo di ritenere che l'art. 5 non dovrebbe applicarsi in tempo di guerra. Inoltre, la prassi successiva degli Stati parte, così come richiamata all'art. 31 della Convenzione di Vienna, è sì rilevante, ma solo se comune a tutte le parti, concordante e coerente³⁵⁹. Anche la giurista Shaheed Fatima criticò questa parte della sentenza, sostenendo che la premessa che consisteva nella prassi di non presentare deroghe non giustificava la conclusione raggiunta dalla Corte, perché non chiariva se tale comportamento avesse conseguenze sul rapporto tra i due rami del diritto³⁶⁰.

Per quanto riguarda invece l'armonizzazione con le altre norme di diritto internazionale, l'opinione dissenziente sostiene che essa finisca per rendere l'art. 15 privo di efficacia nella struttura della Convenzione, poiché la coerenza interna del diritto internazionale umanitario è diversa da quella del diritto internazionale dei diritti umani, essendo essi costruiti in maniera differente sotto il profilo metodologico e strutturale. Questa consapevolezza costituisce “motivo particolarmente convincente per respingere un'*assimilazione automatica* dei distinti regimi del diritto internazionale”³⁶¹.

Infine, i giudici di minoranza mettono in evidenza il contrasto fra il respingere l'invito del governo a disapplicare l'art. 5 e l'armonizzazione (“accommodation”) dello stesso con le Convenzioni di Ginevra. Questa tecnica è una novità nella giurisprudenza della Corte di portata estremamente ambigua ed incerta, soprattutto se considerato come

³⁵⁹ Commissione di Diritto Internazionale, *Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 222

³⁶⁰ F. Shaheed, *Reflections on Hassan v UK: A Mixed Bag on the Right to Liberty (Part 1)*, in *Just Security*, 10 ottobre 2014, <www.justsecurity.org/16170/reflections-hassan-uk-mixed-bag-liberty-2/> (consultato il 13 luglio 2026); v. anche F. Shaheed, *Reflections on Hassan v UK: A Mixed Bag on the Right to Liberty (Part 2)*, in *Just Security*, 14 ottobre 2014, <www.justsecurity.org/15942/reflections-hassan-uk-mixed-bag-liberty/> (consultato il 13 luglio 2026)

³⁶¹ Corte EDU, *Hassan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 311), *Dissenting Opinion*, § 17

metodo legittimo di interpretazione di un testo giuridico, e finisce per produrre effetti sostanziali giuridici equivalenti alla disapplicazione, creando giurisprudenzialmente un nuovo motivo, non scritto, di privazione della libertà, in diretto conflitto con le disposizioni convenzionali³⁶².

La minoranza di Strasburgo conclude dunque ribadendo che, in sede di conflitto di norme, è necessario dare prevalenza alla Convenzione, per garantire il rispetto degli impegni assunti dalle Alte Parti contraenti³⁶³.

A nostro avviso, l'opinione dissenziente ha il merito di evidenziare il nervo scoperto della sentenza relativamente all'art. 5. Nonostante essa non offra una soluzione particolarmente innovativa, è opportuno rilevare l'utilità di proporre una strada pragmatica di tutela dei diritti che, pur non pienamente soddisfacente, costituisce una valida alternativa all'ampia interpretazione proposta dalla maggioranza.

Le conseguenze dell'approccio adottato dalla maggioranza della Corte in *Hassan* appaiono ancora più rilevanti per la tutela del diritto alla vita ai sensi dell'art. 2: poco rileva ai fini della presente analisi che in questo caso non siano state analizzate nel merito le presunte violazioni del diritto alla vita per assenza di giurisdizione; ciò che vale la pena sottolineare è che, con un'estensione del ragionamento della Corte, analogia legittimata *a fortiori* dal rimando al DIU formulato all'art. 15, paragrafo 2 ("legittimi atti di guerra"), un diritto sostanzialmente inderogabile diverrebbe contestualmente modulabile.

Poiché infatti lo stesso art. 15, paragrafo 2, contiene un riferimento implicito alle norme del diritto internazionale umanitario, la Corte evita di ricorrere al meccanismo di deroga previsto dalla Convenzione - che, con riferimento al diritto alla vita, si traduce nella sua assoluta inderogabilità - e sceglie invece di integrare il proprio scrutinio attraverso il richiamo al complesso normativo del DIU. La formale inderogabilità dell'art. 2 CEDU viene così sottoposta a una forma di

³⁶² Tale conclusione è sostenuta anche da L. Hill-Cawthorne, *The Grand Chamber Judgment in Hassan v UK*, in *EJIL: Talk!*, 16 settembre 2014, <www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/> (consultato il 15 luglio 2026); nonché da M. Milanović, *A Few Thoughts on Hassan v United Kingdom*, in *EJIL: Talk!*, 22 settembre 2014, <www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/> (consultato il 15 luglio 2026), secondo cui: "the Court had effectively read into Article 5(1) ECHR an extra permissible ground for detention where consistent with the Third and Fourth Geneva Conventions, and it read down the requirement of habeas corpus in Article 5(4) to allow for the administrative forms of review under the Fourth Geneva Convention"

³⁶³ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, art. 19: "Al fine di assicurare il rispetto degli impegni derivanti per le Alte Parti Contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di seguito denominata "la Corte". Essa funziona in modo permanente."

adattamento interpretativo al contesto bellico, mediante il quale il contenuto sostanziale della garanzia viene ridefinito e ampliato alla luce delle regole applicabili nei conflitti armati.

Del resto, sia detenzione sia uccisione sono i contesti più rilevanti in materia, poiché sono proprio quelli in cui i due regimi giuridici in questione portano a soluzioni opposte. In particolare, riguardo al diritto alla vita, mentre da un lato la Corte europea, come anche il Patto, stabiliscono il divieto di ogni privazione arbitraria, salvo che essa derivi da un impiego della forza necessario, o sia il risultato di un lecito atto di guerra, il DIU esclude il requisito della stretta necessità³⁶⁴.

Non si può ignorare che la portata metodologica di *Hassan c. Regno Unito* è sistemica: la Corte ha sdoganato l'interpretazione del DIU tramite la Convenzione di Vienna, sollevando la questione dell'applicabilità del medesimo canone ermeneutico all'art. 2, come verrà dimostrato dalla giurisprudenza successiva.

3.4.4 L'eredità di *Hassan* nel contenzioso CEDU: *Georgia c. Russia*

Recentemente, la Corte di Strasburgo si è pronunciata su tre ricorsi concernenti l'applicabilità della Convenzione europea nel contesto dei conflitti armati: due giudizi contro la Federazione russa, promossi rispettivamente dalla Georgia e congiuntamente da Ucraina e Paesi Bassi, e un altro procedimento contro la Germania. Tali pronunce hanno contribuito a delineare i limiti e le condizioni entro cui la tutela convenzionale dei diritti fondamentali opera in situazioni di conflitto armato.

In *Georgia c. Russia* (2021) la Corte ha affrontato direttamente il tema del conflitto armato in una maniera che, a detta stessa della Corte, non è soddisfacente: nell'esaminare la sussistenza di giurisdizione della Federazione russa nel contesto del conflitto internazionale nei territori georgiani, viene messo in pratica un *distinguishing* tra fase attiva delle ostilità e fase successiva al cessate il fuoco.

Durante la prima, la Corte ritiene che sia da escludere la giurisdizione e dunque lo scrutinio riguardo le violazioni dei diritti da parte dello Stato parte, essendo la

³⁶⁴ Il funzionamento di questo conflitto emerge chiaramente nella decisione della Corte suprema israeliana *Targeted Killings*, in cui la Corte stabilì dapprima che un terrorista non può essere oggetto di un'uccisione mirata qualora il danno prevedibilmente arrecato ai civili circostanti sia sproporzionato rispetto al vantaggio militare concreto e diretto derivante dalla sua eliminazione, e poi che un terrorista non può essere ucciso se è possibile ricorrere a mezzi meno lesivi, ad esempio catturarlo e sottoporlo a processo. Questa seconda condizione risponde ad una regola del diritto dei diritti umani, ed è utilizzata per limitare l'applicazione di una regola del DIU. Vd. Corte suprema israeliana, *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, 11 dicembre 2006, ric. n. HCJ 769/02, in *International Legal Materials*, vol. 46, n. 2, 2007, p. 375 (*Targeted Killings*), § 40

giurisdizione condizione necessaria per la responsabilità ai sensi della Convenzione, per il fatto che non è riscontrabile un controllo sul territorio. Secondo la Corte EDU, la realtà stessa della guerriglia armata che cerca di stabilire controllo su un territorio in un “context of chaos” implica l’assenza di controllo effettivo; se è vero che in altri casi è stato applicato il concetto di autorità e controllo sugli individui a situazioni che vanno oltre il mero controllo fisico, la Corte commenta che si trattava di atti isolati e specifici che implicavano un elemento di prossimità, mentre nel caso di specie i bombardamenti e colpi di artiglieria da parte delle forze armate russe non solo escludono il controllo dello Stato sul territorio, ma anche l’autorità dello Stato sugli individui³⁶⁵.

Tuttavia, non si può ignorare che la Corte commetta un ragionamento in parte apodittico, affermando che tale conclusione è confermata dalla prassi di non derogare all’art. 15, suggerendo che gli Stati, nel partecipare al conflitto, considerino di non esercitare giurisdizione ai sensi della CEDU. Nell’opinione di chi scrive, giustificare il ragionamento dei giudici chiamando in causa quello che dovrebbe essere il presupposto oggettivo del loro scrutinio, vale a dire l’attivazione del meccanismo ex art. 15, appare eccessivamente deferente nei confronti dello Stato, e, come affermato dalla stessa Corte poco più avanti, appare insoddisfacente nei confronti delle vittime di atti o omissioni avvenuti durante la fase attiva delle ostilità. Ancora più insoddisfacente appare il passaggio in cui la Corte dichiara irricevibile il ricorso ammettendo di non poter sviluppare ulteriormente la nozione di giurisdizione, anche a causa dell’ “elevato numero di presunte vittime e incidenti contestati, mole delle prove, difficoltà di accertamento dei fatti rilevanti e il fatto che tali situazioni sono disciplinate da norme diverse da quelle della Convenzione”³⁶⁶. Esso sembra suggerire, in un’infelice formulazione, che più una violazione sia complessa da accertare, e addirittura più presunte vittime o violazioni ci siano, più sia giustificato il rigettare la competenza di scrutinio giurisdizionale; secondo questo paradossale e - è preferibile pensare - colposamente erroneo ragionamento, la complessità della tutela sostanziale e processuale sarebbe inversamente proporzionale alla necessità di accertamento.

Al contrario, nella fase successiva al cessate il fuoco, riconoscendo la massiva presenza militare russa nei territori, nonché il sostegno economico e finanziario fornito dalla Federazione alle due repubbliche separatiste dell’Ossezia del Sud e dell’Abkhazia, e

³⁶⁵ Corte EDU, *Georgia c. Russia* (II), cit. (v. sopra, nota 275), §§ 126-138; Corte EDU, *Hassan c. Regno Unito*, cit. (v. sopra, nota 311), § 36

³⁶⁶ *Ibid.*, §§ 140-141

richiamandosi alle informazioni contenute, tra altri, nel rapporto della Missione internazionale di accertamenti dei fatti dell'UE, che cita anche Human Rights Watch e il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa riguardo alla dipendenza economica, finanziaria, militare e politica tra la Russia e le due regioni, la Corte ha ritenuto che lo Stato convenuto esercitasse un controllo effettivo su tali regioni e sulla zona cuscinetto su cui il Primo ministro russo Vladimir Putin aveva dichiarato che le guardie di frontiera russe erano responsabili, procedendo dunque ad analizzare le violazioni avvenute durante tale fase nel merito³⁶⁷.

A questo punto, è lecito interrogarsi circa questa distinzione in fasi, che se da un lato restituisce un quadro più chiaro e preciso del caos del diritto dei conflitti armati, appare dall'altro preoccupante, poiché la Corte abdica al ruolo di tutela dei diritti proprio quando è ragionevole pensare che essi siano più compressi.

La Corte conduce il proprio ragionamento richiamando, nella sezione dedicata alla “relazione tra le previsioni convenzionali e le regole del diritto internazionale umanitario”, il caso *Hassan*, finendo per allinearsi alla posizione dello Stato ricorrente. Lo Stato convenuto, invece, obiettava che l'impostazione adottata in *Hassan* appariva errata quando “riteneva possibile utilizzare il DIU come criterio interpretativo della Convenzione, come concessione formulata da uno Stato nel procedimento relativo ad *Hassan*”. Secondo la Federazione Russa, infatti, “una cosa è affermare che il DIU possa essere utilizzato per modulare i diritti convenzionali in una situazione di detenzione [...], altra cosa è sostenere che la CEDU trovi applicazione nel contesto di un conflitto armato e del caos che ne consegue, o affermare che la Corte possa adattare la Convenzione al DIU in termini generali”³⁶⁸.

La Russia richiama a sostegno di tale conclusione due rilievi che sembra opportuno riportare: da un lato, “the *ultra vires* issue”, vale a dire il fatto che gli Stati costituenti della CEDU non hanno mai convenuto che la Corte debba pronunciarsi su questioni disciplinate dal DIU. L'art. 35 CEDU, infatti, stabilisce che la Corte EDU è competente a conoscere delle questioni concernenti interpretazione e applicazione “della Convenzione e dei suoi Protocolli”, e non delle Convenzioni di Ginevra. A dimostrazione di ciò, gli Stati parti della Convenzione sono parti delle Convenzioni ginevrine, e hanno in tale contesto respinto la proposta di attribuire alla Corte

³⁶⁷ *Ibid.*, §§ 164-175

³⁶⁸ *Ibid.*, § 86

internazionale di giustizia una competenza generale sulle controversie concernenti il DIU, dimostrando che nessuno degli strumenti di diritto internazionale attribuisce a un tribunale competenza generale a conoscere delle violazioni del DIU”³⁶⁹.

Ancora, la Russia ha sostenuto che il carattere di *living instrument* della Convenzione non dovrebbe manifestarsi in un’evoluzione indefinita: in una suggestiva metafora in cui il diritto dei diritti umani è paragonato a una pianta, il passaggio della sentenza riporta che un’interpretazione che si allontana eccessivamente dalle proprie radici comporta il rischio per l’albero del diritto di “morire o essere potato eccessivamente”, cioè essere fortemente ridimensionato fino a vedere la sua efficacia ed effettività neutralizzate.

Ponendosi apertamente in contrasto con la maggioranza del *leading case*, lo Stato convenuto respinge che gli Stati non derogino formalmente nei conflitti armati considerando che le loro condotte saranno interpretate secondo il DIU, ma non derogano perché non prevedono che il diritto internazionale troverà applicazione in tale contesto. La seconda motivazione addotta consiste nell’ “inconsistency”, incompatibilità, per cui la Convenzione non sarebbe concepita per disciplinare i conflitti armati; a riprova di ciò, i diritti garantiti dalla Convenzione difficilmente si conciliano con le norme del DIU, e non sono mai stati concepiti per operare congiuntamente.

3.4.5 L’eredità di Hassan nel contenzioso CEDU: *Hanan c. Germania e Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*

Dopo meno di un mese, la Corte EDU si è nuovamente confrontata con il “caotico contesto” dei conflitti armati nel caso *Hanan c. Germania*, in cui ha costruito un approccio successivamente seguito in altri giudizi. Il caso riguardava la morte di alcuni civili a causa di un bombardamento ordinato da un comandante tedesco contro due autocisterne di carburante catturate dai talebani in Afghanistan. In tale contesto, la Corte rigettò la difesa del governo tedesco che, richiamando la sentenza *Hassan c. Regno Unito*, sosteneva che il DIU dovesse essere il parametro adeguato a valutare le violazioni del caso, affermando invece che non vi era alcun conflitto normativo sostanziale tra le norme del DIU applicabili al caso di specie e quelle dell’art. 2 CEDU in materia di requisiti di un’indagine effettiva. Pertanto, la Corte poteva “limitarsi a esaminare i fatti del caso sulla base della propria giurisprudenza, senza dover affrontare la questione se fossero soddisfatti i requisiti che consentono di tenere conto del contesto e delle norme di diritto internazionale umanitario nell’interpretazione e nell’applicazione della

³⁶⁹ *Idem*

Convenzione, in assenza di una formale deroga ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione”³⁷⁰.

Questo approccio è stato richiamato dalla Corte in *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, un caso originato da vari ricorsi nel contesto del conflitto in Ucraina, iniziato nel 2014 e aumentato notevolmente in termini di estensione e intensità in seguito all'invasione del 24 febbraio 2022. Il caso riguarda in particolare l'abbattimento del volo MH17 sopra il territorio ucraino. Con riguardo ai fatti anteriori alla recente invasione russa, la Corte EDU aveva già accertato che gli attacchi militari condotti dalla Federazione russa erano diretti esclusivamente ad acquisire e mantenere il controllo effettivo sul territorio ucraino, attraverso l'eliminazione del potere e dell'autorità del legittimo governo³⁷¹. *A fortiori*, evidenzia senza incertezze che le azioni militari successive al febbraio 2022 rappresentavano la prosecuzione ed *escalation* della strategia russa, finalizzata alla “distruzione dell'Ucraina quale Stato indipendente e sovrano mediante l'annessione di parte del suo territorio e la sottomissione del resto del Paese all'influenza e controllo russi”³⁷². Difatti, la Corte rifiuta che il contesto di aggressione russa costituisca un “contesto di caos” riconosciuto in *Georgia c. Russia*, concludendo che la Federazione russa “ha assunto un grado di responsabilità nei confronti delle persone colpite, esercitando, tramite le proprie forze armate *de iure* e *de facto*, autorità e controllo sugli individui colpiti dagli attacchi militari, che rientrano pertanto nella giurisdizione russa ai sensi dell'art. 1 della Convenzione”³⁷³. La Corte ha rilevato che ciò sussiste fino al 16 settembre 2022, data in cui la Federazione russa ha cessato di essere Alta Parte Contraente della Convenzione.

Il ragionamento si basa sul precedente *Pivkina e altri c. Russia*³⁷⁴, in cui la Corte EDU aveva stabilito che una situazione continuativa rientrava nella sua competenza *ratione temporis* solo per i fatti verificatisi prima della data di cessazione dell'applicazione della Convenzione, specificando tuttavia che, nel caso di effetti continuativi comprovati della violazione derivanti da un atto adottato prima della data di cessazione, l'intero periodo

³⁷⁰ Corte EDU, *Hanan v. Germany*, [GC], 16 febbraio 2021, ric. n. 4871/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD000487116, §§ 198-199

³⁷¹ Corte EDU, *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, [GC], cit. (v. sopra, nota 131), § 358; Vd. anche Corte EDU, *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, [GC], (dec.), 25 gennaio 2023, ric. nn. 8019/16, 43800/14 e 28525/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0125DEC000801916, § 651

³⁷² Corte EDU, *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, [GC], cit. (v. sopra, nota 131), § 360

³⁷³ *Ibid.*, § 361

³⁷⁴ Corte EDU, *Pivkina e altri c. Russia*, 6 giugno 2023, ric. nn. 2134/23, 4556/23, 12899/23, 2156/23, 7800/23, 11065/23, 13850/23, ECLI:CE:ECHR:2023:0606DEC000213423

durante il quale si erano prodotti rientrava nella sua competenza. In *Ucraina c. Russia* la Corte, considerando che le violazioni consistevano in pratiche amministrative sistematiche e non situazioni continuative riferite a singole violazioni individuali, ha negato la competenza a esaminare nuovi episodi di pratiche verificatisi dopo il 16 settembre 2022³⁷⁵.

La Corte ha colto l'occasione per rimarcare che, come dimostrato dalla giurisprudenza, le specifiche disposizioni del DIU non sostituiscono né escludono le garanzie offerte dalla Convenzione, ma sono utilizzate quale criterio interpretativo per determinare la portata dei diritti convenzionali in tali contesti. Difatti, “non esiste circostanza nella quale il DIU si possa applicare escludendo totalmente le garanzie convenzionali, e nei conflitti armati internazionali le garanzie previste dalla Convenzione continuano a trovare applicazione”³⁷⁶.

La Corte ha sottolineato nuovamente che esiste un dovere a interpretare la Convenzione europea in armonia con il diritto internazionale “per quanto possibile” (“as far as possible”). Tuttavia, possono verificarsi situazioni in cui un'interpretazione armonizzatrice non sia possibile in assenza di una deroga ai sensi dell'art. 15, poiché le rispettive disposizioni risultano incompatibili.

Di nuovo, la Corte EDU evita di ricorrere alla clausola dei “legittimi atti di guerra” richiamandosi al precedente di *Hassan* e consentendo l'ingresso all'intero blocco del diritto internazionale umanitario quale parametro esterno di valutazione.

Appare particolarmente interessante ai fini della discussione che concerne il diritto alla vita il contributo della Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, la quale sostiene che, se da un lato l'assenza di una deroga formale ai sensi dell'art. 15 non dovrebbe impedire alla Corte EDU di tenere conto del contesto del conflitto armato e delle norme del DIU nell'applicazione delle garanzie convenzionali, dall'altro sta emergendo una prassi di notificazione tale per cui uno Stato che di fatto abbia derogato alla Convenzione senza notificare dovrebbe essere ritenuto responsabile³⁷⁷. La Geneva Academy ha osservato che, essendo l'art. 2 concepito per situazioni di ordine pubblico in tempo di pace, esso deve essere armonizzato con il DIU. La questione decisiva rimane dunque individuare in cosa consistano i “legittimi atti di guerra”. Ai sensi del DIU, essi rappresentano il paradigma delle ostilità in cui il ricorso

³⁷⁵ *Ibid.*, § 186

³⁷⁶ *Ibid.*, § 428

³⁷⁷ *Ibid.*, § 404

alla forza è intrinseco alla guerra, tenendo conto del fatto che lo scopo ultimo delle operazioni militari consiste nel prevalere militarmente; secondo il diritto dei diritti umani, invece, si crea un paradigma di *law enforcement* in cui la forza letale può essere impiegata solo ed esclusivamente come *extrema ratio* per proteggere la vita. Vengono individuate tre situazioni di rilievo: la prima riguarda attacchi intenzionali, indiscriminati e sproporzionati contro i civili, che costituiscono violazioni del DIU e comportano altresì una violazione ex art. 2 CEDU. Le garanzie accordate dai due sistemi, pertanto, si sovrappongono.

La seconda situazione concerne uccisioni incidentali di civili che non integrano violazione del DIU, che tollera un livello di perdite civili accidentali maggiore rispetto al paradigma del *law enforcement*. In questi casi, a detta della Geneva Academy, la Corte dovrebbe adattare (“accomodate”) il profilo sostanziale dell’art. 2 ai principi di distinzione e proporzionalità propri del diritto internazionale umanitario, analogamente a quanto fatto in *Hassan*. Di conseguenza, un attacco conforme alle norme del DIU dovrebbe essere considerato *prima facie* lecito anche ai sensi dell’art. 2 CEDU.

La terza situazione proposta riguarda i casi sorti nei contesti di un conflitto armato ma disciplinati dal paradigma dei diritti umani del *law enforcement*, in cui i criteri applicabili restano quelli propri delle operazioni in tempo di pace, interpretati tenendo conto del contesto. In conclusione, l’approccio appena esposto è fortemente casistico e differenziato, e prevede che quando l’impiego della forza riguardi la conduzione di ostilità anche le norme convenzionali debbano essere interpretate alla luce dei principi del DIU.

3.5 “Chalk and cheese”: esclusione o armonizzazione nel rapporto tra CEDU e DIU

È chiaro, dunque, da questa analisi che, in questo ambito, il diritto internazionale si pone ai confini con il diritto internazionale umanitario; esaminare il rapporto tra questi due rami del diritto appare complesso ma necessario a dirimere le controversie in materia di conflitti armati, alla luce dei principi umanitari e delle normative internazionali.

Come messo in luce in precedenza, diritto umanitario e diritto dei diritti umani hanno origini diverse e caratteristiche divergenti. Il DIU si basa infatti sul sostanziale equilibrio tra necessità militare e umanità, in cui la necessità militare è “l’impiego di una forza regolata, non vietata dal diritto internazionale, indispensabile per ottenere la pronta sottomissione del nemico con il minimo dispendio possibile di risorse umane ed

economiche”³⁷⁸. Tale equilibrio si realizza, secondo alcuni studiosi, secondo le direttive della proporzionalità, con un autentico compromesso tra esigenze militari ed umanitarie, entrambe riconosciute come meritevoli di tutela. È qui che compaiono i concetti di “danno collaterale”, “necessità militare imperativa” o “sofferenza inutile”³⁷⁹. Diversamente da quanto vale per i diritti umani, il diritto umanitario non conosce l’istituto della deroga, perché è stato creato *ad hoc* per tali situazioni. Dunque, un esercito non potrebbe giustificare la violazione del DIU adducendo una posizione militare sfavorevole o una coincidenza cronologica sfortunata.

Il diritto internazionale dei diritti umani ha una genesi profondamente diversa, che affonda le sue radici in una commistione di correnti di pensiero quali le concezioni religiose, la teoria del diritto naturale, il positivismo utilitarista o i movimenti socialisti, e ha uno sviluppo più complesso da sintetizzare, come è intuibile pensando alle diverse generazioni della storia dei diritti umani. In maniera incisiva, Bill Bowring sostiene, a proposito del rapporto tra i due sistemi, che “Chalk is being compared with, or even substituted by, cheese. Or still worse, the two are being mixed together: chalky cheese is horribly indigestible, while cheesy chalk is no good at all for writing on black-boards”³⁸⁰. Con questa metafora, l’autore evidenzia come la pretesa di assimilare diritti umani e diritto umanitario rischi di tradursi in un paradosso concettuale; pur condividendo un nucleo assiologico comune di salvaguardia della dignità umana, i due blocchi normativi sono caratterizzati da differenze strutturali ed ontologiche profonde, che investono genesi, natura e funzione stessa dei rimedi previsti, e creare, per l’appunto, un “formaggio gessoso” rischia di depotenziare entrambi, militarizzando i diritti umani e giuridicizzando le ostilità.

In tale contesto, anche l’opportunità e la necessità stessa delle deroghe sono direttamente collegate al modo in cui si concepisce il rapporto tra diritti umani e DIU.

Se è certo, come confermato sia dai lavori preparatori, sia dalla lettera della legge, sia dalla Corte internazionale di giustizia, che i trattati sui diritti fondamentali continuano ad applicarsi anche durante i conflitti armati, è completamente dubbio se fosse nella

³⁷⁸ U.S. Department of the Air Force, *International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, Air Force Pamphlet (AFP) 110-31, 19 novembre 1976

³⁷⁹ L. Doswald-Beck, S. Vité, *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 33, n. 293, 1993, p. 100

³⁸⁰ B. Bowring, *Fragmentation, Lex Specialis and the Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, n. 3, 2009, p. 385

mente dei padri costituenti della CEDU o del Patto dei diritti civili e politici stabilire qualcosa di specifico sul rapporto con il DIU.

Theodor Meron sottolinea come gli studiosi abbiano dato per scontato che, nelle situazioni di conflitto, debba applicarsi uno o l'altro regime. Draper, ad esempio, ha scritto che, nei conflitti armati, "il regime dei diritti umani rimane lì, sullo sfondo, pronto a riprendere il controllo una volta che il conflitto si attenua"³⁸¹. Tuttavia, nella realtà questo non avviene spesso.

Alcuni, come MacBride, sostengono una visione più rigida, per cui quando un governo desidera sottrarsi ai propri obblighi convenzionali, dovrà formalmente sostenere che esiste uno "stato di emergenza pubblica che minaccia la vita della nazione"³⁸².

Di seguito, ai fini di comprendere interamente i percorsi ermeneutici della Corte EDU esposti sopra, cercheremo di fornire una panoramica delle principali teorie di armonizzazione, o, per usare le parole della Corte, di *accomodamento*, secondo le quali è possibile risolvere un conflitto tra rami del diritto differenti, e colmare quella che Meron definisce una "lacuna normativa particolarmente pericolosa"³⁸³.

È doveroso accennare preliminarmente cosa si intenda per conflitto normativo. In termini generali, esiste un rapporto di conflitto tra norme quando l'applicazione di una di esse costituisce, ha determinato o può determinare la violazione dell'altra.

Il presupposto dell'analisi che segue consisterà dunque nell'esaminare condotte presumibilmente lecite ai sensi del DIU, ma potenzialmente illecite per il diritto dei diritti umani.

Milanović distingue tra tecniche di risoluzione del conflitto ("conflict resolution"), che implicano che una norma prevalga sull'altra, e tecniche di evitamento ("conflict avoidance") del conflitto, che elimina l'incompatibilità tramite la coniazione di canoni ermeneutici conciliativi, per risolvere i conflitti normativi, rifacendosi alla distinzione tra conflitti normativi apparenti e conflitti normativi reali³⁸⁴.

³⁸¹ T. Meron, "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", cit. (v. sopra, nota 336)

³⁸² S. MacBride, *Human Rights in Armed Conflicts*, in *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 9, n. 2, 1970, pp. 373, 383

³⁸³ T. Meron, "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", cit. (v. sopra, nota 336), p. 603

³⁸⁴ M. Milanović, "A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law", in *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, n. 3, 2009, p. 459

L'autore affianca a queste categorie una terza eventualità, ossia quella del conflitto insanabile (“unresolvable”), per cui si rende necessaria una soluzione di natura politica. Uno di questi è il diritto alla vita.

3.5.1 Coordinamento normativo: il DIU come *lex specialis*

Il principio per cui *lex specialis derogat legi generali* è un principio generale del ragionamento giuridico riconosciuto nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei, il cui scopo è offrire un criterio di scelta pratico per risolvere l'antinomia normativa tra due norme incompatibili. Tra le due, dovrebbe dunque prevalere quella più specifica.

La teoria che vede il diritto internazionale dei diritti umani come *lex generalis* e il DIU come *lex specialis* è stata ulteriormente elaborata rispetto al modello tradizionale dalla Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo sulla liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari e nel parere sulla costruzione del muro di separazione in Palestina, che sono infatti i precedenti dottrinali citati in *Hassan c. Regno Unito*.

Come ha evidenziato Marko Milanović in uno studio riguardo le origini perdute del principio della *lex specialis* in materia, il principio non era generalmente invocato come strumento regolatore del rapporto tra i due sistemi normativi in esame, poiché non ci sono riferimenti ad esso prima di tali pareri, e comunque il modo in cui la Corte ha utilizzato l'espressione nei pareri in questione non corrisponde al principio della massima latina, che imporrebbe semplicemente la disapplicazione o sostituzione della norma generale a favore di quella speciale³⁸⁵. Il punto di partenza dei due pareri, tuttavia, è proprio che, salvo eventuali deroghe consentite, il diritto internazionale dei diritti umani non verrebbe disapplicato né sostituito dall'esistenza di un conflitto armato.

In particolare, nel primo parere richiamato, la Corte di giustizia, proprio in merito al diritto alla vita, aveva ribadito che esso, non rientrando nelle disposizioni derogabili, continua ad applicarsi anche nelle ostilità, ma deve al contempo essere interpretato alla luce della *lex specialis* che disciplina tali ostilità, vale a dire il diritto dei conflitti armati.

³⁸⁵ M. Milanović, “The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law”, in J.D. Ohlin (a cura di), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge University Press, 2016, p. 82; S. Borelli, “The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship Between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict”, in J.D. Ohlin (a cura di), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge University Press, 2016

La dottrina prevede che concetti propri e tipici del diritto dei conflitti armati, quali la necessità militare e il minimo danno collaterale, orientino l'interpretazione delle norme sui diritti umani, come quella che vieta la privazione arbitraria della vita.

La Corte afferma che “stabilire se una determinata perdita di vite umane causata dall'impiego di una specifica arma durante un conflitto costituisca una privazione arbitraria della vita, contraria all'articolo 6 del Patto, può avvenire soltanto facendo riferimento al diritto applicabile nei conflitti armati e non sulla base del solo testo del Patto stesso”³⁸⁶. La Corte proseguì dunque valutando la liceità delle armi nucleari alla luce dei principi umanitari fondamentali: in primo luogo il principio di distinzione, per cui sono vietate le armi incapaci di distinguere tra obiettivi civili e obiettivi militari, poiché mettono direttamente a rischio la popolazione, e in secondo luogo il principio per cui sono proibite le armi che provocano sofferenze inutili ai combattenti. Tuttavia, la Corte non giunse a una conclusione effettiva, dichiarando di non poter pronunciarsi in modo conclusivo in una situazione estrema di legittima difesa, nella quale fosse in gioco la sopravvivenza dello Stato.

Specificamente, la Corte afferma che, quando una vita viene soppressa durante un conflitto armato, stabilire se tale privazione sia arbitraria richiede di fare riferimento al DIU per quanto riguarda il “danno collaterale”, vale a dire la perdita di vite civili che deriva da atti di guerra altrimenti leciti. Il DIU, infatti, non vieta in modo assoluto l'uccisione di civili, ma proibisce un attacco “da cui ci si possa attendere una perdita incidentale di vite civili, lesioni ai civili, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di tali conseguenze, che risulti eccessiva rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto”³⁸⁷. In sostanza, per il DIU la necessità militare è idonea a giustificare un attacco che comporti una perdita incidentale di vite civili, purché non sproporzionata. Come sappiamo, secondo la Corte EDU l'art. 2 non tutela solo contro le uccisioni intenzionali, ma anche contro quelle situazioni in cui è consentito l'uso della forza e questo comporta, come conseguenza non intenzionale, la privazione della vita, come sancito nella giurisprudenza relativa al conflitto in Cecenia³⁸⁸. Il criterio adottato

³⁸⁶ Corte Internazionale di Giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit. (v. sopra, nota 260), § 25

³⁸⁷ Art. 51, par. 5, lett. b), del Protocollo I addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, 12 dicembre 1977, 1125 U.N.T.S. 3

³⁸⁸ Il funzionamento di questo bilanciamento emerge chiaramente in *Isayeva v. Russia*, in cui una bomba sganciata da un aereo russo esplose vicino al minibus della ricorrente e dei suoi familiari mentre cercavano di fuggire dal villaggio di Katyr-Yurt attraverso quella che ritenevano essere una via di uscita sicura in

dalla Corte di Strasburgo è in linea di principio quello della “stretta necessità” come necessità assoluta, per cui la forza impiegata deve essere strettamente richiesta e proporzionata al raggiungimento degli scopi legittimi perseguiti. Tuttavia, riconoscendo la legittimità di alcune misure eccezionali, o il fine legittimo di “reprimere un’insurrezione”, la Corte ha compiuto un esame di necessità e proporzionalità molto vicino ai criteri previsti dal DIU per valutare il danno collaterale, pur non applicando formalmente il DIU.

In questo caso, la Corte non risolve la questione centrale, cioè il rapporto tra i due sistemi, affermando di non poter escludere in modo assoluto la liceità dell’uso della armi nucleari in circostanze estreme.

Il secondo parere richiamato, relativo alla costruzione del muro nei territori palestinesi occupati, rappresenta un’evoluzione che si avvicina a un’attenuazione di quanto appena esposto: mentre la Corte, nel caso delle armi nucleari, aveva affermato che il DIU doveva costituire un parametro interpretativo, in questa sede evita di attribuirgli un ruolo sostitutivo assoluto, affidandogliene uno parziale, per cui “devono essere presi in considerazione entrambi questi settori del diritto internazionale”³⁸⁹. Come osservato infatti dal giurista Daniel Bethlehem, la Corte non svolge alcuna analisi del rapporto tra norme del DIU e norme del Patto applicabili, limitandosi piuttosto a combinare nella propria analisi diverse disposizioni appartenenti ai due ambiti”³⁹⁰.

Come spiega la professoressa Françoise Hampson, “la *lex specialis* non viene utilizzata per sostituire o soppiantare il diritto dei diritti umani, ma è piuttosto un’indicazione del fatto che gli organi di tutela dei diritti umani dovrebbero interpretare una norma in materia di diritti umani alla luce del diritto dei conflitti armati”³⁹¹.

Dopo questo caso, è interessante notare come la Corte abbia deliberatamente evitato di utilizzare il linguaggio della *lex specialis*.

Corte EDU, *Isayeva c. Russia*, cit. (v. sopra, nota 75). Vd. anche Corte EDU, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, 24 febbraio 2005, ric. nn. 57947/00, 57948/00 e 57949/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0224JUD005794700, § 32, in cui furono bombardati convogli civili al confine tra Cecenia e Inguscezia. Le autorità russe negarono che vi fossero state vittime civili, sostenendo che il convoglio trasportava combattenti e munizioni e che aveva aperto il fuoco contro un velivolo governativo

³⁸⁹ Corte Internazionale di Giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit. (v. sopra, nota 260), § 106

³⁹⁰ D. Bethlehem, *The Relationship Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, in R. Kolb, G. Gaggioli (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 185

³⁹¹ F. Hampson, I. Salama, *Working Paper on the Relationship between Human Rights Law and International Humanitarian Law*, 21 giugno 2005, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/14, § 57

L'ultima occasione in cui la Corte ha precisato il suo orientamento sul rapporto tra i sistemi normativi è stata la sentenza *Repubblica Democratica del Congo c. Uganda*, in cui lo Stato convenuto fu ritenuto responsabile per omessa vigilanza nel prevenire violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario commesse da soggetti presenti nel territorio occupato, inclusi ribelli che operavano autonomamente, in virtù della responsabilità che l'Uganda deteneva in quanto potenza occupante nel territorio della Repubblica Democratica del Congo.

Di fatto, la Corte non ha affrontato il conflitto tra norme, ma le ha considerate come appartenenti a sistemi complementari, destinati ad integrarsi reciprocamente, omettendo il riferimento al DIU come *lex specialis*.

Più recentemente, nel caso *Croazia c. Serbia* di applicazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del genocidio, la Corte ha sottolineato che tale Convenzione e il DIU “sono sistemi normativi distinti che perseguono finalità differenti. [...] Nella misura in cui questi sistemi normativi possono essere applicabili in un determinato conflitto armato, le norme del DIU *possono* essere rilevanti per stabilire se gli atti contestati costituiscano genocidio ai sensi della Convenzione”³⁹². Queste osservazioni della Corte sembrano rappresentare un ulteriore passo verso il progressivo abbandono dell'uso della terminologia della *lex specialis*, nonché verso la sua insufficienza per risolvere l'interazione tra norme di differenti aree del diritto³⁹³.

Marko Milanović, scrivendo a proposito delle “frontiere dei diritti umani” e all'epoca in cui i casi analizzati sopra erano pendenti davanti alla Corte EDU, ricostruisce quattro

³⁹² Corte Internazionale di Giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Merits, Sentenza del 3 febbraio 2015, *ICJ Reports 2015*, p. 3, §§ 153-154

³⁹³ È interessante segnalare che la Corte Suprema del Regno Unito, nel caso *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, 17 gennaio 2017, §§ 231-232, 271-272, propone un'analisi dettagliata del rapporto tra Convenzione europea e DIU in termini di *lex specialis*. Il caso riguardava la detenzione di un cittadino afgano, sospettato di essere membro dei talebani, da parte delle truppe britanniche operanti nella International Security Assistance Force delle Nazioni Unite. Uno degli argomenti del governo era proprio che le norme del diritto dei diritti umani sono concepite per essere applicate in tempo di pace, mentre il DIU è stato appositamente sviluppato per le situazioni di conflitto armato, che dunque, in quanto *lex specialis*, sostituiscono o integrano le disposizioni applicabili di un trattato sui diritti umani. La Corte britannica proponeva tre possibili modalità di funzionamento del principio, illustrate dal giudice Leggatt: la sostituzione totale, la versione “più debole”, per cui la CEDU continua ad applicarsi ma, in caso di conflitto normativo, prevale il DIU in quanto disciplina più adatta alla situazione, e la versione “più modesta”, in cui la *lex specialis* opera come criterio interpretativo. La prima tesi venne radicalmente respinta, così come la seconda, con l'argomentazione per cui non era idonea a disciplinare il rapporto tra i due rami del diritto poiché la Convenzione contiene già una disposizione destinata a consentire agli Stati di derogare ad alcuni obblighi in situazioni di emergenza, compresa esplicitamente la guerra. Il giudice non ravvisò difficoltà ad accogliere invece la terza versione, avvicinando sensibilmente la terminologia della *lex specialis* al principio di interpretazione sistemica che esamineremo tra poco.

soluzioni possibili al conflitto di norme che si basano sul DIU come *lex specialis*, in cui risuonano quelle della Corte Suprema britannica³⁹⁴.

La prima prevede la disapplicazione delle norme in materia di diritti umani, linea sostenuta in prima battuta da diversi Governi convenuti, che si basa sulla mancata applicazione extraterritoriale della CEDU e sull'applicazione del DIU escludente e sostitutiva dei trattati sui diritti umani, secondo il principio della *lex specialis* come totale sostituzione. Tuttavia, lo studioso evidenzia come questo approccio sia sempre più indifendibile: l'extraterritorialità della CEDU è stata infatti parzialmente sdoganata dalla giurisprudenza, e l'impostazione risente inoltre della rigida e classica distinzione tra diritto alla guerra e diritto alla pace, che non trova ormai fondamento nel diritto internazionale, ed è stata infatti contraddetta da praticamente tutte le autorità competenti. La seconda opzione consiste nell'integrazione sistemica, con l'interpretazione degli standard sostanziali in materia dei diritti umani alla luce delle pertinenti norme del DIU. Per esempio, dunque, nel valutare se un'uccisione sia arbitraria, si farebbe riferimento alle norme relative al *targeting*, alla precauzione degli attacchi, alle armi vietate, ecc. Questa è, in sostanza, l'impostazione adottata dalla Corte internazionale di Giustizia nel parere consultivo sulle armi nucleari, ed è definibile come *lex specialis* quale strumento interpretativo volto a evitare i conflitti normativi. Anche questa opzione, tuttavia, è fallace, poiché eccessivamente aperta e arbitraria.

Il terzo approccio consiste nel combinare la teoria appena menzionata con il sistema delle deroghe. Eppure, si è visto a più riprese che questo stesso sistema non è adottato dagli Stati coinvolti.

L'ultima opzione prevede invece l'utilizzo della *lex specialis* come regola di risoluzione dei conflitti, secondo un meccanismo di sostituzione parziale, ma questo approccio non trova alcun riscontro in nessuna fonte formale del diritto internazionale. Neppure il parere consultivo della Corte di giustizia citato, infatti, intende abbracciare questo metodo quale regola capace di prevalere su un chiaro testo di un trattato in virtù del rapporto gerarchico tra generale e speciale; al contrario, la Corte utilizza la *lex specialis* come finestra aperta all'ingresso del DIU. Del resto, applicare questa teoria all'art. 2 CEDU renderebbe completamente superflua la possibilità di deroga prevista con riferimento alle morti derivanti dai legittimi atti di guerra.

³⁹⁴ M. Milanović, "Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict", in N. Bhuta (a cura di), *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, Oxford University Press, 2016, p. 29

Come segnalato da Milanović, l'attrattiva della *lex specialis* consiste nel fatto che essa conferisce, apparentemente, una obiettività a giudizi spesso manifestamente politici, aprendo un varco per sostanziali modifiche dei testi convenzionali tramite tale strumento interpretativo, finendo per ridimensionare un testo categorico includendovi eccezioni non scritte. Una versione forte della *lex specialis* renderebbe dunque le deroghe, che costituiscono invece uno strumento fondamentale per assicurare garanzie sostanziali e procedurali, completamente superflue.

È ragionevole ritenere che il principio della *lex specialis* sia stato accantonato in giudizi più recenti - perlomeno per quanto riguarda la terminologia - poiché esso è viziato *ab origine*. Esso presuppone infatti che una norma generale e una più specifica siano *eiusdem generis*, cioè legate da un rapporto di genere e specie che, logicamente, non può esistere tra norme appartenenti a settori differenti del diritto e non direttamente collegati. Inoltre, come già evidenziato, il modo in cui il DIU viene definito *lex specialis* dalla Corte internazionale di giustizia non corrisponde al brocardo originale, e questo utilizzo improprio ha contribuito a creare confusione e ad aprire la strada ad argomentazioni strumentali di alcuni governi.

Per i motivi illustrati, il principio della *lex specialis* è oggi irrilevante nell'ambito dell'interazione tra diritto internazionale dei diritti umani e DIU.

3.5.2 Coordinamento normativo: l'integrazione sistemica

La maggioranza degli organi internazionali di tutela dei diritti umani non sembra aver aderito alla dottrina appena illustrata, preferendo fondare il proprio ragionamento sul principio di interpretazione sistemica, ossia sull'obbligo di interpretare la Convenzione in armonia con le altre norme rilevanti e pertinenti del diritto internazionale, che trova fondamento normativo all'art. 31, paragrafo 3, lett. c) della Convenzione di Vienna. Esso si fonda sull'idea che il diritto internazionale costituisca un sistema giuridico unitario, in cui i diversi settori sono "un unico insieme di obblighi compatibili"³⁹⁵.

Ciò è confermato dalla prassi del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, che nel Commento generale n. 31 del 2004, successivamente dunque al parere consultivo sulle armi nucleari, ha affermato dapprima che il Patto si applica anche nelle situazioni di conflitto armato, e poi che "sebbene, con riferimento ad alcuni diritti garantiti dal

³⁹⁵ J. d'Aspremont, E. Tranchez, "The Quest for a Non-conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the Lex Specialis Principle?", in R. Kolb, G. Gaggioli (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 235-236

Patto, norme più specifiche del DIU possano essere rilevanti ai fini dell'interpretazione dei diritti riconosciuti dal Patto, i due settori del diritto sono complementari e non reciprocamente esclusivi³⁹⁶, rigettando dunque *in toto* la teoria della *lex specialis* come sostitutiva.

Tale approccio può ricordare quello a cui è approdata la Corte di giustizia nei casi più recenti, ma il Comitato appare più prudente, limitando la rilevanza del DIU solo ad alcuni diritti del Patto.

Inoltre, la natura complementare del rapporto tra diritto internazionale dei diritti umani e DIU trova conferma in dichiarazioni degli Stati e organi politici internazionali, nonché nella giurisprudenza delle Corti, nel testo delle clausole di deroga, e, soprattutto, nell'oggetto e scopo dei trattati³⁹⁷. Infatti, se i diritti umani spettano agli individui in quanto esseri umani, non è ragionevole pensare che i medesimi diritti debbano scomparire a seconda del contesto.

Anche la Commissione interamericana dei diritti umani³⁹⁸, come anche il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia³⁹⁹, hanno fatto ricorso a questo principio, rifacendosi alla complementarità dei due rami del diritto.

Come abbiamo visto, anche la Corte di Strasburgo evita di ricorrere alla *lex specialis* e sposa l'integrazione sistemica delle norme, ma sembra che alle volte, si rischi, seppur sulla base di premesse diverse, di causare un effetto sia equivalente a quello del principio della *lex specialis*: Borelli, riguardo ad *Hassan*, sostiene che l'integrazione per via della Convenzione di Vienna faccia in modo che il DIU sostituisca le norme della CEDU ove

³⁹⁶ Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, cit. (v. sopra, nota 294), § 11

³⁹⁷ Vd. ad es. Proclamazione di Teheran, Risoluzione XXIII, *Respect for Human Rights in Armed Conflicts*, 12 maggio 1968, UN Doc. A/CONF.32/41; Assemblea Generale ONU, Risoluzione 2444 (XXIII), 19 dicembre 1968; Assemblea Generale ONU, Risoluzione 2647 (XXV), 1 dicembre 1970; Consiglio di Sicurezza ONU, Risoluzione 237, 14 giugno 1967; Consiglio di Sicurezza ONU, Risoluzione 1649, 21 dicembre 2005; Consiglio di Sicurezza ONU, Risoluzione 1882, 4 agosto 2009. Vd. anche D. McGoldrick, "Human Rights and Humanitarian Law in the UK Courts", in *Israel Law Review*, vol. 40, n. 2, 2007, pp. 527, 531

³⁹⁸ Vd. Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Franklin Guillermo Aisalla Molina v. Ecuador (Ecuador – Colombia)*, Admissibility, Report No. 112/10, 21 ottobre 2010, § 121: "Due to their similarity and the fact that both norms are based on the same principles and values, international human rights law and IHL may influence and reinforce each other, following as an interpretative method that enshrined in Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which establishes that in interpreting a norm "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties" may be considered. The foregoing shows that international human rights law may be interpreted in the light of IHL and the latter may be interpreted in the light of international human rights law, as required"

³⁹⁹ Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Sentenza di primo grado, 22 febbraio 2001, Caso n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, §§ 470-488

esse risultano incompatibili, senza alcun fondamento né nel testo convenzionale né nella giurisprudenza della Corte, e rappresenta dunque una interpretazione *contra legem*⁴⁰⁰.

William Schabas dedica uno dei propri articoli all'approccio di risoluzione del conflitto tra norme adottato invece dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, vale a dire il cosiddetto "belt and suspenders approach", ossia della "cintura e delle bretelle"⁴⁰¹. Esso implica sostanzialmente che i due sistemi normativi abbiano effetto cumulativo grazie al quale l'individuo gode di una doppia protezione e beneficia della norma che gli offre la tutela più favorevole.

3.6 Osservazioni conclusive: l'approdo metodologico dell'interazione tra i sistemi

L'analisi della prassi dimostra che la Corte ha progressivamente abbandonato il modello rigido della *lex specialis* per sposare una tecnica di integrazione sistemica. Alcuni autorevoli giuristi hanno criticato le diverse teorie emerse sul rapporto tra DIU e diritto internazionale dei diritti umani.

Bowring, per esempio, sottolineando la profonda diversità storica, strutturale e funzionale tra i due sistemi normativi, si discosta dall'idea sostenuta da Quénivet secondo cui DIU e diritto dei diritti umani sarebbero ormai avviati verso una progressiva fusione in un unico quadro di protezione delle vittime. Secondo Quénivet, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa ai casi ceceni dimostrerebbe che la Corte ha già fatto ricorso, seppur implicitamente, a principi propri del DIU, come quelli relativi al vantaggio militare e alla necessità militare, applicandoli attraverso le categorie della CEDU senza un esplicito riferimento al diritto dei conflitti armati⁴⁰². Bowring invece sostiene che i due sistemi debbano rimanere distinti, e l'utilizzo di categorie del DIU all'interno dello scrutinio ai sensi della CEDU rischia di confonderli,

⁴⁰⁰ S. Borelli, "The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship Between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict", cit. (v. sopra, nota 385), p. 21

⁴⁰¹ W. A. Schabas, "Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict", in *Israel Law Review*, vol. 40, n. 2, 2007

⁴⁰² N. Quénivet, "The Right to Life in International Humanitarian Law and Human Rights Law", in R. Arnold, N. Quénivet (a cura di), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 341. In una prospettiva analoga, Hampson sostiene che gli organi di tutela dei diritti umani dovrebbero tenere maggiormente in considerazione il DIU, e anche Doswald-Beck, Vité e Reidy evidenziano come l'utilizzo del DIU da parte delle Corti sarebbe positivo perché aumenterebbe la conoscenza e il rispetto delle norme umanitarie

Vd. F. Hampson, I. Salama, *Working Paper on the Relationship between Human Rights Law and International Humanitarian Law*, cit. (v. sopra, nota 391), pp. 18, 25-26; L. Doswald-Beck, S. Vité, *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit. (v. sopra, nota 379), pp. 94, 99, 108; A. Reidy, "The Approach of the European Commission and Court of Human Rights to International Humanitarian Law", in *International Review of the Red Cross*, vol. 38, n. 324, 1998, pp. 513, 521

comportando differenze sostanziali in termini di soggetti responsabili, onere della prova e criteri di valutazione⁴⁰³. In proposito, egli parla di un “voltarsi dall’altra parte” della Corte di Strasburgo di fronte alle questioni di merito. William Abresch propone invece una tesi intermedia: pur riconoscendo che il DIU sarebbe il quadro giuridico più adeguato a disciplinare conflitti armati di alta intensità, come quello ceceno, egli sostiene che la Corte EDU abbia sviluppato autonomamente i propri standard attraverso il diritto alla vita previsto dall’articolo 2 CEDU. Secondo Abresch, la Corte avrebbe quindi applicato ai conflitti interni principi derivati dal modello delle operazioni di *law enforcement* (tipiche delle attività di polizia), piuttosto che i criteri propri della disciplina del *conduct of hostilities* prevista dal DIU⁴⁰⁴. Resta tuttavia da verificare se questa sofisticata operazione di coordinamento teorico regga alla prova dei fatti o se, al contrario, introduca profonde crepe nel sistema di tutela. È necessario prendere nota del fatto che l’applicazione congiunta dei due sistemi di tutela comporta il costo di un ridimensionamento della portata delle norme sui diritti umani che non deve essere eccessivo, poiché un indebolimento marcato delle garanzie derivanti dai trattati sui diritti umani vanificherebbe l’intero obiettivo degli stessi, e rischierebbe di comprometterne i valori tutelati anche in tempo di pace. È chiaro che il diritto alla vita costituisce un esempio di situazione in cui gli strumenti interpretativi della giustizia internazionale si rivelano insufficienti, e nessuna soluzione giuridica sembra risolvere in maniera soddisfacente le antinomie createsi, ritornando al concetto di “conflitto insanabile” di Milanović.

La Corte in *Hassan c. Regno Unito* ha optato per una soluzione interpretativa che occupa lo spazio funzionale che la clausola dei “legittimi atti di guerra” avrebbe dovuto disciplinare, con conseguenze sistemiche per la tutela del diritto alla vita, e nelle sentenze successive ha di fatto barattato il rigore testuale della clausola con il pragmatismo geopolitico.

Nel capitolo successivo si cercherà pertanto di riassumere le principali criticità dell’impostazione compromissoria adottata, soffermandosi sulle possibili ricadute di tale

⁴⁰³ F. Hampson, *The Relationship Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, in M. Lattimer, P. Sands (a cura di), *The Grey Zone: Civilian Protection Between Human Rights and Laws of War*, Hart Publishing (Bloomsbury UK), 2018

⁴⁰⁴ W. Abresch, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 4, 2005, pp. 741, 742

approccio metodologico sull'effettività della tutela del diritto alla vita e individuando possibili soluzioni operative.

Capitolo IV - Il prezzo del compromesso: derive sistemiche e prospettive future

4.1 L' "elefante nella stanza": il ruolo del DIU nella scrutinio CEDU

Come esposto nelle sezioni precedenti, la Corte di Strasburgo ha fatto ricorso al diritto internazionale umanitario come parametro interpretativo delle violazioni dei diritti tutelati dalla Convenzione europea.

Tuttavia, nel caso di violazioni riguardanti i diritti inderogabili, il rischio prospettato era quello di una inderogabilità puramente formale, che si arresta ove inizia una situazione caotica ed estrema come può essere un conflitto armato. Ma, essendo la norma che stabilisce l'inderogabilità la medesima rispetto a quella che si occupa delle emergenze, dovrebbe essere proprio in tali contesti che i diritti "più fondamentali" sono particolarmente protetti tramite la tutela rafforzata della inderogabilità.

Nella giurisprudenza analizzata riguardo all'ingresso del DIU nello scrutinio della Corte EDU, gli Stati convenuti non avevano attivato il meccanismo convenzionale dell'art. 15 predisposto per le situazioni di emergenza.

In particolare riguardo al diritto alla vita, si potrebbe sostenere che la Corte si sia appellata al DIU per garantire l'effettività del diritto alla vita in guerra; vale a dire, se la Corte avesse fatto riferimento all'eccezione dei "legittimi atti di guerra", questo avrebbe potuto portare a conseguenze preoccupanti e rilevanti, che si sarebbero tradotte - in poche parole - in un "tutto è lecito in guerra".

Tuttavia, questo non è avvenuto, perché nessuno Stato, né nessun giudizio, ha mai fatto riferimento alla clausola dei "legittimi atti di guerra" come eccezione della tutela del diritto alla vita nei conflitti armati.

Questa eccezione, tanto elastica quanto inutilizzata, è rimasta inerte nella giurisprudenza CEDU, ed è stata sostituita per via giurisprudenziale dal DIU. Lo stesso art. 15, difatti, si è dimostrato sostanzialmente inutile e inutilizzato, e la sua portata è stata ridimensionata, per non dire annullata, nel contesto dei conflitti armati. Al suo posto, la lacuna normativa è stata riempita con il DIU, fatto entrare in maniera non normata nello scrutinio.

La Corte ha dunque tentato di sopperire all'elasticità della formula convenzionale per via giurisprudenziale, senza però chiarire mai se il ricorso al DIU serva come parametro di delimitazione delle eccezioni di cui all'art. 15, di giustificazioni o sostituzione dell'art. 2 o di integrazione suppletiva della Convenzione.

L'art. 15, e con esso la clausola dei "legittimi atti di guerra" ivi contenuta, rimane un "elefante nella stanza" del contenzioso di Strasburgo che non è stato ancora regolato o chiarito.

Alcuni giuristi hanno addotto ragioni geopolitiche alle scelte metodologiche della Corte, sottolineando come, ad esempio in *Hassan c. Regno Unito*, Strasburgo non avesse interesse a porsi in aperto contrasto con la maggioranza dominante politicamente nel mondo, vale a dire, ancor più che il governo britannico, quello statunitense, e a condannare apertamente l'operazione in Iraq.

Altri invece hanno ritenuto che le difficoltà operative del contenzioso CEDU in materia di conflitti armati risiedano in primo luogo nella formulazione delle disposizioni convenzionali relative in particolar modo a vita e detenzione, che sono concepite esclusivamente in funzione del paradigma del *law and order*, ossia del mantenimento dell'ordine pubblico. Questo, ad esempio secondo Hampson, è il peccato originale dello scrutinio europeo.

Inoltre, la Corte europea non esercita una funzione generale di monitoraggio sulle situazioni dei diritti umani nei Paesi del mondo, ma è chiamata a pronunciarsi su ricorsi individuali⁴⁰⁵. Di conseguenza, essa non formula affermazioni di carattere generale, ma deve stabilire come i principi del testo convenzionale si applichino ai singoli casi. Nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, tuttavia, il metodo casistico per introdurre eccezioni di portata generale pone notevoli incertezze e preoccupazioni giuridiche sostanziali.

L'approccio adottato dalla Corte europea pone importanti problemi in relazione all'effettiva tutela del diritto alla vita nei conflitti armati, e pone inoltre numerosi quesiti giuridici. Lo scopo di questo capitolo è dunque formulare una potenziale risposta ad alcuni di questi.

4.2 Criticità dell'impostazione metodologica della Corte

L'approccio dogmaticamente strategico della Corte impone di esaminare le ricadute pratiche dell'ingresso del DIU sul diritto internazionale dei diritti umani in termini di certezza del diritto, prevedibilità delle decisioni e intensità del controllo giurisdizionale.

⁴⁰⁵ 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*, vol. 90, n. 871, pp. 571-572

4.2.1 La frammentazione asimmetrica del diritto internazionale

La diramazione delle fonti normative è un aspetto intrinseco del diritto in generale, e *a fortiori* del diritto internazionale, in cui non solo è fondamentale confrontare leggi di Paesi e contesti differenti e cercare di trovare un consenso su un ampio numero di principi, ma è necessario anche mettere a confronto i blocchi normativi che si creano nello stesso diritto internazionale affinché esso sia rispettato nel concreto.

Se si pensa anche solo al numero di convenzioni e trattati internazionali stipulati nella seconda metà del secolo scorso, è comprensibile come non sia sempre agevole armonizzare le norme ivi contenute, poiché, ad esempio, alcuni Stati potrebbero aver ratificato uno e non un altro testo.

Il tema che abbiamo finora trattato trova proprio nel punto dell'intersezione tra rami del diritto un'importante barriera applicativa, che per il diritto alla vita è stata goffamente risolta con il ricorso al diritto internazionale umanitario. Tuttavia, tale metodo non fa che aggravare il problema, portando nella pratica la criticità dogmatica del rapporto fra i due blocchi normativi.

La International Law Commission ha illustrato magistralmente questo aspetto problematico nello studio del 2006 “Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification of international law”⁴⁰⁶, che è richiamato anche nella sentenza *Hassan c. Regno Unito* su cui si è fondato il nostro ragionamento.

Lo studio delle Nazioni Unite si proponeva come primissimi obiettivi di formulare proposte strutturali per regolare la “funzione e portata della regola della *lex specialis*”, nonché “l'interpretazione dei trattati alla luce di qualsiasi norma pertinente di diritto internazionale applicabile ai rapporti tra le parti ai sensi dell'art. 31, paragrafo 3, lett. c) della Convenzione di Vienna”, nel contesto degli sviluppi del diritto internazionale e delle esigenze della comunità internazionale⁴⁰⁷. Esso prendeva le mosse dalla consapevolezza che la proliferazione normativa internazionale della seconda metà del Novecento non fosse stata coordinata su base regionale o funzionale, con la conseguenza che gli storici hanno definito il processo una “differenziazione funzionale”⁴⁰⁸, cioè la specializzazione delle componenti della società. Il fenomeno è stato catalizzato dalla globalizzazione che, mentre ha favorito un'uniformazione dello stile della vita sociale a

⁴⁰⁶ Commissione di Diritto Internazionale, *Fragmentation of international law: difficulties arising from diversification and expansion of international law*, cit. (v. sopra, nota 351)

⁴⁰⁷ *Ibid.*, pp. 1-2

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 3

livello mondiale, ha determinato maggiore frammentazione ai vertici dell'azione e organizzazione sociale. La Commissione osserva che il sorgere di sistemi altamente specializzati e prevalentemente autonomi, tra cui viene nominato esplicitamente il diritto internazionale dei diritti umani, non è che una conseguenza di questa tendenza.

Quest'ultima pone sia aspetti positivi che problematici: da un lato, comporta la formazione di sistemi normativi e prassi istituzionali incompatibili o confliggenti tra loro, e dall'altro rappresenta il riflesso dell'espansione del diritto internazionale con sovrapposizioni di mandato e incertezze metodologiche.

Alcuni studiosi hanno espresso forti preoccupazioni guardando alla frammentazione, ritenendo che essa possa portare a un'erosione del nucleo duro del diritto internazionale, con formazione di giurisprudenze contrastanti e crescente ricorso al *forum shopping*; altri l'hanno considerata un sistema metodologico burocratizzato e meramente tecnico. Come rilevato dalla Commissione - e ciò trova riscontro nella struttura stessa del presente studio in cui siamo partiti dalla lettera della legge per approdare alla concretezza del diritto quando calato nel contesto bellico -, la frammentazione solleva questioni istituzionali, che riguardano giurisdizione e competenza degli organi chiamati ad applicare il diritto internazionale, e questioni sostanziali sulla suddivisione dei diritti in "compartimenti stagni" ("*specialized boxes*")⁴⁰⁹.

La risposta del diritto internazionale "generale" a tale fenomeno consiste nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del diritto consuetudinario e dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, che unifica tutti i sistemi e regimi che fondano la propria forza vincolante sul diritto dei trattati. Le conclusioni della Commissione pongono le basi per la giurisprudenza della Corte EDU che permette il ricorso al DIU come strumento interpretativo. In primo luogo, infatti, lo studio stabilisce che la Convenzione di Vienna è lo strumento primario per risolvere i conflitti normativi, con particolare riguardo agli articoli 31, 32 e 33 relativi all'interpretazione dei trattati. Inoltre, viene riconosciuto come principio generale quello che riguarda l'armonizzazione, vale a dire la preferenza a interpretare le norme in modo tale da dare luogo a un insieme coerente e compatibile di organi giuridici. Riguardo alla massima della *lex specialis derogat legi generali*, la Commissione sottolinea come debba essere utilizzato un approccio casistico, in cui in ogni caso la norma generale non

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 5

si estingue ma continua a essere valida e applicabile per orientare l'interpretazione della disciplina speciale.

Il diritto internazionale umanitario viene esplicitamente incluso nei regimi di tipo autosufficiente ("*self-contained regime*"), in cui le norme di settore costituiscono unitariamente un unico regime speciale.

Nell'esaminare l'alternativa dell'interpretazione sistemica, la Corte afferma che essa debba essere applicata come presunzione interpretativa, caratterizzata dal fatto che le parti hanno inteso fare riferimento ai principi generali per disciplinare le questioni che i trattati non regolano espressamente, e dall'altro che non hanno inteso agire in modo incompatibile con i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.

Nel nostro caso, la criticità derivante da un diritto internazionale frammentato viene alla luce con potenza dirompente nella necessità di ricorrere a un ramo del diritto diverso per giudicare una violazione di un diritto fondamentale ai sensi di un sistema normativo per salvare il sistema da un'incoerenza logica di base. Il caso appare ancora più paradossale poiché il Consiglio d'Europa, pur con contraddizioni interne, aveva cercato maldestramente di regolare a priori il rapporto tra CEDU e diritto internazionale umanitario inserendo la clausola dei legittimi atti di guerra. Tuttavia, non si può affermare che il tentativo sia riuscito con successo: nei casi di specie, la Corte non ha fatto mai ricorso alla clausola in questione, e ha preferito consentire l'ingresso del DIU con un impacciato espediente giurisprudenziale.

In pratica, rimane da chiedersi se, a causa della frammentazione del sistema di tutela dei diritti a livello internazionale, la Corte stia di fatto abdicando alla propria funzione scrutinatrice e alla propria autonomia interpretativa di organo giuridico sovranazionale cedendo il passo alle norme umanitarie che regolano la liceità della privazione della vita. Mettendo a fuoco il sistema CEDU, tuttavia, questo effetto è distopico, poiché proprio riguardo al diritto alla vita l'impostazione europea non dovrebbe in linea di principio ritagliare spazi per le eccezioni. Questa prospettiva etica e ideologica viene smentita dallo stesso testo dell'art. 15, che rimanda invece al sistema che si occupa proprio di distinguere tra casi leciti e illeciti di privazione dei diritti più fondamentali, processo da cui, seguendo la logica dei padri fondatori europei, la Corte EDU si dovrebbe totalmente discostare.

L'artificio della clausola dei "legittimi atti di guerra", dunque, altro non è che un espediente sintomatico della frammentazione del diritto internazionale che non

risparmia nemmeno i diritti fondamentali; anzi, si potrebbe argomentare che si assiste a un vero e proprio paradosso per cui, nello strenuo tentativo di normare ogni possibile violazione e non lasciare alcun vuoto di tutela il rinvio ad altri rami del diritto finisce per produrre l'effetto opposto, dando vita a una iper regolamentazione che rischia di paralizzare il sistema stesso, con un depotenziamento delle garanzie che si intendevano preservare.

In tal modo, le norme della Convenzione europea cambiano pelle senza che il testo venga toccato, creando un problema di tenuta della gerarchia delle fonti mascherato in un metodo ermeneutico.

Milanović, nell'affrontare i conflitti normativi, premette come sia necessario ammettere che esistano situazioni in cui l'operazione conciliativa tra diritto dei diritti umani e DIU può fallire, creando un conflitto irrisolvibile. In tali casi, la scelta che rimane da fare è, a suo avviso, essenzialmente politica. In quanto tale, essa dovrebbe essere risolta dal medesimo legislatore che ha prodotto l'antinomia, perché nel momento in cui viene risolta da un giudice è facile che si applichino criteri del tutto arbitrari per attivare il DIU quando diventa moralmente intollerabile non farlo e disattivarlo quando diventa impraticabile, piuttosto che affrontare le questioni sostanziali fortemente controverse del conflitto tra norme. Egli mette in luce come affrontare un conflitto normativo possa essere più produttivo che evitarlo forzatamente, utilizzando oltretutto meccanismi già esistenti, come le deroghe⁴¹⁰.

In un altro contributo, lo stesso autore espande il concetto spiegando che, nel momento in cui la Corte EDU decide di far prevalere il DIU rispetto alle norme convenzionali, anche in assenza di deroga ex art. 15 CEDU, compie una valutazione di politica giuridica, decidendo di interpretare in maniera restrittiva ("*reading down*") il testo e riconducendolo a uno standard più flessibile, introducendo una significativa arbitrarietà nello scrutinio di norme categoriche quali l'art. 2 e l'art. 5 CEDU⁴¹¹. L'autore non si schiera drasticamente a favore di un'esclusione del DIU nello scrutinio delle violazioni dei diritti umani, ma cerca di individuare fino a che punto gli strumenti interpretativi a disposizione di una Corte internazionale possano rendere il sistema flessibile per rispondere a esigenze di equilibrio tra universalità ed effettività dei diritti umani in

⁴¹⁰ M. Milanović, "A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law", cit. (v. sopra, nota 384)

⁴¹¹ M. Milanović, "The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law", pp. 81-82, cit. (v. sopra, nota 385)

situazioni straordinarie. Come già anticipato, egli trova la risposta a tale linea di demarcazione di tutela nello strumento già presente delle deroghe. A nostro avviso appare pienamente condivisibile la riflessione dell'autore che sostiene che *Hassan*, in cui la Corte EDU decide solo quanto è “assolutamente necessario alla luce dei fatti del caso, fornendo indicazioni limitate per il futuro”⁴¹², costituisca l'esempio paradigmatico di un'occasione mancata per precisare criteri volti a un'applicazione coordinata del DIU e del diritto dei diritti umani, “essenziale per garantire un'adeguata protezione durante i conflitti armati e un'effettiva attuazione del quadro giuridico”⁴¹³.

4.2.2 L'incertezza del diritto e l'attenuazione del controllo giurisdizionale

Quel che rimane certo è che la Corte EDU ha messo da parte l'approccio di chi si barrica in una “torre d'avorio” nel valutare lo scrutinio dei diritti umani, rigettando progressivamente l'impostazione che prevedeva di ignorare il DIU rispetto alle questioni concernenti i diritti umani, evitando tuttavia di precisare in quale misura poter ricorrere al DIU nelle medesime questioni.⁴¹⁴ Se da un lato autorevoli giuristi sostengono che questo approccio abbia portato a un ampliamento della tutela per le persone coinvolte nei conflitti armati, fornendo loro un ulteriore foro nel quale presentare le proprie doglianze, è altrettanto vero che esso ha ricadute significative riguardo la certezza del diritto. In termini pratici, l'art. 15 costituisce il presidio normativo tipizzato per la salvaguardia dei diritti umani in tempo di guerra; appare dunque illogico ammetterne l'elusione proprio in ragione della sussistenza di tali medesimi contesti. Il cortocircuito logico e normativo che ne deriva compromette dunque drasticamente la prevedibilità del quadro giuridico, proiettando le norme in una dimensione di indeterminatezza e delineando il rischio di una deriva di anarchia interpretativa. Esso genera un perverso effetto incentivo per i governi: constatando che la mancata notifica della deroga non ostacola l'ottenimento di una flessibilizzazione sostanziale delle tutele, gli Stati risultano infatti incentivati a eludere la norma.

In un altro contributo, lo stesso Milanović spiega come la sostanziale modifica del

⁴¹² M. Milanović, *A Few Thoughts on Hassan v United Kingdom* in *EJIL:Talk!*, 22 ottobre 2014, disponibile al link <http://www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/> (consultato il 7 agosto 2026)

⁴¹³ *Idem*

⁴¹⁴ C. De Koker, “The European Court of Human Rights’ Approach to Armed Conflict and Humanitarian Law: Ivory Tower or Pas de Deux?”, in P. De Hert, S. Smis, M. Holvoet (a cura di), *Convergences and Divergences Between International Human Rights, International Humanitarian and International Criminal Law*, Intersentia, 2018, pp. 219-220

contenuto di tutela dell'art. 5 CEDU operata dalla Corte in *Hassan* avrebbe potuto essere sostituita da un'interpretazione per cui l'integrazione con il DIU può spingersi solo fino a un certo punto, oltre il quale sarebbe stata necessaria una deroga alla norma in esame, con una scelta più coerente e fedele al testo stesso dell'art. 15 CEDU e all'eccezione dei legittimi atti di guerra. Milanović espone come alla base della scelta giurisprudenziale vi fosse una maggioranza di giudici che riteneva che l'alternativa illustrata avrebbe prodotto risultati irrealizzabili nella pratica e irragionevoli, tenendo conto del contesto politico dell'epoca⁴¹⁵. Egli si spinge oltre, affermando che l'*escamotage* dell'ingresso del DIU dalla finestra della Convenzione di Vienna costituisce una "*legalistic fig leaf*", vale a dire una foglia di fico dietro la quale la Corte nasconde una scelta di politica sotto mentite spoglie di tecnicismo giuridico.

Anche i sostenitori di un approccio interpretativo che tenga conto del DIU quale parametro fondamentale per le violazioni dei diritti in guerra mettono in luce l'impellente necessità di avviare un dialogo costruttivo tra Stati contraenti e Corte di Strasburgo finalizzato a costruire basi sistematiche e coerenti che chiariscano la posizione della Corte EDU nella concezione dell'interazione tra CEDU e DIU⁴¹⁶. Come ben spiegato da Geoffrey Corn, ammonendo riguardo ai rischi di "mischiare le mele con le bombe a mano", vale a dire mettendo sullo stesso piano elementi di contesti profondamente differenti quali diritto dei diritti umani e DIU, "in un'epoca caratterizzata da spazio di battaglia complesso e spesso confuso, vi può essere ben poca tolleranza per l'aggiunta di complessità e confusione alle regole che i combattenti devono applicare nell'esecuzione delle loro missioni"⁴¹⁷.

4.3 Una dimostrazione empirica: due pesi e due misure nella giurisprudenza CEDU

L'ingresso non normato del DIU nel sistema convenzionale si traduce in una progressiva erosione delle garanzie dell'art. 2 CEDU, generando una asimmetria nella tutela dei diritti fondamentali nei contesti emergenziali. Appare dunque opportuno verificare il ritorno giurisprudenziale dell'approccio metodologico adottato da un punto di vista prettamente empirico, in cui il ventaglio di giudizio a disposizione della Corte si è ampliato o ristretto a fisarmonica a seconda delle condizioni contestuali, dimostrando il

⁴¹⁵ M. Milanović, *A Few Thoughts on Hassan v United Kingdom in EJIL:Talk!*, 22 ottobre 2014, disponibile al link <http://www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/> (consultato il 7 agosto 2026)

⁴¹⁶ *Idem*

⁴¹⁷ G. Corn, "Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict", in *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 2010, pp. 52, 54

discorso fino ad ora illustrato e secondo il quale il ricorso al DIU spoglia sostanzialmente l'art. 2 e l'art. 15 della loro effettività.

4.3.1 Il paradigma del law enforcement: *Benzer c. Turchia*

Nel 2014 la Corte si è pronunciata sul caso *Benzer c. Turchia*, che aveva ad oggetto la morte di decine di civili provocata dai bombardamenti di alcuni villaggi nel sud-est della Turchia durante il conflitto armato interno tra forze di sicurezza governative e milizie del PKK.

I ricorrenti lamentavano la responsabilità turca nelle operazioni e contestavano inoltre la mancanza di un'indagine efficace, sostenendo che le autorità turche avessero rifiutato di prendere in considerazione prove significative. In particolare, esse non avevano esaminato adeguatamente le testimonianze e avevano effettuato sopralluoghi solo molti anni dopo i bombardamenti, quando ormai gran parte delle prove materiali erano scomparse. A ciò si aggiungeva, con un elemento a detta dei ricorrenti decisivo, che due anni prima della sentenza in esame era emerso un registro di volo che segnalava che due aerei turchi avevano effettuato missioni trasportando bombe nella regione colpita, con una corrispondenza di giorno ed orario. Nonostante ciò, le autorità turche non avevano identificato gli equipaggi o chiarito le responsabilità di vertice.

La Corte EDU accertava in primo luogo che le operazioni erano state condotte dall'Aeronautica turca. Il governo turco non aveva mai sostenuto che le uccisioni fossero giustificate ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2 della Convenzione, limitandosi a negare che gli attacchi fossero attribuibili alle forze armate del Paese. Inoltre, il bombardamento non sarebbe stato in ogni caso giustificabile alla luce delle esigenze di cui alla norma citata, poiché un bombardamento aereo indiscriminato contro i civili “non può essere considerato accettabile in una società democratica”, e non può essere conciliato neanche con le norme consuetudinarie del diritto internazionale umanitario o con qualsiasi dei trattati che disciplinano l'uso della forza nei conflitti armati⁴¹⁸.

Di conseguenza, la Corte rinveniva una violazione dell'art. 2 sotto il profilo sostanziale, senza formulare eccezioni di alcun tipo o ritagliare uno spazio *ad hoc* per il DIU. La Corte individuava poi anche una violazione dell'art. 2 nella sua parte procedurale, poiché l'indagine era stata gravemente inadeguata e inefficace come risultato della mancata volontà delle autorità nazionali di accertare la verità e punire i responsabili.

⁴¹⁸ Corte EDU, *Benzer e altri c. Turchia*, cit. (v. sopra, nota 344), § 184

In tale caso, dunque, la Corte fu netta nel dichiarare la responsabilità dello Stato convenuto per la violazione del diritto alla vita, applicando gli standard classici ed estremamente rigorosi previsti dalla lettera dell'art. 2. Non è possibile ignorare che la pronuncia della Corte in esame sia estremamente diversa da quella analizzata, tra altri, in *Hassan*, e non tutta la discrepanza può essere attribuita al fatto che la Corte si è sempre mostrata più rigida nel caso dei conflitti armati non internazionali, come quello turco, in cui le implicazioni e pressioni politiche sono spesso più lievi a livello sovranazionale. Al contrario, a questa caratteristica strutturale dell'atteggiamento giuridico di Strasburgo si aggiunge la componente del paradigma di *law enforcement* applicato, secondo il quale la proporzionalità delle azioni militari è valutata sulla minaccia immediata e concreta alla vita umana.

4.3.2 Il paradigma del conduct of hostilities: *Hanan c. Germania*

Recentemente, nel 2021, la Grande Camera ha affrontato in modo molto diverso il già citato caso *Hanan c. Germania*. Il contesto era profondamente differente, concernendo un bombardamento delle forze militari tedesche avvenuto durante la missione NATO in Afghanistan. Il comando tedesco aveva ricevuto informazioni secondo cui sul luogo del bombardamento non vi erano civili, ma solo combattenti talebani. Tuttavia, le immagini degli aerei di sorveglianza mostravano diverse persone. Due figli del ricorrente rimasero uccisi nell'esplosione, ma il numero complessivo delle vittime non fu mai stabilito con certezza, poiché le diverse indagini, tedesche, NATO, afgane e internazionali, ne indicarono di molto differenti.

Il ricorrente lamentava un'indagine insufficiente a causa di vari fattori, tra cui l'assenza di esame medico delle cause di morte, il mancato interrogatorio dei testimoni e un accesso tardivo e parziale al fascicolo di indagine. La Corte, nell'esaminare le disposizioni rilevanti, richiama la Convenzione di Vienna e il diritto internazionale umanitario, stabilendo che, anche se il diritto alla vita continua ad applicarsi durante una guerra, quando una morte avviene durante le ostilità è necessario tenere conto delle norme che regolano la condotta delle operazioni militari, vale a dire il DIU⁴¹⁹.

Richiamandosi alla Corte internazionale di giustizia e al principio della *lex specialis*, la Corte di Strasburgo riporta che è fondamentale prendere in considerazione entrambi i

⁴¹⁹ Corte EDU, *Hanan v. Germany*, [GC], cit. (v. sopra, nota 370), §§ 77-79

rami del diritto e, in quanto norma più specifica, il DIU. Difatti, come sappiamo, essa afferma che “non esiste alcun conflitto normativo sostanziale tra CEDU e DIU, ed è dunque possibile limitarsi a esaminare i fatti del caso di specie alla luce della propria giurisprudenza in materia di art. 2, senza dover affrontare la questione se siano soddisfatti i requisiti che le consentirebbero di tenere conto del contesto e delle norme di diritto internazionale umanitario nell’interpretazione e nell’applicazione della Convenzione, in assenza di una deroga formale ai sensi dell’articolo 15 della Convenzione”⁴²⁰. La Corte spiega dunque di dover applicare direttamente gli standard convenzionali, interpretandoli però realisticamente alla luce delle difficoltà proprie di un conflitto armato⁴²¹. In tale frase si coglie, a nostro avviso, l’incoerenza e indeterminatezza dell’atteggiamento della Corte, che da un lato rimane legata al testo della Convenzione, e dall’altro cerca al contempo di adattarlo a un blocco normativo esterno.

Al termine dell’analisi, la Corte concluse che l’indagine era sufficientemente adeguata e indipendente, ed esclude una responsabilità ai sensi dell’art. 2 CEDU nel suo aspetto procedurale.

Se la medesima Corte avesse giudicato i medesimi fatti esclusivamente in base all’art. 2, senza ricorrere alle norme umanitarie, vale a dire applicando il test dell’assoluta necessità, lo Stato convenuto sarebbe stato con ogni probabilità condannato per la violazione procedurale. Lo scrutinio CEDU nel giudizio in esame ha dunque abbassato lo standard di protezione imposto dal *law enforcement* e dalla Convenzione stessa, preferendo dare rilievo ad un altro sistema normativo. Questa sentenza, che riguarda strettamente il contesto bellico del *conduct of hostilities*, richiama e segue l’impostazione di *Hassan c. Regno Unito*, con le criticità metodologiche fin qui messe in luce.

4.3.3 L’alternativa interamericana: *Las Palmeras c. Colombia e Bámaca Velásquez v. Guatemala*

Prima di illustrare proposte alternative pratiche per espungere le incertezze applicative delle norme convenzionali esaminate, appare utile mostrare un esempio funzionante diametralmente differente proveniente da un altro organo di tutela dei diritti umani, vale a dire la Corte interamericana dei diritti dell’uomo. Essa ha adottato un approccio molto

⁴²⁰ *Ibid.*, §§ 198-199

⁴²¹ *Ibid.*, §§ 200

diverso da quello di altri organi giudiziari sovranazionali, inclusa la Corte Internazionale di Giustizia e la Corte EDU, respingendo *in toto* il principio della *lex specialis* e seguendo un'impostazione radicale secondo la quale, per gli Stati contraenti della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, i relativi obblighi prevalgono sempre, senza eccezioni. La condotta di uno Stato deve essere dunque valutata esclusivamente alla luce degli obblighi ivi previsti, indipendentemente dal fatto che la medesima condotta sia consentita da qualsiasi altro sistema normativo. In particolare, la Corte in questione si è pronunciata nel caso *Las Palmeras c. Colombia*, riguardante la privazione della vita di alcuni civili, non appartenenti a gruppi armati sovversivi, da parte delle forze statali. La Corte interamericana ha precisato in tale occasione la propria piena competenza nel determinare "se una norma di diritto interno o internazionale, applicata in tempo di pace o durante un conflitto armato, sia compatibile o meno con la Convenzione americana"⁴²². Il contesto emergenziale bellico, nel sistema di scrutinio in materia di diritti umani americano, non provoca delle modifiche nella valutazione di diritto dei fatti, poiché la Convenzione continua ad applicarsi in qualunque tempo. Tale conclusione, come abbiamo visto, è stata sancita più volte anche a livello del Consiglio d'Europa, ma si è dimostrata nella pratica non pienamente veritiera. È sufficiente richiamare alla mente il ragionamento della Corte in *Hassan*: sebbene la Convenzione continui, secondo le parole della Corte, ad applicarsi anche nel contesto delle operazioni militari armate, e dunque l'art. 5 CEDU trovi applicazione anche nell'invasione irachena, è poi la stessa Corte a sancire un inedito motivo di detenzione legittima preso in prestito dal diritto internazionale umanitario; nel momento in cui l'elenco dell'art. 5 è tassativo, aggiungere giurisprudenzialmente una riga al testo convenzionale significa superarlo e, di fatto, ignorarlo. La Corte interamericana, al contrario, va addirittura oltre: non solo la Convenzione si applica ugualmente in tempo di guerra, ma è lo strumento esclusivo da applicare e in base al quale giudicare le violazioni statali. La Corte ha rifiutato la competenza a valutare il rispetto delle norme di diritto internazionale umanitario, affermando che il proprio scrutinio riguarda le disposizioni convenzionali e solo esse. Difatti, la Corte afferma di compiere "un giudizio nel quale dichiarerà se la norma in esame o tale fatto sia o meno compatibile con la Convenzione americana, che ha attribuito alla Corte la competenza

⁴²² Corte interamericana dei diritti umani, *Las Palmeras c. Colombia* (Eccezioni preliminari), 4 febbraio 2000, Serie C n. 67

esclusivamente a determinare se gli atti o le norme degli Stati siano compatibili con la Convenzione stessa, e non con le Convenzioni di Ginevra del 1949”⁴²³. Nel caso di specie, dunque, la Corte si allineò alla posizione del governo convenuto che rifiutava la competenza della Corte nell’esaminare le violazioni del DIU, e lo condannò sulla base della valutazione del mancato rispetto del diritto alla vita alla luce delle disposizioni della Convenzione americana.

Con questo iter logico, la Corte si distanzia dalla Commissione interamericana dei diritti umani, che aveva affermato, ove complessi normativi differenti offrano livelli di protezione differenti, la Commissione è vincolata a dare effetto allo standard normativo che tutela maggiormente. Dunque, secondo quanto dichiarato dalla Commissione ad esempio nel caso *Abella*, le disposizioni convenzionali e umanitarie possono trovare uno spazio di applicazione comune, rilevando che la Convenzione impone “di tenere debitamente conto delle norme applicabili di diritto umanitario e, ove opportuno, di attribuire loro efficacia giuridica”⁴²⁴. L’approccio adottato dalla Commissione non è pertanto pedissequamente fedele alla lettera e al contenuto sostanziale della Convenzione, ma anzi attribuisce supremazia interpretativa allo standard di tutela più elevato come dovere di efficacia giuridica, a prescindere dal sistema normativo di appartenenza; se lo standard più elevato è previsto dal DIU, la Commissione deve applicare direttamente quest’ultimo⁴²⁵. La posizione della Commissione è di applicazione diretta del DIU ove necessario, mentre quella della Corte interamericana in *Las Palmeras* è diametralmente opposta e radicale rispetto agli altri organi di giudizio in materia analizzati. Un simile orientamento - pur lineare e dotato di innegabile coerenza interna, ma potenzialmente considerato rigido e poco ricettivo rispetto alle esigenze eccezionali dei conflitti armati, è stato parzialmente smussato dalla medesima Corte nella successiva sentenza *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, in cui la Corte ha consentito un parziale ricorso alle pertinenti norme ginevrine con funzione unicamente interpretativa, al fine di valutare la liceità del trattamento e della successiva sparizione forzata del comandante di un gruppo guerrigliero guatemalteco⁴²⁶. In tale occasione il DIU è stato di certo utilizzato quale parametro interpretativo, ma in maniera

⁴²³ *Ibid.*, §§ 32-34.

⁴²⁴ Commissione interamericana dei diritti umani, *Abella c. Argentina*, rapporto n. 55/97 (caso n. 11.137), 18 novembre 1997, § 164

⁴²⁵ *Ibid.*, §§ 164-165.

⁴²⁶ Corte interamericana dei diritti umani, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, 25 novembre 2000, Serie C n. 70

estremamente timida e cauta in qualità di norma relegata a un livello supplementare rispetto alla primaria Convenzione, con funzione di lente di ingrandimento integrativa. Pur integrando il proprio scrutinio con il DIU, anche in questa occasione la Corte interamericana ha avuto successo nell'evitare di utilizzarlo per abbassare le garanzie convenzionali, e ha il merito di avervi fatto ricorso solo per rafforzare la protezione individuale. In aggiunta, alcuni studiosi evidenziano come ci siano dubbi consistenti circa la misura in cui la Corte abbia effettivamente utilizzato il DIU come strumento interpretativo nel giudizio richiamato⁴²⁷.

La scelta metodologica presa dalla Corte EDU, dunque, non è dettata dall'inevitabile compromesso con situazioni fattuali, ma rappresenta una scelta ben specifica di politica giuridica.

4.4 Prospettive *de iure condendo*: ricostruire i confini dello scrutinio giurisdizionale

La presente analisi sarebbe incompleta in assenza di una *pars costruens* riguardo i possibili modelli alternativi, in parte influenzati da altri organi sovranazionali, per attenuare le incertezze applicative e le criticità a livello di tutela sostanziale createsi nel vuoto giurisprudenziale nella valutazione delle violazioni del diritto alla vita. Di seguito verranno proposte dunque vari percorsi logici alternativi modificando sia il testo convenzionale che ad un punto di vista di interpretazione “sul campo” delle norme. L'intento di chi scrive non è dunque quello di suggerire un'unica via al legislatore o al giudice del Consiglio d'Europa, bensì quello di indirizzare le criticità fin qui esposte per porre concretamente un argine alle pericolose derive della tutela dei diritti nei conflitti armati sui diversi piani di tutela sostanziale.

4.4.1 Il piano normativo: la soppressione della clausola

Una prima soluzione radicale e fedele ai principi CEDU prevede l'espunzione dal testo della clausola “salvo i decessi causati da legittimi atti di guerra”.

Tale formula, oltre che estremamente imprecisa e potenzialmente elastica, si è mostrata pragmaticamente inutile. Difatti, nonostante essa costituisca un ponte diretto tra diritto dei diritti umani ai sensi della CEDU e diritto internazionale umanitario, e si presti dunque ad essere il centro nevralgico del problema del rapporto tra i due rami del diritto con tutte le criticità e discussioni che ne derivano, è sempre rimasta lettera morta a causa

⁴²⁷ S. Borelli, “The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship Between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict”, cit. (v. sopra, nota 385), pp. 15-16

della prassi statale di non notificare le deroghe in guerra, portando la Corte a inventare scorciatoie giurisprudenziali.

A nostro avviso, di conseguenza, la clausola in questione dovrebbe essere eliminata per un motivo di natura giuridica sostanziale e uno di impostazione concreta: il primo consiste nel fatto che essa introduce in una norma già delicata e dal contenuto sostanziale fragilissimo una componente non trascurabile di ambiguità e apertura verso altre convenzioni, sistemi normativi, standard e valutazioni, in maniera incoerente e pericolosa per la sopravvivenza della Corte stessa; il secondo si sostanzia nel fatto che, a dimostrazione di quanto detto dal punto di vista strettamente giuridico, essa non viene utilizzata, e, sempre ai fini di una maggiore chiarezza, non c'è motivo di mantenerla nel testo convenzionale.

Questa soluzione appare, anche a livello internazionale, tutt'altro che straordinaria, considerando che in tal modo la Convenzione EDU si allineerebbe al Patto dei diritti civili e politici.

Non si intende escludere qualsiasi riferimento ai principi del DIU, ma appare più utile e dogmaticamente rispettoso della Convenzione stessa che essi siano usati non per giustificare una flessibilizzazione sostanziale della tutela ex art. 2 e ex art. 15, ma per garantire un'applicazione conforme alla CEDU senza ignorare le condizioni eccezionali del conflitto armato.

Difatti, è opportuno precisare che in questa sede non si intende rigettare *in toto* qualsiasi riferimento al diritto internazionale umanitario, un ingranaggio irrinunciabile della macchina di protezione dei diritti umani e quello primario della protezione delle libertà fondamentali in guerra, di cui ci si auspica, più che uno sviluppo in termini trattatistici, un rinnovato rispetto a livello globale; al contrario, guardando alla realtà bellica attraverso la lente della tutela CEDU, si è voluto evidenziare il rischio che la tutela venga sostanzialmente indebolita se le violazioni si infiltrano nelle fessure normative lasciate vuote nella difficile commistione di mattoni giuridici europei e umanitari.

4.4.2 Il piano procedurale: il sistema delle deroghe

La seconda soluzione, che si lega alla prima quale conseguenza della prassi statale e proposta di modifica “dall'interno” della Convenzione, è al contempo la più ovvia, legata al testo esistente e finalizzata alla coerenza interna del sistema. Come abbiamo evidenziato analizzando la giurisprudenza di Strasburgo, l'ostacolo principale alle interpretazioni arbitrarie e il baluardo cui aggrapparsi per rimanere fedeli alla logica

convenzionale è rappresentato dal sistema derogatorio predisposto dai redattori della CEDU.

La Corte ha infatti ignorato a più riprese che gli Stati fossero vincolati dalla necessità di deroga nel contesto dei conflitti armati, che come abbiamo evidenziato più volte rappresentano invece l'apoteosi delle situazioni "emergenziali che minacciano la vita della nazione", preferendo avviare i giudizi indipendentemente dalla presentazione della deroga e non assimilandola neanche lontanamente ad una condizione di procedibilità dell'esame del rispetto dei diritti fondamentali in situazioni straordinarie. L'art. 15 è stato dunque pienamente ignorato e superato dall'attività giurisprudenziale, tanto che è lecito e logico interrogarsi circa la sua esistenza come norma di sistema.

Una soluzione che è semplice ma radicale consiste dunque nel rendere nulla la deroga in assenza di una notifica ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 15. Seppur vari autori abbiano criticato tale prospettiva, che non terrebbe conto delle condizioni di peculiarità dei conflitti armati, e in particolare di quelli internazionali, nonché delle esigenze di flessibilità tipiche delle operazioni belliche, non si può non notare che queste opinioni drastiche pecchino nel non considerare che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non ignora la guerra, tutelando i diritti solamente in tempo di pace e in condizioni ordinarie dell'ordine pubblico e sociale, ma anzi predispone una norma *ad hoc*, l'articolo 15, evidentemente affinché il rispetto dei diritti tutelati non si arresti in situazioni straordinarie, quando essi sono oltretutto spesso ancor più minacciati.

Le radici delle problematiche applicative dell'art. 15 sono state ampiamente ricostruite in precedenza. Ne consegue che, anche nell'ipotesi di attivazione dell'art. 15, occorre ripensare le criticità che ne ostacolano l'applicazione effettiva, tra cui, in particolare, l'ambigua dottrina del margine di apprezzamento, il cui impiego rischia di trasformarsi in una via di fuga nell'esame di casi politicamente complessi⁴²⁸.

Esponendo la sua tesi sulle circostanze straordinarie in base alle quali è possibile derogare agli obblighi convenzionali, ed esaminando dunque nel dettaglio il ventaglio contestuale delineato tramite l'espedito del margine di apprezzamento statale, Rusen

⁴²⁸ Come evidenziato da O'Boyle, "Le considerazioni di carattere politico [...] esercitano un peso considerevole nelle valutazioni dei Commissari chiamati a esaminare questioni relative agli stati di emergenza" in M. O'Boyle, "Emergency Situations and the Protection of Human Rights; A Model Derogation Provision for a Northern Ireland Bill of Rights", in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 28, n. 2, 1977, p. 160

Ergec ha esaminato alcune alternative, come la proposta che consiste nel subordinare la deroga all'approvazione mediante un voto a maggioranza dei due terzi di tutti gli Stati contraenti, ritenuta dallo stesso Ergec eccessivamente politica. Allo stesso modo, egli respinge l'idea di un parere consultivo preliminare, che potrebbe compromettere la libertà della Corte in un momento successivo. Sarebbero dunque preferibili controlli *post factum*, successivi alla deroga. Ancora, una proposta consiste nell'affidare la decisione al Comitato dei Ministri, finendo tuttavia per sostituire il controllo giudiziario con un controllo politico, o al Segretario generale, che non possiede però particolare esperienza nel settore. A tal punto, commenta l'autore, sarebbe meglio che tale controllo fosse affidato all'Assemblea parlamentare, democratica e rappresentativa⁴²⁹. Mangan propone invece un nuovo protocollo per l'adozione di un parere consultivo che stabilisca la compatibilità della deroga con l'art. 15, precisando le modalità meno invasive per derogare agli obblighi e le garanzie volte a prevenire eventuali abusi. Lo Stato avrebbe la facoltà di richiamare il parere in procedimenti successivi dinanzi a Commissione e Corte, che non potrebbero però in nessun caso farvi riferimento senza il consenso dello Stato stesso. Tale proposta ha il vantaggio di fornire una risposta rapida allo Stato sulla misura adottata e sulla relativa compatibilità con la Convenzione, con la possibilità di proporre modifiche, ma è pur vero che gli Stati, seppur non formalmente obbligati a seguire il parere, potrebbero percepire questa procedura come un'ingerenza nella propria sovranità, dato il rischio di essere valutati negativamente circa la presunzione di compatibilità nel caso di mancato richiamo al parere in seguito⁴³⁰. In ogni caso, numerosi giuristi hanno messo in luce l'esigenza di una definizione più precisa dei presupposti applicativi dell'art. 15, con un corrispondente chiarimento della dottrina del margine di apprezzamento e un controllo a livello nazionale e internazionale che ne attenui l'incertezza. Se da un lato si può accettare di accordare flessibilità agli Stati nel definire l'esistenza di un'emergenza, dall'altro lato è fondamentale restringere il margine di apprezzamento per stabilire se le misure adottate siano strettamente richieste dalla situazione, manifestando eventualmente la propria disapprovazione e dando un contenuto effettivo all'idea di una supervisione europea, per garantire certezza

⁴²⁹ R. Ergec, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruylant, 1987, pp. 382-387

⁴³⁰ B. Mangan, "Protecting Human Rights in National Emergencies: Shortcomings in the European System and a Proposal for Reform", in *Human Rights Quarterly*, vol. 10, n. 3, 1988, pp. 388-394

e un buon funzionamento della Convenzione⁴³¹.

Ignacio De la Rasilla del Moral, tra chi vede nel margine di apprezzamento una negazione degli standard universali convenzionali che ne mette in discussione la stessa legittimità e credibilità a livello mondiale, e chi invece la considera uno strumento interpretativo solido che ha il merito di dare rilievo alla varietà culturale, individua una maggioranza, nella quale egli stesso si inserisce, che chiede una delimitazione più esplicita dei criteri che governano l'applicazione della dottrina per una migliore trasparenza e coerenza, sfruttando il carattere di strumento vivente della Convenzione, non vincolata allo *stare decisis*. Egli ammette che questa non sia una soluzione definitiva, in quanto la problematicità del margine di apprezzamento non è altro che il riflesso di una intrinseca tensione della CEDU quale strumento fondamentale di tutela dei diritti umani e meccanismo inserito nel quadro politico del più ampio processo di integrazione europea⁴³².

4.4.3 Il piano del controllo: la metodologia delle “situazioni sospette”

Guardando ad un momento successivo rispetto all'attivazione del meccanismo dell'art. 15, sono state vagliate soluzioni alternative dal punto di vista del controllo giurisdizionale che la Corte deve esercitare ai fini di mettere in pratica uno scrutinio critico, rigoroso e stringente. Tra queste, appare particolarmente interessante quella proposta in vari contributi da Gross e Ní Aoláin, secondo cui le argomentazioni fondate sull'esistenza di un'emergenza dovrebbero essere giudicate in quanto provenienti da una “situazione sospetta” (“suspect situation”), cioè una situazione che, per sua stessa natura, suscita gravi dubbi circa l'adeguata tutela dei diritti garantiti dalla CEDU. Dunque, la difesa del governo che invoca l'urgenza di una situazione o il ricorso alla deroga dovrebbe essere considerata quale “classificazione sospetta”, tale da richiedere uno scrutinio più intenso⁴³³. Tale proposta di carattere situazionale ha le sue radici nella giurisprudenza della Corte Suprema americana, in cui uno scrutinio di questo tipo viene applicato in casi “sospetti”, quali quelli fondati su razza o ingerenza da parte dello Stato

⁴³¹ E. Cryslér, “Brannigan and McBride v. U.K.: A New Direction on Article 15 Derogations Under the European Convention on Human Rights”, cit. (v. sopra, nota 189), p. 629; A. Mokhtar, “Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights”, in *The International Journal of Human Rights*, vol. 8, n. 1, 2004, pp. 75-80

⁴³² Ignacio de la Rasilla del Moral, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine”, cit. (v. sopra, nota 221), pp. 620-622

⁴³³ O. Gross - F. Ní Aoláin, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, cit. (v. sopra, nota 206), pp. 643-647

nell'esercizio di un diritto fondamentale. Nello scrutinio CEDU, invece, secondo i giuristi, sarebbe l'emergenza in quanto tale, e non il contenuto sostanziale del diritto oggetto di deroga, a rendere necessario un atteggiamento molto meno deferente nei confronti dello Stato, che si fa tanto più serrato quanto più l'emergenza si protrae e radica nel tempo, creando una situazione di crisi permanente e istituzionalizzata che equivale a un "pronounced red light signal"⁴³⁴. Del resto, è a nostro avviso calzante l'osservazione di Gross e Ní Aoláin per cui lo scopo dei fondatori del sistema europeo dei diritti umani non era promuovere l'efficienza dell'azione di governo, bensì impedire l'esercizio di un potere arbitrario che potesse portare a una deriva simile a quella del secolo precedente⁴³⁵.

Tale suggerimento metodologico sembra avvicinarsi ad un'impostazione più casistica di valutazione del rapporto tra diritti umani e diritto umanitario. Secondo Scobbie, ad esempio, diritti umani e diritto dei conflitti armati non possono essere interpretati attraverso principi astratti e rigidi proprio perché il diritto non funziona secondo una logica puramente assiomatica, ed è dunque preferibile adottare un approccio pragmatico e fondato sull'adattamento delle relazioni tra le norme nella pratica⁴³⁶. In realtà, a nostro avviso l'approccio casistico rischia di introdurre una componente di arbitrarietà che andrebbe a confondere ulteriormente un panorama normativo già complesso.

Anche la proposta delle "situazioni sospette" dovrebbe essere dunque attuata tramite tipizzazioni situazionali in grado di garantire una soglia minima di prevedibilità di giudizio.

4.4.4 Il piano pratico: prospettive concrete di dialogo e nuovi strumenti giuridici

Vari autori hanno poi cercato di porre rimedio alle problematiche della gestione delle emergenze e dei conflitti armati incoraggiando gli Stati ad avviare un rinnovato e costruttivo dialogo con gli organi sovranazionali che tenga conto delle impellenti necessità di coerenza interna, uniformità, trasparenza e chiarezza nel panorama odierno segnato da nuovi conflitti e dal progressivo smantellamento del diritto internazionale, in particolare di quello umanitario, e dal mancato rispetto per le autorità sovranazionali.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 644

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 649

⁴³⁶ I. Scobbie, "Principle or Pragmatics? The Relationship Between Human Rights Law and the Law of Armed Conflict", in I. Scobbie (a cura di), *The Relationship Between Human Rights Law and the Law of Armed Conflict*, Routledge, 2017, p. 457.

Theodor Meron, per esempio, in un articolo intitolato proprio “On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument”, sottolinea il bisogno urgente di costruire un nuovo strumento breve, semplice e circoscritto, volto ad affermare un nucleo irriducibile e veramente inderogabile di diritti umani che debba essere garantito, come minimo, nelle situazioni di conflitto e violenza assimilabili ai conflitti armati. Difatti, Meron sostiene che il raggiungimento di un sistema efficace di attuazione del diritto attualmente vigente sia improbabile, tenendo conto dell’entità delle debolezze intrinseche quantitative e qualitative delle norme applicabili⁴³⁷. Pertanto, occorre uno strumento che sia dotato del carattere della condivisibilità, affinché possa essere un mezzo prioritario di attuazione del principio di umanità che è cardine del DIU. Quasi un decennio più tardi, lo stesso autore puntualizzava la proposta *de lege ferenda* incoraggiando l’introduzione di una dichiarazione internazionale nuova, volta a introdurre standard minimi di condotta per il pieno rispetto dei diritti umani nelle situazioni di conflitto interno (*internal strife*)⁴³⁸; in questa sede, le osservazioni possono essere facilmente trasportate nel contesto dei conflitti armati internazionali. La scelta di preferire l’adozione di un nuovo strumento *ad hoc* rispetto al migliorare i meccanismi di attuazione già esistenti risiede nel fatto che quest’ultima operazione non può essere sufficiente a colmare le lacune normative, in particolare in materia di norme inderogabili essenziali per la tutela della vita e della dignità umana. Meron definisce l’approccio per cui non è necessario un ampliamento dell’elenco dei diritti umani ma una loro effettiva applicazione “eccessivamente semplicistico”, poiché ignora la rete continua e inscindibile per cui identificazione e affermazione dei diritti umani sono un elemento necessario e integrante della loro attuazione, in quanto un diritto umano non può essere attuato finché non sia stato identificato e formalmente riconosciuto⁴³⁹. Affidare ad interpretazioni estensive o al diritto consuetudinario il compito di colmare le lacune normative nella protezione dei diritti fondamentali durante i conflitti armati è pericoloso per gli standard minimi di tutela, anche alla luce del fatto che la prassi statale nel rispettare le norme umanitarie è insufficiente e rende difficile dimostrare l’esistenza di norme effettivamente vincolanti. Su questa linea, la futura dichiarazione in questione

⁴³⁷ T. Meron, “On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument”, cit. (v. sopra, nota 336), pp. 603-606

⁴³⁸ T. Meron, “Internal Strife: Applicable Norms and a Proposed Instrument”, in A.J.M. Delissen, G.J. Tanja (a cura di), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead - Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 249-266

⁴³⁹ *Ibid.*, pp. 252-254

avrebbe la responsabilità di superare la tradizionale impostazione verticale dei diritti umani, secondo la quale gli obblighi gravano principalmente sui governi, in favore di una considerazione più ampia dei gruppi armati non statali, attori tanto principali quanto le autorità statali nei conflitti armati, affermando l'applicabilità più ampia possibile degli obblighi umanitari.

Hampson, al contrario, ritiene più utile cercare di risolvere le difficoltà delle istituzioni già esistenti, rifacendosi ad esempio all'impostazione della Corte interamericana. Infatti, riguardo ad una radicale soluzione "alla Meron" di istituire un diritto di ricorso individuale per le violazioni del DIU, con l'istituzione di un nuovo meccanismo di risoluzione delle controversie con l'esclusione di tali casi dalla competenza degli organi di tutela dei diritti umani, Hampson riconosce che essa funzionerebbe solo ove la Corte Internazionale di Giustizia accettasse l'esistenza di una rigida separazione tra diritti umani e DIU⁴⁴⁰. L'autrice sottolinea inoltre l'importanza di organizzare incontri che riuniscano gli organi preposti alla tutela dei diritti umani insieme a rappresentanti statali ed esperti indipendenti, per risolvere questioni trasversali sulla base dei criteri fondamentali di coerenza e praticabilità, con l'obiettivo di raggiungere un consenso sulle conseguenze derivanti dalla contestuale applicazione del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto umanitario, evitando al contempo qualsiasi riduzione del livello di tutela esistente⁴⁴¹.

Su una posizione simile, Laura Olson propone come punto di partenza l'elaborazione di linee guida destinate agli operatori del diritto che permettano di valutare il complesso rapporto e la relativa interazione, orientando l'armonizzazione senza comprometterne obiettivi e finalità specifiche⁴⁴². Nella pratica, esse dovrebbero partire da un quadro di base, vale a dire una *checklist* volta a stabilire se specifiche norme in materia di diritti umani o diritto umanitario siano applicabili alla situazione del conflitto armato in questione, introducendo una verifica preliminare basata sull'ambito di applicazione temporale, territoriale e oggettivo delle rispettive normative. Queste linee guida, pur dotate di limiti innegabili, dovrebbero fornire un quadro metodologico che contribuisca

⁴⁴⁰ F. J. Hampson, "The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body", cit. (v. sopra, nota 405), p. 572

⁴⁴¹ *Idem*

⁴⁴² L. M. Olson, "Practical Challenges of Implementing the Complementarity between International Humanitarian and Human Rights Law - Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-International Armed Conflict", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, No. 3, pp. 456-461

ad evitare valutazioni eccessivamente soggettive o arbitrarie, lasciando emergere le lacune normative esistenti e gli standard minimi vincolanti applicabili in ogni momento, per porre le basi per la riduzione dei rischi interpretativi e la creazione di nuovi trattati. Nell'opinione di chi scrive, il problema non risiede tanto nella chimerica ricerca di nuovi meccanismi giuridici in un contesto in cui strumenti raffinati di protezione individuale esistono e sono dotati di potenziale efficacia applicativa. Il vero limite problematico del sistema, a nostro avviso, risiede nell'elusione delle norme da parte degli Stati e nella deliberata deferenza dei giudici.

4.5 Verso un modello operativo di tutela sostanziale ed effettiva

È opportuno precisare che l'obiettivo dell'analisi critica fin qui presentata non risiede nella pretesa di risolvere, da un punto di vista squisitamente scientifico-dogmatico, il complicato rapporto tra diritto internazionale dei diritti umani e diritto internazionale umanitario, ma si sostanzia nel delineare soluzioni pratiche idonee a ricomporre le antinomie - apparenti o sostanziali che siano - che ostacolano la tutela dei diritti fondamentali nei conflitti armati.

Le contraddizioni dottrinali e le speculazioni giuridiche rischiano infatti di perdere di significato se non sono accompagnate da un pragmatismo critico circa l'operato degli organi giudiziari.

Persino dispute risalenti e complesse dal punto di vista tecnico, come quella che riguarda il principio di integrazione sistemica, conservano il proprio valore e rigore accademico-giuridico nella misura in cui offrono criteri d'azione a legislatori prima e giudici poi.

Le prospettive di riforma - normative, procedurali, di controllo e pratiche - delineate contribuiscono, considerate singolarmente o congiuntamente, a restituire una protezione giurisdizionale più completa ed efficace, che, pienamente consapevole delle drammatiche condizioni dei diritti fondamentali durante un conflitto, sia in grado di rispondere al meglio alle esigenze di tutela senza sacrificare la posizione del singolo nel momento di sua massima vulnerabilità.

Ciò che rileva, al di là delle premesse tecnico-giuridiche che possono di certo essere d'aiuto nel mettere a fuoco i nodi critici e nell'elaborare soluzioni adeguate, è l'effettività della tutela sul piano applicativo. Un individuo i cui diritti siano già stati lesi merita, quale forma minima di risarcimento - in senso stretto e in senso lato del termine - una risposta tempestiva e coerente da parte degli organi giudiziari.

D'altra parte, un sistema di protezione sovranazionale come quello europeo deve preservare la propria legittimità vitale nutrendosi di riflessioni pragmatiche sul suo operato, al fine di scongiurare derive di arbitrarietà, parzialità e deferenza indebita nei confronti del potere statale.

Conclusioni

A conclusione del presente elaborato, appare opportuno ricostruire i risultati della ricerca condotta.

È indubbio che fin dalla sua prima redazione la Convenzione europea dei diritti dell'uomo si sia dotata di strumenti giuridici in grado di non sacrificare la tutela dei diritti umani in nessuna occasione né tempo, con il fine primario di non permettere la loro soccombenza di fronte a esigenze sociali, militari o politiche di sorta. Lo scopo basilare dell'introduzione dell'articolo 15 rimane infatti quello di venire a patti con le situazioni eccezionali che si creano quando uno Stato sperimenta un momento di tensione sociale e bellica, interna o internazionale. Non considerare tali situazioni all'interno di un testo che concerne la protezione dei diritti fondamentali sarebbe stato equivalente a dichiarare che il destino della CEDU fosse quello di rimanere un trattato puramente programmatico, una dichiarazione d'intenti senza obblighi ed effetti sostanziali e procedurali. Al contrario, la Convenzione europea è davvero uno strumento vivente, non solo nel senso che è costantemente soggetta a nuove interpretazioni per il suo carattere di necessaria adattabilità a contesti sociologici internazionali in perenne mutamento, ma anche nell'accezione di meccanismo giuridico che *vive* e sopravvive nelle più disparate situazioni in cui l'individuo possa venirsi a trovare, mirando a garantire uno standard di tutela elevato dei diritti fondamentali che tutela.

È indubbio che il contesto del conflitto armato, drammaticamente ancora presente e dilagante nel mondo contemporaneo a causa di rinnovati equilibri o, *rectius*, squilibri di potere, sia lo scenario peggiore immaginabile se si pensa alla salute dei diritti umani. Per tale motivo, è naturale assumere un atteggiamento compromissorio che sia in grado di comporre le diverse esigenze di una crisi, che vede da un lato un atteggiamento delle autorità mirato a ristabilire l'equilibrio dell'ordine sociale, e dall'altro individui i cui diritti fondamentali non possono essere messi da parte in virtù della prima necessità riportata.

Una norma come l'art. 15 dovrebbe dunque essere finalizzata, nel momento in cui sussista un pericolo pubblico serio come quello rappresentato dalla guerra, alla salvaguardia dei diritti umani da possibili abusi delle condizioni straordinarie dello Stato.

Il sistema delle deroghe rappresenta il compromesso di sistema che, come tutte le soluzioni conciliative, conta la fragilità tra le proprie componenti intrinseche. Per tale motivo, si comprende come sia ancora più necessario, in tali situazioni, un controllo stringente di un'autorità superiore - nel nostro caso la Corte di Strasburgo - , per non rinunciare alla verifica della legittimità, ragionevolezza ed equità del meccanismo giuridico. Il meccanismo della procedura notificatoria di deroga che prevede il coinvolgimento del controllo europeo sarebbe il mezzo che il Consiglio d'Europa ha a disposizione per verificare *in itinere* ed *ex post* che il sistema derogatorio non sia stato utilizzato strumentalmente per consentire un esercizio distorto dei diritti.

Il sistema qui richiamato si è rivelato inefficiente nella pratica, come dimostrato sia da alcuni limiti dogmatico-tecnici - come la dottrina del margine di apprezzamento e la problematicità dell'applicazione extraterritoriale della Convenzione - sia da dati empirici derivanti dalla prassi statale.

Se si guarda ad alcuni diritti fondamentali, il pericolo di un sacrificio eccessivo sulla bilancia delle esigenze statali straordinarie appare ancora più preoccupante, e il ragionamento trova il proprio banco di prova più emblematico nel diritto "più fondamentale di tutti", vale a dire il diritto alla vita. Il diritto alla vita, tutelato in maniera rigorosa e tassativa all'art. 2, è soggetto a uno scrutinio rigoroso dal punto di vista sostanziale e procedurale, per regolare *ex ante* o sanzionare *ex post* i possibili abusi del ricorso alla forza in maniera ingiustificata o non proporzionata.

Il discorso rimane quello che si propone di rispondere ad una domanda fondamentale, che emerge nella mente di qualsiasi lettore del testo convenzionale agli articoli riportati: in quale parte, e in che misura, il sistema internazionale è disposto a sacrificare lo stato di diritto in virtù di esigenze imperative "superiori"? La valutazione è complessa, e contiene in sé considerazioni etiche e filosofiche che sono tanto radicate quanto potenzialmente in evoluzione.

A fortiori, il diritto alla vita mostra, se calato nel contesto dei conflitti armati, tutti i nervi scoperti del sistema di tutela dei diritti europeo: dichiarato assolutamente inderogabile, è accompagnato da un'eccezione - unica se confrontata con altri trattati internazionali in materia - che salva dall'inderogabilità i "decessi causati dai legittimi atti di guerra".

Il raccordo tra il diritto internazionale dei diritti umani ai sensi della Convenzione EDU e le norme di diritto internazionale umanitario cala il diritto alla vita nella problematicità

dell'applicazione contestuale di due sistemi di riferimento normativi nati con esigenze, modalità e fini diversi.

Inoltre, in assenza del ricorso alla clausola - che avrebbe perlomeno il merito di rimanere fedele al tenore letterale della norma - la giurisprudenza ha tentato di salvare il sistema convenzionale dal collasso dell'incoerenza riempiendo il vuoto normativo per via giurisprudenziale, facendo ricorso, per la prima volta in *Hassan c. Regno Unito*, al diritto internazionale umanitario come parametro interpretativo esterno. In tal modo, la Corte ha evitato di censurare gli Stati per non aver invocato la clausola dei legittimi atti di guerra, ignorando la mancata attivazione formale del procedimento di deroga di cui all'art. 15, preferendo adottare un'interpretazione estensiva che includa il DIU nei criteri di giudizio alla luce dei quali valutare la liceità delle privazioni della vita. Difatti, anche ipotizzando l'instaurazione del processo di notifica della deroga, applicando strettamente il dato testuale di cui all'art. 15, paragrafo 2, la Corte si sarebbe collocata in una posizione di pericolosa incoerenza concettuale, permettendo, tramite il riferimento ai "legittimi atti di guerra", di assumere un atteggiamento per cui, in estrema sintesi, "tutto è legittimo in guerra". Al fine di evitare tale allarmante e dirompente esito giuridico, i giudici di Strasburgo hanno optato per un'integrazione sistemica elastica della CEDU con il DIU. Tale impostazione, che rappresenta il risultato di una scelta interpretativa e non di un compromesso inevitabile - come dimostrato dalla differente prospettiva comparata offerta dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani -, produce conseguenze significative per la tutela dei diritti fondamentali.

Per il diritto alla vita, in particolare, la Corte accetta, nella pratica, una ristrutturazione sostanziale dell'obbligo di non privare della vita, e trasforma un diritto formalmente inderogabile ("La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2"⁴⁴³), in una garanzia contestualmente modulabile, tramite l'ingresso "dalla finestra" del DIU nello scrutinio dei diritti umani in guerra. Il diritto alla vita, dunque, è definibile come un diritto inderogabile *prima facie*, che finisce per essere una garanzia flessibile - conclusione paradossale, se si pensa al contenuto del diritto in questione - e potenzialmente idonea ad indebolire la tutela sostanziale degli individui nella liceità della privazione della vita.

Sul piano delle prospettive future, la ricerca ha identificato alcune direzioni che potrebbero contribuire a ridurre l'incertezza sistemica dell'approccio della Corte, come

⁴⁴³ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Art. 15, paragrafo 2

una revisione del testo convenzionale, il rafforzamento del meccanismo di supervisione delle sentenze o l'adozione di una codificazione convenzionale aggiuntiva.

In conclusione, è doveroso tentare di formulare una risposta alla domanda che ci siamo posti all'inizio di questa analisi, prendendo in prestito le autorevoli parole ciceroniane: "*Silent enim leges inter arma*"?, "Tacciono infatti le leggi in tempo di guerra"?

Per rispondere, appare utile richiamare una curiosa ricostruzione degli schieramenti dei giuristi riguardo all'interazione tra diritto dei diritti umani e diritto dei conflitti armati fornita da Milanović⁴⁴⁴: da un lato ci sarebbero gli entusiasti dei diritti umani, che sostengono la loro applicazione nei contesti di conflitto armato, e dall'altro gli scettici, che vi si oppongono, esprimendo il proprio indiscusso favore per l'applicazione esclusiva del DIU, preservandone la specificità. I primi accusano i secondi di essere apologeti moralmente incoerenti del potere statale; gli altri imputano ai primi un idealismo pacifista utopico che si distacca dalla realtà concreta della guerra. La distinzione, più provocatoria e semplicistica che rigorosamente riscontrabile nella pratica, ha il pregio di riflettere un punto di apparente tensione tra i sistemi di protezione dei diritti umani.

Il paradosso del realismo giuridico è proprio che, quando la tutela dei diritti umani evita di utilizzare adeguate valvole di sfogo - come gli strumenti convenzionali derogatori - in maniera appropriata, ottiene un effetto per cui non umanizza la guerra, ma militarizza i diritti, con l'inevitabile conseguenza di indebolire la protezione degli individui. Difatti, l'analisi condotta non porta in alcun modo a collocare chi scrive nel primo gruppo descritto da Milanović, e la dimostrazione è semplice: regolare la tutela dei diritti umani in guerra e del diritto umanitario, nonché delle relative difficoltà applicative, equivale a respingere una qualche presunta forma di idealismo, poiché impone di confrontarsi con le pressanti esigenze proprie dei conflitti armati.

Il diritto umanitario stesso nasce infatti dalle ferite di un compromesso, in quanto, caratterizzato da un'ambizione ideale di umanizzare la guerra o incanalare la violenza bellica entro confini giuridici e giusti, esso è per definizione il ramo del diritto che prende atto dell'impossibilità del pacifismo giuridico e che viene a patti con i limiti che la realtà dei conflitti armati impone alla piena realizzazione degli ideali di giustizia.

Pertanto, "Tacciono infatti le leggi in tempo di guerra"?

⁴⁴⁴ M. Milanović, "The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law", cit. (v. sopra, nota 385), pp. 78-80

No, le leggi ci sono ed è loro dovere primario e ancor più urgente in guerra, occupandosi dei più vulnerabili, tenere conto delle oggettività contestuali per fornire la protezione migliore e più elevata possibile a chi viene colpito dalla tragica furia dei conflitti armati. Tuttavia, le leggi possono essere soffocate e messe a tacere se la loro efficacia finisce per dipendere, a causa di un mancato rispetto delle normative internazionali, da poteri governativi, equilibri politici e sociali a livello globale e interpretazioni incoerenti o eccessivamente elastiche degli organi giudiziari.

Al fine di restituire voce alle leggi, non è di certo funzionale coltivare un cieco e ingenuo idealismo per le potenzialità dei diritti umani, e neanche un cinico realismo che giustifichi un arbitrio giuridico che si piega alle dinamiche dei conflitti.

Al contrario, è necessario accompagnare all'ideologia pacifista astratta una componente concreta di impegno affinché venga ripristinata e mantenuta una soglia di garanzia rigida, trasparente e controllabile di tutela dei diritti umani, in cui le deroghe ai diritti fondamentali rimangono un'eccezione delimitata e non una regola di fatto.

Bibliografia

DOTTRINA

ABRESCH W., “A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 4, 2005, pp. 741-767

AGAMBEN G., *Stato di eccezione. Homo sacer, II, 1*, Bollati Boringhieri, 2003

AKANDJI-KOMBE J.-F., “Positive obligations under the European Convention on Human Rights – A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Handbooks*, n. 7, Strasburgo, Council of Europe, 2007

AL-HIHI E., “The Right to Life in Jus ad Bellum Targeting: A Functional Approach to Extraterritorial Jurisdiction in Human Rights Law”, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 24, n. 2, 2020, pp. 317-364

ALTIPARMAK K., “Banković: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?”, in *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 9, n. 2, 2004, pp. 213-251

ARAI-TAKAHASCHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002

ARNARDÓTTIR O. M., “Rethinking the Two Margins of Appreciation”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 12, n. 1, 2016, pp. 27-53

BECKETT J., “The Greek Case Before the European Human Rights Commission”, in *Human Rights*, vol. 1, n. 1, 1970–1971, pp. 91-117

BELL C. - KEENAN J., “Lost on the Way Home? The Right to Life in Northern Ireland”, in *Journal of Law and Society*, vol. 32, n. 1, 2005, pp. 68-89

BEN-NAFTALI O., *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011

BEN-NAFTALI O. - SHANY Y., “Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories”, in *Israel Law Review*, vol. 37, n. 1, 2003–2004, pp. 17-118

BEN-NAFTALI O., “The Extraterritorial Application of Human Rights to Occupied Territories”, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 100, 2006, pp. 90-93

BESSON S., “The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to” in *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 857-884

BETHLEHEM D., “The Relationship Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict”, in KOLB R.,

GAGGIOLI G. (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 13-37

BORELLI S., “The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship Between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict”, in OHLIN J.D. (a cura di), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 45-77

BOWRING B., “Fragmentation, Lex Specialis and the Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, in *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, n. 3, 2009, pp. 485-498

BREMS E., “Procedural protection – An examination of procedural safeguards read into substantive Convention Rights”, in E. Brems and J. H. Gerards (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 137-161

BREMS E., “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 56, 1996, pp. 240-314

BREMS E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001

BRENNAN W. J. Jr., “The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises”, in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 18, 1988, pp. 11-22

BURKE K. C., “Secret Surveillance and the European Convention on Human Rights”, in *Stanford Law Review*, vol. 33, n. 6, 1981, pp. 1113-1140

BYRON C., “A Blurring of the Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies”, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 47, n. 4, 2007, pp. 838-896

CARNEIRO L., “On the draft convention and universal declaration of the rights of man” in *Human Rights*, UNESCO, 1949

CASSESE A., “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, in *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 4, 2007, pp. 649-668

CHARNEY E., “Cultural Interpretation and Universal Human Rights: A Response to Daniel A Bell” in *Political Theory*, vol. 27, n. 6, 1999, p. 840-848

CHEVALIER-WATTS J., “Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, in *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 3, 2010, pp. 701-721

CORN G., “Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict”, in *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 2010, pp. 52-94

CRYSLER E., “Brannigan and McBride v. U.K.: A New Direction on Article 15 Derogations Under the European Convention on Human Rights”, in *Revue Belge de Droit International*, vol. 27, n. 1, 1994, pp. 177-197

D'ASPREMONT J., TRANCHEZ E., “The Quest for a Non-conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the Lex Specialis Principle?”, in KOLB R., GAGGIOLI G. (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 65-82

DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*, 6^a ed., Bruylant, 2019

DE KOKER C., “The European Court of Human Rights’ Approach to Armed Conflict and Humanitarian Law: Ivory Tower or Pas de Deux?”, in DE HERT P., SMIS S., HOLVOET M. (a cura di), *Convergences and Divergences Between International Human Rights, International Humanitarian and International Criminal Law*, Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia, 2018, pp. 245-282

DE LA RASILLA DEL MORAL I., “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine”, in *German Law Journal*, vol. 7, n. 6, 2006, pp. 611-623

DEBUF E., *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, Hart Publishing - Éditions A. Pedone, 2013

DOSWALD-BECK L., VITÉ S., “International Humanitarian Law and Human Rights Law”, in *International Review of the Red Cross*, vol. 33, n. 293, 1993, pp. 94-119

DRÖGE C., *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Springer-Verlag, 2003

DUPRÈ C., *Human Dignity in Europe: A Foundational Principle*, Hart Publishing, 2013

DURHAM H., *Strengthening Compliance with IHL: Disappointment and Hope*, in *ICRC Humanitarian Law & Policy Blog*, 14 dicembre 2018

EL ZEIDY M. M., “The ECHR and States of Emergency: Article 15-A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations”, in *San Diego International Law Journal*, vol. 4, n. 1, 2003, pp. 277-326

ERGEÇ R., *Les droits de l’homme à l’épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruylant, 1987

FAHNER J., *Intensity of Review in International Courts and Tribunals: A Comparative Analysis of Deference*, PhD thesis, University of Luxembourg/University of Amsterdam, 2018

GARLICKI L., “Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights” in A. Sajó and R. Uitz (a cura di), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, 2005, pp. 129-143

GERARDS J. H., “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 2, 2013, pp. 466-490

GERARDS J. H., “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Law Review*, vol. 18, n. 3, 2018, pp. 495-515

GERARDS J., *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 2019

GERARDS J.H., “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine” in *European Law Journal*, vol. 17, 2011, pp. 80-120

GIUFFRÉ M., “A Functional-Impact Model of Jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights”, in *Questions of International Law*, Zoom-in 82, 2021, pp. 53-79

GOMIEN D.- HARRIS D. - ZWAAK L., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and The European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 1996

GREENE A., *Permanent states of emergency and the rule of law: Constitutions in an age of crisis*, Hart Publishing, 2018

GREER S., “La marge d’appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Dossiers sur les droits de l’homme*, n. 17, Strasbourg, Éditions du Conseil de l’Europe, 2000, pp. 1-57

GREER S., “Universalism and Relativism in the Protection of Human Rights in Europe: Politics, Law and Culture”, in AGHA P. (a cura di), *Human Rights between Law and Politics: The Margin of Appreciation Doctrine in Post-National Contexts*, London, Bloomsbury/Hart Publishing, 2017, pp. 17-36

GROSS O. - NÍ AOLÁIN F., “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 3, 2001, pp. 625-649

GROSS O., “Once more unto the breach: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies”, in *Yale Journal of International Law*, vol. 23, n. 2, 1998, pp. 437-501

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*, vol. 90, n. 871, 2008, pp. 549-572

HAMPSON F., “The Relationship Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law”, in LATTIMER M., SANDS P. (a cura di), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 185-213

HAMPSON F., SALAMA I., *Working Paper on the Relationship between Human Rights Law and International Humanitarian Law*, 21 giugno 2005, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/14

HANNUM H., “Remarks on “Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights”, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 96, 2002, pp. 102-105

HARRIS D. J., O’BOYLE M., BATES E., BUCKLEY C. M., *Harris, O’Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018

HARTMAN J. F., Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation By the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations”, in *Harvard International Law Journal*, vol. 22, n. 1, 1981, pp. 1-35

HIGGINS R., “Derogation under Human Rights Treaties”, in *The British Yearbook of International Law*, vol. 48, 1978, pp. 281-320

HILL-CAWTHORNE L., “Humanitarian law, human rights law and the bifurcation of armed conflict”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, n. 2, 2015, pp. 293-325

HILL-CAWTHORNE L., *The Grand Chamber Judgment in Hassan v UK*, in *EJIL: Talk!*, 16 settembre 2014, <www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/> (consultato il 15 luglio 2026)

JANIS M., KAY R. e BRADLEY A., *European Human Rights Law: Texts and Materials*, Oxford University Press, 2008

JENNINGS R. & WATTS A. (a cura di), *Oppenheim’s International Law*, vol. 1, 9th ed., Oxford University Press, 1992

KRATOCHVÌL J., “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights” in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, 2011, pp. 324-357

LAMBOOY T., “Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights”, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28, n. 3, 2010, pp. 404-448

LAUTERPACHT H., “The Problem of the Revision of the Law of War”, in *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, pp. 360-382

LAVENDER N., “The Problem of the Margin of Appreciation”, in *European Human Rights Law Review*, n. 4, 1997, pp. 380-390

LAVRYSEN L., *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2016

LAWSON R., “Really Out of Sight? Issues of Jurisdiction and Control in Situations of Armed Conflict under the European Convention on Human Rights”, in DUCHEINE P. - SCHMITT M. - OSINGA F. (a cura di), *Targeting: Challenges of Modern Warfare*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, pp. 289-313

LESTER OF HERNE HILL A., “Universality Versus Subsidiarity: A Reply”, in *European Human Rights Law Review*, n. 1, 1998, pp. 73-81

LESTER OF HERNE HILL L., General Report, in *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights (Budapest, 20-21 September 1995)*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1995, pp. 223-242

LOBEL J., “Emergency Power and the Decline of Liberalism”, in *Yale Law Journal*, vol. 98, n. 7, 1989, pp. 1385-1433

MACBRIDE S., “Human Rights in Armed Conflicts”, in *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 9, n. 2, 1970, pp. 373-391

MACDONALD R.ST.J., “The Margin of Appreciation”, in MACDONALD R.ST.J. - MATSCHER F. - PETZOLD H. (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 83-124

MACHIAVELLI N., *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Rizzoli (BUR), 1984

MAHONEY P., “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, n. 1, 1998, pp. 1-6

MALLORY C., “A Second Coming of Extraterritorial Jurisdiction at the European Court of Human Rights?”, in *Human Rights Law Review*, vol. 11, n. 4, 2011, pp. 776-787

MANGAN B., “Protecting Human Rights in National Emergencies: Shortcomings in the European System and a Proposal for Reform”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 10, n. 3, 1988, pp. 372-394

MCGOLDRICK D., “Human Rights and Humanitarian Law in the UK Courts”, in *Israel Law Review*, vol. 40, n. 2, 2007, pp. 527-554

MCLACHLAN C., “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3) of the Vienna Convention”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n. 2, 2005, pp. 279-319

MERON T., “Internal Strife: Applicable Norms and a Proposed Instrument”, in DELISSEN A. J. M., TANJA G. J. (a cura di), *Humanitarian Law of Armed Conflict*:

Challenges Ahead - Essays in Honour of Frits Kalshoven, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 249-276

MERON T., "On a Hierarchy of International Human Rights", in *The American Journal of International Law*, v. 80, n.1, p. 1-23

MERON T., "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", in *The American Journal of International Law*, vol. 77, n. 3, 1983, pp. 589-606

MILANOVIĆ M., "A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law", in *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, n. 3, 2009, pp. 459-483.

MILANOVIĆ M., "Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict", in BHUTA N. (a cura di), *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and Its Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 55-88

MILANOVIĆ M., "The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law", in OHLIN J.D. (a cura di), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 78-117

MILANOVIĆ M., *A Few Thoughts on Hassan v United Kingdom*, in *EJIL: Talk!*, 22 settembre 2014, <www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/> (consultato il 15 luglio 2026)

MILLER A. S., "Constitutional Law: Crisis Government Becomes the Norm", in *Ohio State Law Journal*, vol. 39, n. 4, 1978, pp. 736-751

MIRANDOLA S., "The involvement of the deceased victim's next of kin in criminal investigations: an analysis of the standards under Article 2 of the Convention and Directive 2012/29/EU on the rights of victims of crime", in EARLY L. *et al.* (a cura di), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom. In Honour of Michael O'Boyle*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2016, pp. 179-190

MOKHTAR A., "Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights", in *The International Journal of Human Rights*, vol. 8, n. 1, 2004, pp. 65-87

MOOR L. - SIMPSON A. W. B., "Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights", in *British Yearbook of International Law*, vol. 76, n. 1, 2006, pp. 121-193

MORRISON C. C. JR., "Margin of Appreciation in European Human Rights Law", in *Revue des droits de l'homme*, vol. 6, n. 2, 1973, pp. 263-286

MOWBRAY A., "Proposals for Reform of the European Court of Human Rights", *Public Law* 252, 2002

MOWBRAY A., “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* No. 5 (2005), pp. 57-79

MOWBRAY A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004

NÍ AOLÁIN F., “The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence”, in *Fordham International Law Journal*, vol. 19, n. 1, 1995, pp. 101-142

NOUR A., “Chemical Castration of the Human Fundamental Rights and Freedoms”, *Scholars International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 3, n. 5, 2020, pp. 144-148

O’BOYLE M., “Emergency Situations and the Protection of Human Rights: A Model Derogation Provision for a Northern Ireland Bill of Rights”, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 28, n. 2, 1977, pp. 160-187

O’DONNELL T. A., “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 4, n. 4, 1982, pp. 474-507

OLSON L. M., “Practical Challenges of Implementing the Complementarity Between International Humanitarian and Human Rights Law – Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-International Armed Conflict”, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 40, n. 3, 2009, pp. 437-461

ORAA A., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, 1992

OSTROVSKY A. A., “What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, in *Hanse Law Review*, vol. 1, n. 1, 2005, pp. 47-64

PARTSCH K. J., “Experiences Regarding the War and Emergency Clause (art. 15) of the European Convention of Human Rights”, in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 1, 1971, pp. 327-337

QUÉNIVET N., “The Right to Life in International Humanitarian Law and Human Rights Law”, in ARNOLD R., QUÉNIVET N. (a cura di), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 331–353.

REIDY A., “The Approach of the European Commission and Court of Human Rights to International Humanitarian Law”, in *International Review of the Red Cross*, vol. 38, n. 324, 1998, pp. 513-529

- ROBERTS A., “Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967”, in *American Journal of International Law*, vol. 84, n. 1, 1990, pp. 44-103.
- RYAN J.A., BOLAND F. J., *Catholic Principles of Politics*, The Macmillan Company, 1940
- SAPIENZA R., “Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 74, 1991, pp. 571-614
- SASSOLI M., *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions*, Edward Elgar Publishing, 2019
- SCHABAS W. A., “Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict”, in *Israel Law Review*, vol. 40, n. 2, 2007, pp. 592-613
- SCHABAS, W.A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2015
- SCHAEFER M., “Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction”, in *European Human Rights Law Review*, n. 5, 2011, pp. 566-579
- SCHWEBEL S. M. (a cura di), “Current Developments: The Thirty-Second Session of the International Law Commission”, in *American Journal of International Law*, vol. 74, n. 4, 1980, pp. 961-963
- SCOBIE I., “Principle or Pragmatics? The Relationship Between Human Rights Law and the Law of Armed Conflict”, in *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, n. 3, 2009, pp. 449-457
- SHAHEED F., *Reflections on Hassan v UK: A Mixed Bag on the Right to Liberty (Part 1)*, in *Just Security*, 10 ottobre 2014, <www.justsecurity.org/16170/reflections-hassan-uk-mixed-bag-liberty-2/> (consultato il 13 luglio 2026)
- SHAHEED F., *Reflections on Hassan v UK: A Mixed Bag on the Right to Liberty (Part 2)*, in *Just Security*, 14 ottobre 2014, <www.justsecurity.org/15942/reflections-hassan-uk-mixed-bag-liberty/> (consultato il 13 luglio 2026)
- SHANY Y., “Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law”, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 7, n. 1, 2014, pp. 47-71
- SKINNER S., *Lethal Force, the Right to Life and the ECHR: Narratives of Death and Democracy*, Hart Publishing, 2019
- SLOANE R. D., “Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights”, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 34, n. 3, 2001, pp. 527-595

STARMER K., “Positive Obligations under the Convention”, in J. Jowell e J. Cooper (a cura di), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 139-159

STARMER K., *European Human Rights Law*, Legal Action Group, 1999

STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered* (PhD dissertation, Lund University, 2015)

SVENSSON-MCCARTHY A.-L., *The International Law of Human Rights and States of Exception: With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 1-801

SWEENEY J. A., “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n. 2, 2005, pp. 459-474

VAN DIJK P. & VAN HOOFF G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1993

WALDOCK H., “The Effectiveness of the System Set Up by the European Convention on Human Rights”, in *Human Rights Law Journal*, vol. 1, 1980, pp. 1-12

WALZER M., *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, University of Notre Dame Press, 1994

WATKINS F. M., “The Problem of Constitutional Dictatorship”, in FRIEDRICH C. J., MASON E. S. (a cura di), *Public Policy*, vol. 1, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1940, pp. 324-379

WEISS N., ZIMMERMANN A., *Human Rights and International Humanitarian Law: Challenges ahead*, Edward Elgar Publishing, 2014

XENOS D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Routledge, 2012

ZAMIR I., “Human Rights and National Security”, in *Israel Law Review*, vol. 23, n. 2-3, 1989, pp. 375-406

ZIMMERMANN A., “The Right to a Fair Trial in Situations of Emergency and the Question of Emergency Courts”, in WEISSBRODT D., WOLFRUM R. (a cura di), *The Right to a Fair Trial*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 747-764

GIURISPRUDENZA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)

A. e altri c. Regno Unito, [GC], 19 febbraio 2009, ric. n. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505

Ahmet Özkan and Others v. Turkey, 6 aprile 2004, ric. n. 21689/93, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD002168993

Ahmet Özkan e altri c. Turchia, 6 aprile 2004, ric. n. 21689/93, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD002168993,

Akelienė c. Lituania, 16 ottobre 2018, ric. n. 19119/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1016JUD001911910

Akkoc c. Turchia, 10 ottobre 2000, ric. nn. 22947/93 e 22948/93, ECLI:CE:ECHR:2000:1010JUD002294793

Akpınar e Altun c. Turchia, 27 febbraio 2007, ric. n. 23116/94, ECLI:CE:ECHR:2007:0227JUD002311694

Al Nashiri c. Polonia, 24 luglio 2014, ric. n. 28761/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD002876111

Al-Adsani c. Regno Unito, ric. n. 35763/97, ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397, 21 novembre 2001

Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito, 2 marzo 2010, ric. n. 61498/08, ECLI:CE:ECHR:2010:0302JUD006149808

Al-Skeini e altri c. Regno Unito, [GC], 7 luglio 2011, ric. n. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107

Andreou c. Turchia, 3 giugno 2008, ric. n. 45653/99, ECLI:CE:ECHR:2008:0603JUD004565399

Andronicou e Constantinou c. Cipro, 9 ottobre 1997, ric. n. 25052/94, ECLI:CE:ECHR:1997:1009JUD002505294

Angelova c. Bulgaria, 13 giugno 2002, ric. n. 38361/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0613JUD003836197

Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo, 11 gennaio 2007, ric. n. 73049/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901

Armani Da Silva c. Regno Unito, [CG], 30 marzo 2016, ric. n. 5878/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0330JUD000587808

Ataykaya c. Turchia, 22 luglio 2014, ric. n. 50275/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0722JUD005027508

Atıman c. Turchia, 19 febbraio 2008, ric. n. 16854/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0219JUD001685402

Avşar c. Turchia, 10 luglio 2001, ric. n. 25657/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0710JUD002565794

Aydın c. Turchia, 25 settembre 1997, ric. n. 23178/94, ECLI:CE:ECHR:1997:0925JUD002317894

Aydın c. Turchia, 27 febbraio 2018, ric. n. 28245/10, ECLI:CE:ECHR:2018:0227JUD002824510

Banel c. Lituania, 18 giugno 2013, ric. n. 14326/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0618JUD001432611

Banković e altri c. Belgio e altri Stati, [GC], 12 dicembre 2001, ric. n. 52207/99, ECLI:CE:ECHR:2001:1212DEC005220799

Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia, [GC], decisione (irricevibilità) del 2 maggio 2007 e 10 maggio 2007, ric. nn. 71412/01 e 78166/01

Belgian Linguistics Case, 23 luglio 1968, ric. n. 1474/62

Benzer e altri c. Turchia, 12 novembre 2013, ric. n. 23502/06, ECLI:CE:ECHR:2013:1112JUD002350206

Beyazgül c. Turchia, 23 settembre 2004, ric. n. 27849/03, ECLI:CE:ECHR:2004:0923JUD002784903

Boychenko c. Russia, 12 ottobre 2017, ric. n. 8663/08, ECLI:CE:ECHR:2017:1012JUD000866308

Branko Tomašić e altri c. Croazia, 15 gennaio 2009, ric. n. 46598/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0115JUD004659806

Brecknell c. Regno Unito, 27 novembre 2007, ric. n. 32457/04, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD003245704

Brecknell c. Regno Unito, 27 novembre 2007, ric. n. 32457/04, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD003245704

Brincat e altri c. Malta, 24 luglio 2014, ric. nn. 60908/11 e altri, ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD006090811

Brogan e altri c. Regno Unito, 29 novembre 1988, ricc. nn. 11209/84, 11234/84, 11266/84 e 11386/85, Serie A n. 145-B

Bromiley c. Regno Unito, 23 novembre 1999, ric. n. 27227/95, ECLI:CE:ECHR:1999:1123JUD002722795

Bubbins c. Regno Unito, 17 marzo 2005, ric. n. 50196/99, ECLI:CE:ECHR:2005:0317JUD005019699

Budayeva e altri c. Russia, 20 marzo 2008, ric. nn. 15339/02 e altri, ECLI:CE:ECHR:2008:0320JUD001533902

Çakıcı c. Turchia, [GC], 8 luglio 1999, ric. n. 23657/94, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002365794

Calvelli e Ciglio c. Italia, [GC], 17 gennaio 2002, ric. n. 32967/96, ECLI:CE:ECHR:2002:0117JUD003296796

Cavit Tınarlıoğlu c. Turchia, 9 febbraio 2021, ric. n. 36542/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD003654216

Celniku c. Grecia, 5 luglio 2007, ric. n. 21449/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD002144904

Chahal c. Regno Unito, 15 novembre 1996, ric. n. 22414/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD002241493

Choreftakis e Choreftaki c. Grecia, 17 gennaio 2008, ric. n. 46846/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0117JUD004684605

Ciechońska c. Polonia, 14 giugno 2011, ric. n. 19776/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0614JUD001977604

Cipro c. Turchia, [GC], 10 maggio 2001, ric. n. 25781/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002578194

Creangă c. Romania [GC], 23 febbraio 2012, ric. n. 29226/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002922603

Daréjskizb c. Armenia, 14 maggio 2009, ric. n. 61737/08, ECLI:CE:ECHR:2009:0514DEC006173708

De Becker c. Belgio, 27 marzo 1962, ric. n. 214/56, ECLI:CE:ECHR:1958:0609DEC000021456

DEN HEIJER M. - LAWSON R., *Extraterritorial Human Rights and the Concept of 'Jurisdiction'*, in LANGFORD M. et al. (a cura di), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 153–191.

Denizci e altri c. Cipro, 23 maggio 2001, ric. nn. 25316/94, 25317/94, 25318/94, 25319/94, 25320/94, 25321/94 e 27207/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0523JUD002531694

Dink c. Turchia, 14 settembre 2010, ric. nn. 2668/07 e altri, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD000266807

Domenjoud c. Francia, 16 maggio 2024, ricc. n. 34749716 e 79607/17, ECLI:CE:ECHR:2024:0516JUD003474916

Drozd e Janousek c. Francia e Spagna, 26 giugno 1992, ric. n. 12747/87, ECLI:CE:ECHR:1992:0626JUD001274787

El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia, [GC], 13 dicembre 2012, ric. n. 39630/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1213JUD003963009

Ergi c. Turchia, 28 luglio 1998, ric. n. 23818/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0728JUD002381894

Ertaş c. Turchia, 27 maggio 2004, ric. n. 34672/97, ECLI:CE:ECHR:2004:0527JUD003467297

Esmukhambetov and Others v. Russia, 29 marzo 2011, ric. n. 23445/03, ECLI:CE:ECHR:2011:0329JUD002344503

Fernandes de Oliveira c. Portogallo [GC], 31 gennaio 2019, ric. n. 78103/14, ECLI:CE:ECHR:2019:0131JUD007810314

Finogenov e altri c. Russia, 20 dicembre 2011, ric. nn. 18299/03 e 27311/03, ECLI:CE:ECHR:2011:1220JUD001829903

Fretté c. Francia, 26 febbraio 2002, ric. n. 36515/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003651597

Georgia c. Russia (II), 21 gennaio 2021, ric. n. 38263/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308

Giuliani e Gaggio c. Italia [GC], 24 marzo 2011, ric. n. 23458/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0324JUD002345802

Golder c. Regno Unito, 21 febbraio 1975, ric. n. 4451/70, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170

Golubeva c. Russia, 17 dicembre 2009, ric. n. 106, ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD000010606

Gorelov c. Russia, 20 marzo 2018, ric. n. 49096/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD004909611

Güleç c. Turchia, 27 luglio 1998, ric. n. 21593/93, ECLI:CE:ECHR:1998:0727JUD002159393

Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia, [GC], 29 gennaio 2019, ric. n. 36925/07, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507

Hackett c. Regno Unito, 10 maggio 2005, ric. n. 34698/04, ECLI:CE:ECHR:2005:0510DEC003469804

Hafsteinsdóttir c. Islanda, 8 giugno 2004, ric. n. 40905/98, ECLI:CE:ECHR:2004:0608JUD004090598

Halis Akin c. Turchia, 20 luglio 2006, ric. n. 43577/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0720JUD004357798

Hamiyet Kaplan e altri c. Turchia, 15 settembre 2009, ric. n. 32572/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0915JUD003257203

Hanan v. Germany, [GC], 16 febbraio 2021, ric. n. 4871/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD000487116

Handyside c. Regno Unito, 7 dicembre 1976, ric. n. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372

Hassan c. Regno Unito, 16 settembre 2014, ric. n. 29750/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0916JUD002975009

Hirsi Jamaa e altri c. Italia, 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509

Huohvanainen c. Finlandia, 13 marzo 2007, ric. n. 57389/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0313JUD005738900

Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia, [GC], 8 luglio 2004, ric. n. 48787/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD004878799

Ilhan c. Turchia, 27 giugno 2000, ric. n. 22277/93, ECLI:CE:ECHR:2000:0627JUD002227793

imurtaş c. Turchia, 13 giugno 2000, ric. n. 23531/94, ECLI:CE:ECHR:2000:0613JUD002353194

Irlanda c. Regno Unito, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071

Irlanda c. Regno Unito, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071

Isaak e altri c. Turchia, 24 giugno 2008, ric. n. 44587/98, ECLI:CE:ECHR:2008:0624JUD004458798

Isayeva c. Russia, 24 febbraio 2005, ric. n. 57950/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0224JUD005795000

Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia, 24 febbraio 2005, ric. nn. 57947/00, 57948/00 e 57949/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0224JUD005794700

Issa e altri c. Turchia, 16 novembre 2004, ric. n. 31821/96, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD003182196

Jaloud c. Paesi Bassi [GC], 20 novembre 2014, ric. n. 47708/08, ECLI:CE:ECHR:2014:1120JUD004770808

James e altri c. Regno Unito, 21 febbraio 1986, ric. n. 8793/79, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379

Jordan c. Regno Unito, 4 maggio 2001, ric. n. 24746/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD002474694

Kalınlar c. Turchia, 15 dicembre 2009, ric. n. 4314/02, ECLI:CE:ECHR:2009:1215JUD000431402

Kanlibaş v. Turkey, 8 dicembre 2005, ric. n. 32444/96, ECLI:CE:ECHR:2005:1208JUD003244496

Karandja c. Bulgaria, 7 ottobre 2010, ric. n. 69180/01, ECLI:CE:ECHR:2010:1007JUD006918001

Karandja c. Bulgaria, 7 ottobre 2010, ric. n. 69180/01, ECLI:CE:ECHR:2010:1007JUD006918001

Kaya c. Turchia, 19 febbraio 1998, ric. n. 22729/93, ECLI:CE:ECHR:1998:0219JUD002272993

Kelly e altri c. Regno Unito, 4 maggio 2001, ric. n. 30054/96, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD003005496

Khamzayev e altri c. Russia, 3 maggio 2011, ric. n. 1503/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0503JUD000150302

Khashiyev e Akayeva c. Russia, Sentenza del 24 febbraio 2005, Ricorsi nn. 57942/00 e 57945/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0224JUD005794200

Klass e altri c. Germania, 6 settembre 1978, ric. n. 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971

Kleyn e altri c. Russia, 11 aprile 2013, ric. n. 59532/00, ECLI:CE:ECHR:2013:0411JUD005953200

Kurt c. Austria, 15 giugno 2021, ric. n. 62903/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315

Lawless c. Irlanda (n. 3), 1 luglio 1961, ric. n. 332/57

LCB c. Regno Unito, 9 giugno 1998, ric. n. 23413/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0609JUD002341394

Leray e altri c. Francia, 20 dicembre 2001, ric. n. 44617/98, ECLI:CE:ECHR:2001:1220JUD004461798

Loizidou c. Turchia, 18 dicembre 1996, ric. n. 15318/89, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD001531889

Loizidou c. Turchia, ric. n. 15318/89, 18 dicembre 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD001531889

Magnitskiy e altri c. Russia, 27 agosto 2019, ric. n. 32631/09, ECLI:CE:ECHR:2019:0827JUD003263109

Mahmut Kaya c. Turchia, 28 marzo 2000, ric. n. 22535/93, ECLI:CE:ECHR:2000:0328JUD002253593

Maiorano e altri c. Italia, 15 dicembre 2009, ric. n. 28634/06, ECLI:CE:ECHR:2009:1215JUD002863406

Makaratzis c. Grecia, 20 dicembre 2004, ric. n. 50385/99, ECLI:CE:ECHR:2004:1220JUD005038599

Makbule Kaymaz e altri c. Bulgaria, 20 gennaio 2015, ric. n. 64536/10, ECLI:CE:ECHR:2015:0120JUD006453610

Malik Babayev c. Azerbaigian, 1 giugno 2017, ric. n. 30500/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0601JUD003050011

Marckx c. Belgio, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374

Mastromatteo c. Italia, 24 ottobre 2002, ric. n. 37703/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1024JUD003770397

McCann e altri c. Regno Unito [GC], 27 settembre 1995, ric. n. 18984/91, ECLI:CE:ECHR:1995:0927JUD001898491

McCaughey e altri c. Regno Unito, 16 luglio 2013, ric. n. 43098/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0716JUD004309809

McKerr c. Regno Unito, 4 maggio 2001, ric. n. 28883/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD002888395

Medvedyev e altri c. Francia, 29 marzo 2010, ric. n. 3394/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD000339403

Moskendz c. Ucraina, 17 gennaio 2013, ric. n. 52013/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0117JUD005201308

Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turchia, 14 aprile 2015, ric. n. 24014/05, ECLI:CE:ECHR:2015:0414JUD002401405

Nachova e altri c. Bulgaria, [GC], 6 luglio 2005, ric. nn. 43577/98 e 43579/98, ECLI:CE:ECHR:2005:0706JUD004357798

Nikolova e Velichkova c. Bulgaria, 20 dicembre 2007, ric. n. 7888/03, ECLI:CE:ECHR:2007:1220JUD000788803

O'Keeffe c. Irlanda, [GC], 28 gennaio 2014, ric. n. 35810/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003581009

Öcalan c. Turchia [GC], 12 maggio 2005, ric. n. 46221/99, ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199

Ölmez c. Turchia, 20 giugno 2006, ric. n. 39464/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0620JUD003946498,

Öneryıldız c. Turchia, 30 novembre 2004, ric. n. 48939/99, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999

Orhan c. Turchia, 18 giugno 2002, ric. n. 25656/94, ECLI:CE:ECHR:2002:0618JUD002565694

Orhan c. Turchia, 18 giugno 2002, ric. n. 25656/94, ECLI:CE:ECHR:2002:0618JUD002565694

Osman c. Regno Unito, 28 ottobre 1998, ric. n. 23452/94, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294

Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito, 14 marzo 2002, ric. n. 46477/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0314JUD004647799

Perez c. Francia [GC], 12 febbraio 2004, ric. n. 47287/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0212JUD004728799

Perişan e altri c. Turchia, 20 maggio 2010, ric. n. 12336/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0520JUD001233603

Pivkina e altri c. Russia, 6 giugno 2023, ric. nn. 2134/23, 4556/23, 12899/23, 2156/23, 7800/23, 11065/23, 13850/23, ECLI:CE:ECHR:2023:0606DEC000213423

Pla e Puncernau c. Andorra, 13 luglio 2004, ric. n. 69498/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0713JUD006949801

Pretty c. Regno Unito, 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602

Putintseva c. Russia, 10 maggio 2011, ric. n. 33498/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0510JUD003349804

Rajkowska c. Polonia, 27 novembre 2007, ric. n. 27393/02, ECLI:CE:ECHR:2007:1127DEC003739302

Ramsahai e al. c. Paesi Bassi, [GC], 15 maggio 2007, ric. n. 52391/99, ECLI:CE:ECHR:2007:0515JUD005239199

Rasmussen c. Danimarca, 28 novembre 1984, ric. n. 8777/79, ECLI:CE:ECHR:1984:1128JUD000877779

S. e Marper c. Regno Unito, 4 dicembre 2008, ric. nn. 30562/04 e 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204

S.F. c. Svizzera, 31 ottobre 2017, ric. n. 23405/16, ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002340516

Saadi c. Italia, 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0228JUD003720106

Salman c. Turchia, 27 giugno 2000, ric. n. 21986/93, ECLI:CE:ECHR:2000:0627JUD002198693

Sasho Gogov (Sasho Gogov e altri) c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia, 21 febbraio 2012, ric. n. 1483/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0221JUD000148305

Servet Gündüz c. Turchia, 9 febbraio 2021, ric. n. 62830/11, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006283011

Shanaghan c. Regno Unito, 4 maggio 2001, ric. n. 37715/97, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD003771597

Shchiborshch e Kuzmina c. Russia, 16 gennaio 2014, ric. n. 5269/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0116JUD000526908

Šilih c. Slovenia, 9 aprile 2009, ric. n. 71463/01, ECLI:CE:ECHR:2009:0409JUD007146301

Smiljanić c. Croazia, 25 marzo 2010, ric. n. 35983/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0325JUD003598304

Soare e altri c. Romania, 22 febbraio 2011, ric. n. 24329/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0222JUD002432902

Soering c. Regno Unito, 25 gennaio 1989, ric. n. 14038/88, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888

Solomou and Others c. Turchia, ric. n. 36832/97, 24 giugno 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0624JUD003683297

Sporrong e Lönnroth c. Svezia, 23 settembre 1982, ric. nn. 7151/75 e 7152/75, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175

Szula c. Regno Unito, 4 gennaio 2007, ric. n. 18727/06, ECLI:CE:ECHR:2007:0104DEC001872706

Tanlı c. Turchia, 10 aprile 2007, ric. n. 26129/95, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD002612995

Taş c. Turchia, 14 novembre 2000, ric. n. 24396/94, ECLI:CE:ECHR:2000:1114JUD002439694

Taylor e altri c. Regno Unito, 14 gennaio 1998, ric. n. 23412/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0114DEC002341294

The Holy Monasteries c. Grecia, 9 dicembre 1994, ric. nn. 13092/87 e 13984/88, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001309287

The Sunday Times c. Regno Unito (n. 1), 26 aprile 1979, ric. n. 6538/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874

Treska c. Albania, decisione sull'ammissibilità del 29 giugno 2006, ric. n. 26937/04, ECLI:CE:ECHR:2006:0629DEC002693704

Tzekov c. Bulgaria, 23 febbraio 2010, ric. n. 34899/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0223JUD003489903

Ucraina e Paesi Bassi c. Russia, [GC], 9 luglio 2025, ricc. nn. 8019/16, 43800/14, 28525/20 e 11055/22, ECLI:CE:ECHR:2025:0709JUD000801916

Vachovi e altri c. Bulgaria, 8 luglio 2014, ric. n. 42971/98, ECLI:CE:ECHR:2014:0708JUD004297198

Varnava and Others v. Turkey, 18 settembre 2009, ric. nn. 16064/90 e altri, ECLI:CE:ECHR:2009:0918JUD001606490

Vlaevi c. Bulgaria, 26 maggio 2016, ric. n. 42697/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0526JUD004269713

Vo c. Francia, 8 luglio 2004, ric. n. 53924/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD005392400

X c. Regno Unito, 5 novembre 1981, ric. n. 7215/75, ECLI:CE:ECHR:1981:1105JUD000721575

X. c. Belgio, 28 febbraio 1977, ric. n. 7450/76 (inammissibile), ECLI:CE:ECHR:1977:0228DEC000745076

Yaşa c. Turchia, 2 settembre 1998, ric. n. 22495/93, ECLI:CE:ECHR:1998:0902JUD002249593

Yukhymovych c. Ucraina, 17 dicembre 2009, ric. n. 49218/07, ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD004921807

Zinatullin c. Russia, 28 gennaio 2020, ric. n. 47920/16, ECLI:CE:ECHR:2020:0128JUD004792016

Commissione Europa dei Diritti dell'Uomo

Barrett c. Regno Unito, 9 aprile 1997, ric. n. 30402/96, ECLI:CE:ECHR:1997:0409DEC003040296

Brogan e altri c. Regno Unito, rapporto della Commissione, 145-B Eur. Ct. H.R. (Ser. A)

Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia, ric. nn. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67

Guerra e al. c. Italia, ric. n. 7154/75, decisione del 12 luglio 1978

Stewart c. Regno Unito, ric. n. 10044/82, decisione del 10 luglio 1984

Corte Internazionale di Giustizia

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Merits, Sentenza del 3 febbraio 2015, *ICJ Reports 2015*

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 dicembre 2005, *I.C.J. Reports 2005*, p. 168, ECLI:ICJ:JUD:2005:1219:000:00

Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti d'America), sentenza del 27 giugno 1986, *I.C.J. Reports 1986*

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Parere consultivo del 9 luglio 2004, in *I.C.J. Reports 2004*, pp. 136–203.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Parere consultivo dell'8 luglio 1996, in *I.C.J. Reports 1996*, pp. 226–267

Corte interamericana dei diritti umani

Bámaca Velásquez c. Guatemala, 25 novembre 2000, Serie C n. 70

Franklin Guillermo Aisalla Molina v. Ecuador (Ecuador – Colombia), Admissibility, Report No. 112/10, 21 ottobre 2010

Las Palmeras c. Colombia (Eccezioni preliminari), 4 febbraio 2000, Serie C n. 67

Velásquez Rodríguez c. Honduras, 29 luglio 1988, Serie C n. 4

Villagrán-Morales e al. c. Guatemala (“Street Children”), 19 novembre 1999, Series C No. 63

Commissione interamericana dei diritti umani

Abella c. Argentina, rapporto n. 55/97 (caso n. 11.137), 18 novembre 1997

Coard e altri c. Stati Uniti, rapporto n. 109/99, 29 settembre 1999

White e Potter (Baby Boy) c. Stati Uniti, Caso 2141, Rapporto No. 23/81, 6 marzo 1981

Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli

Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, *Social and Economic Rights Centre (SERAC) and Centre for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, Comunicazione No. 155/96 (2001), decisione del 27 ottobre 2001

Tribunali penali internazionali

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković, Sentenza di primo grado, 22 febbraio 2001, caso nn. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T

Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 ottobre 1995, caso n. IT-94-1-AR72

Corti nazionali

Corte costituzionale del Sudafrica, *S c. Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391 (CC)

Corte suprema d'Israele, HCJ 69/81, *Abu Itta et al. v. Commander of IDF Forces in the Judea & Samaria Area & Others*, in *Piskei Din* (P.D.), vol. 37, n. 2, 1983

Corte suprema d'Israele, HCJ 87/85, *Arjoub v. Commander of IDF Forces in the Judea & Samaria Area*, in *Piskei Din* (P.D.), vol. 42, n. 1, 1988

Corte suprema d'Israele, *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, 11 dicembre 2006, ric. n. HCJ 769/02, in *International Legal Materials*, vol. 46, n. 2, 2007, p. 375 (*Targeted Killings*)

Corte suprema del Canada, *United States of America c. Burns and Rafay*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, 15 febbraio 2001

Corte suprema del Regno Unito (House of Lords), *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26

Corte suprema del Regno Unito (House of Lords), *R (on the application of Al-Skeini and Others) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, [2008] AC 153

Corte suprema del Regno Unito (House of Lords), *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, in *UKSC*, n. 2, 17 gennaio 2017.

Corte suprema dell'India, *Francis Coralie Mullin c. The Administrator, Union Territory of Delhi*, 13 gennaio 1981, (1981) 2 SCC 608

DOCUMENTI UFFICIALI

Assemblea Generale ONU, Risoluzione 2444 (XXIII), 19 dicembre 1968

Assemblea Generale ONU, Risoluzione 2647 (XXV), 1 dicembre 1970

Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata dalla Organization of African Unity (OAU) a Nairobi il 27 giugno 1981

Carta araba dei Diritti umani, adottata dalla Lega degli Stati arabi al Cairo il 22 maggio 2004, art. 5 combinato con disposizioni in materia di diritti economici e sociali

Carta asiatica dei Diritti umani, adottata a Gwangju il 17 maggio 1998

Carta delle Nazioni Unite, adottata a San Francisco il 26 giugno 1945

Carta sociale europea, adottata a Torino il 18 ottobre 1961, 529 U.N.T.S. 89, art. 30 (1)

CICR, *No Agreement by States on Mechanism to Strengthen Compliance with Rules of War*, Comunicato stampa, 10 dicembre 2015.

CICR, *Somalia: Sparing People from the Spears - How a Radio Show Can Save Lives*, CICR, 2008

CICR, *Under the Protection of the Palm: Wars of Dignity in the Pacific*, ICRC, 2009

Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights, vol. III, pp. 280, 282 (Comitato di esperti, 2 febbraio - 10 marzo 1950), L'Aia, Martinus Nijhoff, 1976; U.N. Doc. E/CN.4/L.139

Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights, vol. I, p. 104 (Commissione preparatoria del Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Assemblea consultiva, 11 maggio - 8 settembre 1949), L'Aia, Martinus Nijhoff, 1975

Collective Edition of the *Travaux préparatoires* of the European Convention on Human Rights, Consiglio d'Europa, 1975

Comitato Internazionale della Croce Rossa, *Humanitarian Outlook 2026: A World Succumbing to War*, disponibile al link <https://www.icrc.org/en/article/humanitarian-outlook-2026> (consultato il 18 agosto 2026)

Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, Commento generale n. 6, art. 6 (Diritto alla vita), 16ª sessione, 1982, in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 1994

Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, Delia Saldías de López c. Uruguay, comunicazione n. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, (1981)

Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, Fourth Periodic Reports of States Parties: State of Israel, CCPR/C/ISR/4, (2013)

Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, General Comment No. 29, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, General Comment n. 31, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13,

Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, General Comment n. 36 sull'art. 6: diritto alla vita, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (2018)

Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *López Burgos c. Uruguay*, comunicazione n. 12/52, UN Doc. A/36/40 (1981)

Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Reid c. Jamaica*, Comunicazione n. 250/1987, UN Doc. CCPR/C/39/D/250/1987, 20 luglio 1990

Commissione di Diritto Internazionale, *Fragmentation of international law: difficulties arising from diversification and expansion of international law*, 13 aprile 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682

Commissione di Diritto Internazionale, *Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II

Consiglio di Sicurezza ONU, Risoluzione 1882, 4 agosto 2009

Consiglio di Sicurezza ONU, Risoluzione 237, 14 giugno 1967; Consiglio di Sicurezza ONU, Risoluzione 1649, 21 dicembre 2005

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War of Land, L'Aia, 18 ottobre 1907, 205 Consol. T.S. 277

Convenzione (I) di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna, 12 agosto 1949.

Convenzione (II) di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare, 12 agosto 1949.

Convenzione (III) di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, 12 agosto 1949.

Convenzione (IV) di Ginevra relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra, 12 agosto 1949

Convenzione americana dei diritti umani, adottata a San José di Costa Rica il 22 novembre 1969

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, adottata a Roma il 4 novembre 1950

Convenzione relativa allo status dei rifugiati (Convenzione di Ginevra del 1951), adottata a Ginevra il 28 luglio 1951 ed entrata in vigore il 22 aprile 1954

Convenzione sulla proibizione dell'uso, stoccaggio, produzione e trasferimento di mine antiuomo e sulla loro distruzione (Convenzione di Ottawa), adottata a Oslo il 18 settembre 1997

Convenzione sulla proibizione o la limitazione dell'uso di alcune armi convenzionali che possono essere considerate eccessivamente dannose o aventi effetti indiscriminati, adottata a Ginevra il 10 ottobre 1980

Council of Europe, *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, 27 settembre 2001

Dichiarazione Americana dei diritti e doveri dell'uomo, adottata dalla IX Conferenza internazionale americana a Bogotá il 2 maggio 1948

Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America adottata a Philadelphia il 4 luglio 1776

Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam, adottata al Cairo il 5 agosto 1990

Dichiarazione sugli standard umanitari minimi (Dichiarazione di Turku), adottata a Turku il 2 dicembre 1990

Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 47/133 il 18 dicembre 1992

Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a Parigi, ris. 217 A (III), 10 dicembre 1948

General Comment No. 23, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 10

General Comment No. 29, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 11

Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 luglio 2002

Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Codice Lieber), adottato a Washington il 24 aprile 1863

Official Report of the Sitting dell'Assemblea consultiva, 8 settembre 1949, in *Travaux préparatoires*, vol. II, pp. 14-274

ONU, Assemblea Generale, "Report of the Human Rights Committee", in *Official Records of the General Assembly, Thirty-seventh Session* (1982), UN Doc. A/37/40

ONU, Commissione dei Diritti Umani, "Summary Record of the 126th Meeting", in *Lavori preparatori del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, UN Doc. E/CN.4/SR.126

ONU, Commissione dei Diritti Umani, “Summary Record of the 195th Meeting”, in *Lavori preparatori del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* (1950), UN Doc. E/CN.4/SR.195

Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966

Preparatory Report by the Secretariat-General concerning a Preliminary Draft Convention to Provide a Collective Guarantee of Human Rights, Doc. B 22, III TP 2–37, p. 18

Proclamazione di Teheran, Risoluzione XXIII, *Respect for Human Rights in Armed Conflicts*, 12 maggio 1968, UN Doc. A/CONF.32/41

Protocollo n. 13 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (abolizione totale della pena di morte), Vilnius, 3 maggio 2002

Protocollo n. 6 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (abolizione della pena di morte), Strasburgo, 28 aprile 1983

Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, Strasburgo, 22 novembre 1984

Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, adottato a New York il 25 maggio 2000

Protocollo sulle armi incendiarie (Protocollo III alla Convenzione su certe armi convenzionali del 1980), adottato a Ginevra il 10 ottobre 1980

Protocollo sulle proibizioni o restrizioni dell'uso di mine, trappole e altri dispositivi, come emendato il 3 maggio 1996 (Protocollo II emendato alla Convenzione su certe armi convenzionali del 1980), adottato a Ginevra il 3 maggio 1996

Report of the Fifth Session of the Commission on Human Rights to the Economic and Social Council, UN Doc. E/1371(Supp.), p. 18.

Report of the sitting of the Consultative Assembly, 25 agosto 1950 (mattina), VI TP74-143

Report of the Sub-Committee Instructed to Make a Preliminary Study of the Amendments Proposed by the Members of the Committee, Doc. A 796, III TP 200-205

Report to the Committee of Ministers submitted by the Committee of Experts Instructed to Draw Up a Draft Convention of Collective Guarantee of Human Rights and Fundamental Freedoms, Doc. CM/WP 1 (5) 15, A 924, IV TP 2–55

Risoluzione 2675 (XXV) “Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts”, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre 1970

Risoluzione 46/135 “Situation of human rights in Kuwait under Iraqi occupation”, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 17 dicembre 1991

Risoluzione 46/136 “Situation of human rights in Afghanistan”, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 17 dicembre 1991

Risoluzione XXIII “Human Rights in Armed Conflicts”, adottata dalla Conferenza internazionale sui diritti umani a Teheran il 12 maggio 1968

Statuto di Roma della Corte penale internazionale, adottato il 17 luglio 1998

Trattato sulla proibizione delle armi nucleari, adottato a New York il 7 luglio 2017

U.S. Department of the Air Force, *International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, Air Force Pamphlet (AFP) 110-31, 19 novembre 1976

UN Human Rights Committee, General Comment No. 6 (16): Article 6 (Right to Life), UN Doc. CCPR/C/21/Add.1

United Nations, *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, adottati dall’VIII United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, L’Avana, 27 agosto - 7 settembre 1990

United Nations, *Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions*, adottati dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite con risoluzione 1989/65 del 24 maggio 1989

Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1987, vol. 30

Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1990, vol. 33

Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1992, vol. 35

Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, pp. 219-220

Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II