



ANTONIO J. PALMA\*

## IL CASO HASSAN CONTRO REGNO UNITO: CEDU, ART. 15, DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO E LA RICERCA DI UN *COMMODUS DISCESSUS* TRA (SUPPOSTE) ANTINOMIE NORMATIVE E STATO DI ECCEZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: il caso *Hassan contro Regno Unito* ed il rapporto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto internazionale umanitario. - 2. La vicenda ed il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo. - 3. L'ambito applicativo della Convenzione ed il criterio della *jurisdiction*. - 4. La ricostruzione dei rapporti tra la Convenzione europea ed il diritto internazionale umanitario. - 4.1 *segue*: I rilievi critici nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Spano. - 4.2 *segue*: Ulteriori rilievi critici. La *deminutio* della tutela offerta dall'art. 5 e la (presunta) obsolescenza dell'art. 15. - 5. Conclusioni. Una possibile soluzione negli artt. 15 e 53 CEDU.

1. *Premessa: il caso Hassan contro Regno Unito ed il rapporto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto internazionale umanitario*

La spinosa questione dei rapporti tra il diritto internazionale dei diritti umani ed il diritto – di più risalente matrice – internazionale umanitario e della relativa ricostruzione in termini di sovrapposizione e/o interferenza e/o complementarietà ne parrebbe costituire un terreno particolarmente fecondo, sul quale la dottrina internazionalistica ha ampiamente avuto modo di misurarsi<sup>1</sup>, dando vita ad un dibattito complesso e multiforme,

---

\* Praticante avvocato e dottorando in “Diritto pubblico, comparato ed internazionale”, curriculum “Ordine internazionale e diritti umani”, presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università “La Sapienza” di Roma. Il presente scritto è stato ultimato il 5 ottobre 2014.

<sup>1</sup> Sul diritto internazionale umanitario ed, in particolare, sulle sue interrelazioni con il diritto internazionale dei diritti umani si vedano A. EIDE, *The laws of war and human rights - differences and convergencies*, in C. SWINARSKI (a cura di), *Studies and Essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, Geneva-The Hague, 1984, pp. 675-697; A. ROSAS, *The frontiers of international humanitarian law*, in *Journal of peace research*, 1987, pp. 219-226; R. ABI-SAAB, *Human rights and humanitarian law in international conflicts*, in D. WARNER (a cura di), *Human rights and humanitarian law. The quest for universality*, The Hague-Boston-London, 1997, pp. 107-123; R. E. VINUESA, *Interface, correspondence and convergence of human rights and international humanitarian law*, in *YB. Int. Hum. Law*, 1998, pp. 69-110; F. NI AOLAÍN, *The relationship between situations of emergency and low intensity armed conflict*, in *Isr. YB. Hum. Rights*, 1998, pp. 97-106, nonché, *Emergency war and international law – another perspective*,

precipuamente orientato ad individuare affinità e discrepanze tra i due regimi giuridici in questione, a partire dalla *ratio* ispiratrice che starebbe a fondamento degli stessi, fino a rimarcare la diversità dei rapporti giuridici inquadrati, nonché le connotazioni strutturali – e sanzionatorie, in particolar modo – rinvenibili nelle norme che si ascrivono all’uno od all’altro di questi sistemi. E così, siffatta discussione, unita al proficuo svolgersi della prassi internazionale – soprattutto di quella ascrivibile alla Corte Internazionale di Giustizia – ha consentito di evidenziare, da un canto, i notevoli profili di analogia tra i due complessi giuridici, oggetto specifico della presente trattazione, rintracciabili non solo nella sostanziale identità del fondamento giuridico-culturale che sta alla base di entrambi (l’esigenza di tutelare gli individui da violenze, abusi, soprusi ed interferenze da parte dei detentori del pubblico potere), ma anche nella coincidenza di talune posizioni giuridiche subiettive da essi presidiate (si pensi, per esempio al divieto di tortura) e nella struttura *erga omnes* – o, quantomeno, *erga omnes partes conventionis* – di taluni obblighi posti in capo agli Stati membri dagli strumenti internazionali pattizi che concorrono a definire il *corpus* normativo di entrambi i sistemi; dall’altro, tuttavia, è stato possibile porre in debita evidenza le differenze – di non poco momento – tra la tutela internazionale dei diritti umani ed il diritto internazionale umanitario e che risultano rintracciabili non solo nel differente novero applicativo dei due regimi (se la prima denota operatività generale, il secondo s’appalesa, invece, esclusivamente legato all’ipotesi di conflitto armato interno ovvero internazionale), ma anche nel diverso atteggiarsi degli obblighi schiusi dai relativi strumenti convenzionali (significativo orientamento suole ricostruire gli obblighi contenuti nelle Convenzioni di Ginevra e negli allegati Protocolli addizionali in termini meramente interstatuali e configurare, *ex adverso*, come obblighi degli Stati nei diretti confronti degli individui quelli, invece, contenuti negli strumenti pattizi protettivi dei diritti umani fondamentali) e nella diversa struttura delle rispettive norme, oltre che nel diverso atteggiarsi del rapporto tra queste ultime e lo sviluppo della prassi (si è notato, in particolare, che mentre le norme enucleate nel diritto internazionale umanitario s’appalesano ben più complesse e dettagliate, specialmente per quel che concerne il profilo sanzionatorio, rispetto a quelle contenute nei trattati internazionali posti a presidio dei diritti subiettivi inviolabili, definite, al contrario, spesso in generici termini di principio, ma per il cui sviluppo contenutistico s’appalesa d’imprescindibile nodalità lo svolgersi della prassi giurisprudenziale e paragiurisprudenziale riportabile agli organi preposti al momento d’interpretazione/attuazione delle convenzioni in parola).

Tuttavia, oggi come oggi, il profilo giuridico di maggiore interesse nelle interrelazioni normative ed operative tra diritto internazionale dei diritti umani e diritto internazionale umanitario, per i suoi evidenti risvolti pratici, sembrerebbe essere dato dalla sovrapposizione applicativa tra i due regimi nel contesto di quel contenzioso internazionale

---

in *Netherlands journal of international law*, pp. 29-63; E. GREPPI, *Diritto umanitario e diritti umani nei conflitti armati contemporanei*, in A. DE GUTTRY (a cura di), *Le nuove sfide della protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, Pisa, 2002, pp. 15-40, nonché, *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani, norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 801 ss., nonché, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di convergenza*, in *Recueil des cours*, 1996, p. 473 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2001; T. MERON, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, 1989, nonché, *Convergence of international humanitarian law and human rights law*, in D. WARNER (a cura di), *Human rights and humanitarian law*, cit., pp. 97-105; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, 2002; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*<sup>3</sup>, Torino, 2013, p. 52 ss.; R. PROVOST, *Reciprocity in human rights and humanitarian law*, in *Br. YB. Int. Law*, 1994, pp. 383-454; G. VENTURINI, *Diritto umanitario e diritti dell’uomo: rispettivi ambiti d’intervento e punti di confluenza*, in *Riv. dir. int. dir. uomo*, 2001, pp. 49-61.

che chiami in causa uno Stato vincolato ad entrambi: in altri termini, ne parrebbe necessario comprendere come il giudice internazionale – ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi anche semplicemente Corte EDU) – o, comunque, un *treaty-body* investito di funzioni interpretativo-applicative del rispettivo trattato posto a presidio dei diritti fondamentali – ad esempio, il Comitato per i diritti umani – debba comportarsi allorchè sia chiamato a giudicare – o, più semplicemente, a valutare – il contegno osteso da uno Stato parte dell'accordo, volta per volta considerato, ma che sia anche vincolato al diritto ginevrino, nelle ipotesi in cui esso sia chiamato a fronteggiare una situazione di conflitto armato interno ovvero internazionale, specialmente alla luce dell'evidente ed endemica debolezza dei meccanismi di *enforcement* di cui si avvale il regime umanitario che, affidati all'oramai quasi desueto sistema delle "potenze protettrici" ed alla supervisione del Comitato internazionale della Croce Rossa, sembrerebbero riposare, in ultima analisi, sulla mera – e spesso insufficiente – buona volontà delle parti coinvolte nel conflitto.

A tal proposito ha avuto modo di pronunziarsi di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'ambito della sentenza resa dalla Grande Camera sul caso *Hassan c. Regno Unito*<sup>2</sup> proponendo, in via di prima approssimazione, un'inedita, originale e curiosa formula di interpretazione "armonizzatrice" tra gli obblighi convenzionali ed il diritto ginevrino, in relazione all'applicazione, in contesti di conflitto armato, dell'art. 5 CEDU, sul presupposto – non esplicitato, ma rintracciabile nelle pieghe dell'argomentazione degli organi di Strasburgo – della presunta obsolescenza della clausola derogatoria dei diritti umani di cui all'art. 15 CEDU<sup>3</sup>: peraltro, dato che la sovramenzionata sentenza, da un canto denota una

<sup>2</sup> Si veda la sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 settembre 2014, *Hassan c. Regno Unito*, p. 1 ss., disponibile, come tutte le pronunzie degli organi di Strasburgo, sul sito internet istituzionale [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>3</sup> Tra i contributi più significativi in merito all'art. 15 CEDU ed alle clausole derogatorie dei diritti umani, più in generale, si vedano A. SVENSSON-MCCARTHY, *The international law of human rights and states of exception*, The Hague-Boston-London, 1998; D. PRÉMONT (a cura di), *Droits intangibles et états d'exception – non derogable rights under states of emergency in international law*, Bruxelles, 1996; J. ORAÁ, *Human rights in states of emergency in international law*, Oxford, 1992; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Milano, 2010; P. DUFFY, *Note on art. 15 of the European Convention on human rights*, in D. PRÉMONT (a cura di), *Droits intangibles – non derogable rights*, cit., pp. 203-212; G. CATALDI, *Art. 15*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 425-442; *Art. 15*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 555-564; *La clausola di deroga della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. eur.*, 1983, p. 3 ss.; *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela*, cit., pp. 752-771; E. CRYSLER, *Brannigan and McBride v. U.K.: a new discretion on art. 15 derogations under the European Convention on human rights?*, in *Rev. belg. dr. int.*, 1994, pp. 603-631; F. DE SANCTIS, *La deroga del Regno Unito alla Convenzione europea nell'ottica della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 641 ss.; M. M. EL ZEIDY, *The ECHR and states of emergency: art. 15 – a domestic power of derogation from human rights obligations*, in *San Diego international law journal*, 2003, p. 287 ss.; R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, 1987; J. FITZPATRICK, *Human rights in crisis: the international system for protecting human rights in states of emergency*, Philadelphia, 1994; O. GROSS, F. NI AOLAIN, *From discretion to scrutiny: revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of art. 15 of the European Convention of human rights*, in *Hum. Rights Quart.*, 2001, p. 625 ss.; *Law in time of crises*, Cambridge, 2006; P. KLEIN, *Protection de droits de l'homme et circonstances exceptionnelles*, in *Recueil des cours*, 1994, pp. 91-142; A. MOKHTAR, *Human rights obligations v. derogations: art. 15 of the European Convention on human rights*, in *Int. Jour. Hum. Rights*, 2004, pp. 65-87; A. J. PALMA, *L'art. 15 della CEDU e la regola del silenzio: sessant'anni di (carente) applicazione dello stato di eccezione*, in *Rivista OIDU*, 2014, p. 468 ss.; N. QUESTIAUX, *Study of the implication for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency*, doc. E/CN.4/sub.2/1982/15, 27/07/1982; T. SCOVAZZI, *Considerazioni sull'inderogabilità di alcuni diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti umani*, in I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI, S. URBINATI (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti*

certa complessità dell'*iter* logico-ricostruttivo seguito dalla Corte, chiamando in causa non solo i rapporti tra la tutela dei diritti umani offerta dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora innanzi anche semplicemente "CEDU") ed il diritto internazionale umanitario, ma anche il peso – come sopra accennato – che in proposito potrebbe assumere la precitata clausola derogatoria dei diritti umani e, dall'altro, offre interessanti e significativi spunti di riflessione sull'argomento del novero applicativo del trattato internazionale in questione, ne parrebbe opportuno, nonchè necessario, prima di giungere al cuore della questione, ricostruire, seppur in termini piuttosto sintetici, i profili *de facto* del caso concreto, prevenuto all'attenzione del consesso di Strasburgo.

## 2. *La vicenda ed il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo*

In via di prima approssimazione, può osservarsi come il caso in oggetto concerna la vicenda di un cittadino iracheno, il sig. Tarek Hassan, arrestato verso la fine di Aprile del 2003 – è opportuno rammentare che, in quel periodo, erano in corso le operazioni militari e paramilitari portate avanti dalla coalizione angloamericana, responsabile dell'aggressione allo Stato iracheno – dalle truppe inglesi, detenuto in un campo di prigionia denominato *Camp Bucca* e, successivamente, ritrovato morto in circostanze poco chiare nel Settembre dello stesso anno. Il ricorso presso la Corte di Strasburgo è stato inoltrato dal fratello di quest'ultimo, il sig. Khadim Resaan Hassan (d'ora innanzi anche "il ricorrente") il 5 Giugno 2009, a seguito dell'infruttuoso esperimento dei ricorsi interni presso il sistema giurisdizionale inglese, nell'ambito del quale essi sono stati tutti quanti respinti in punto di legittimità – senza, dunque, che alcun giudice anglosassone avesse avuto modo di pronunziarsi nel merito della questione – in base all'erroneo presupposto dell'inapplicabilità in chiave extraterritoriale delle gaurentigie schiuse dal dettato normativo della Convenzione europea: più nello specifico, il ricorso presentato al tribunale internazionale in parola denunciava la violazione, ai danni del sig. Tarek Hassan, dell'art. 5, paragrafi primo, secondo, terzo e quarto della CEDU, concretantesi in una (presunta) detenzione illegittima ed arbitraria, del tutto carente di salvaguardie procedurali, degli artt. 2 e 3 della Convenzione, a motivo dei prospettati maltrattamenti subiti dalla vittima durante il periodo di privazione della relativa libertà personale, nonché della morte che ne sarebbe conseguita ed infine – e di nuovo! – dell'art. 5, in ragione del supposto fallimento delle autorità britanniche nell'investigare ed indagare adeguatamente le vicende – dagli esiti esiziali – che sono occorse al sig. Hassan. Peraltro, in un primo momento, la trattazione del ricorso in parola, assegnata alla Quarta Sezione, veniva sospesa, pendente presso la Grande Camera la

---

della giornata di studio in memoria di Carlo Russo, Milano, 2009, p. 131 ss.; P. TAVERNIER, *Article 15*, in L.-E. PETITTI (a cura di), *Commentaire à la CEDH*, Paris, 1995, pp. 489-403; K. TERAYA, *Emerging biarchy in international human rights and beyond: from perspective of non-derogable rights*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2001, pp. 917-941; UFFICIO DELL'ALTO COMMISSARIO ONU PER I DIRITTI UMANI, in collaborazione con l'INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *The Administration of justice during states of emergency*, in *Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, procurators and lawyers*, New York-Geneva, 2003, pp. 815-891; L. ZAGATO, *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *DEP-Deportate, esuli, profughe*, n. 5, 2006, rivista telematica disponibile sul sito internet [www.unive.it](http://www.unive.it); C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*<sup>3</sup>, Torino, 2013, pp. 195-196.

regiudicanda relativa al caso – per taluni versi affine – *Al-Skeini ed altri c. Regno Unito*<sup>4</sup>, per poi, in seguito, essere rimessa direttamente alla cognizione della Grande Camera ai sensi dell'art. 30 della Convenzione.

Senza indulgere, in questa sede, in una trattazione oltremodo diffusa delle questioni di fatto pervenute all'attenzione della Corte<sup>5</sup>, né delle allegazioni prodotte dalle parti, quanto al momento di valutazione delle prove e di ricostruzione della vicenda concreta<sup>6</sup>, ne parrebbe, comunque, opportuno riassumere brevemente le conclusioni, elaborate dai giudici di Strasburgo, in merito all'effettivo svilupparsi della dinamica concreta dei fatti<sup>7</sup>. La Corte prende anzitutto le mosse da taluni elementi *de facto* non disputati dalle parti e, più precisamente, dal fatto che il fratello del ricorrente fosse stato catturato dalle forze armate britanniche il 23 Aprile 2003, successivamente detenuto a *Camp Bucca* ed, alla fine, trovato morto presso la località di *Samara* il primo Settembre 2003; restavano, peraltro, aperti tre interrogativi, dei quali il primo concerneva le ragioni della detenzione de sig. Tarek Hassan (il fratello-ricorrente sosteneva che si trattasse di un mezzo per fare pressione proprio su di lui, all'epoca dei fatti investito di funzioni apicali sia nel partito *Ba'ath* sia nei ranghi delle forze armate *Al-Quds*, mentre il Governo inglese asseriva che lo stesso sig. Tarek Hassan fosse sospettato di far parte delle predette organizzazioni e, dunque, di essere egli stesso estremamente pericoloso), il secondo quando ed in quali circostanze il sig. Hassan avesse lasciato il campo di prigionia, il terzo la questione se egli, durante il periodo d'internamento, avesse subito dei maltrattamenti, il cui sospetto era stato alimentato da evidenti segni, anche di arme da fuoco, rinvenuti sul suo cadavere, per lo meno a detta del ricorrente. Quanto al primo punto, la Corte, rigettando le – carenti – prove testimoniali dedotte dal ricorrente, ha accolto la tesi sostenuta dal Governo convenuto – e radicata non solo sulle prove testimoniali da esso fornite, ma anche sulle registrazioni ufficiali delle forze armate debitamente prodotte – chiarendo come il sig. Tarek Hassan fosse stato tratto in arresto non solo in ragione del vincolo adelfico che lo legava al ricorrente, ma anche perché sospettato in prima persona di perigliosi legami con il partito *Ba'ath* e le milizie *Al-Quds*: egli, infatti, era stato sorpreso dalle forze britanniche appostato sul tetto della propria abitazione, armato di un fucile mitragliatore AK-47 e di altre armi da fuoco, nonché in possesso di documenti ufficiali riportabili alle predette organizzazioni, alimentando, pertanto, forti sospetti sulla sua diretta appartenenza alle stesse e sconfessandosi, d'altro canto, la tesi per cui la relativa detenzione sarebbe stata un mero strumento di pressione ricattatorio nei confronti del ricorrente. Quanto al secondo ed al terzo punto controverso, il consesso di Strasburgo, per la verità, barcamenandosi non senza qualche imbarazzo in un complesso contesto ricostruttivo, dato dalla carenza delle allegazioni e delle prove fornite dalle parti, è riuscita a chiarire, con sufficiente precisione, che il sig. Hassan era stato rilasciato dalle autorità britanniche il 2 Maggio 2003, presso la cittadina di *Umn Quasr*, vicino proprio a *Camp Bucca*, ritenendo, oltretutto, non integrata la prova dei maltrattamenti subiti da costui durante il periodo di detenzione, essendo egli, peraltro, stato trovato morto all'incirca cinque mesi dopo la data della sua liberazione.

Siffatta ricostruzione dei profili *de facto* della vicenda ha consentito alla Corte di qualificare *de plano* come manifestamente infondate le censure avanzate dal ricorrente in

---

<sup>4</sup> Si veda la sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 luglio 2011, *Al-Skeini ed altri c. Regno Unito*, p. 1 ss.

<sup>5</sup> Per le quali si vedano i punti n. 8-32 della sentenza.

<sup>6</sup> Per la quale si vedano i punti n. 43-46 della sentenza.

<sup>7</sup> Si vedano i punti n. 47-58 della sentenza.

merito agli artt. 2 e 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>8</sup>: difatti, la carenza di prove in merito a qualsivoglia tipo di maltrattamento subito dal sig. Hassan e la circostanza per cui il cadavere di costui è stato rinvenuto ad una distanza di quasi cinque mesi dall'accertata data del rilascio, hanno indotto la Corte ad escludere la violazione, ai danni di quest'ultimo, sia del diritto alla vita che del divieto di tortura e di altre pene o trattamenti inumani e degradanti, sollevando, correlativamente, il Paese convenuto dall'obbligo di effettuare opportune ed adeguate investigazioni in proposito.

In seguito, l'organo di Strasburgo ha provveduto ad occuparsi della prospettata violazione, ai danni del sig. Hassan, dell'art. 5 della Convenzione, chiarendo, in via preliminare, la questione del novero applicativo di siffatto trattato internazionale, deputato alla protezione dei diritti umani fondamentali.

### 3. *L'ambito applicativo della Convenzione ed il criterio della jurisdiction*

Quanto al profilo della definizione del novero applicativo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>9</sup>, la Corte, nello svolgere le proprie considerazioni in riferimento al caso *Hassan*<sup>10</sup>, non ha osteso particolari elementi di innovazione, rispetto alla propria consolidata giurisprudenza, limitandosi a richiamare testualmente i principi generali maturati sul punto e spiegati nel testo della sentenza resa sul caso *Al-Skeini ed altri c. Regno Unito*<sup>11</sup>, per poi applicarli al caso concreto, sconfessando l'orientamento dei tribunali interni che si erano occupati del caso, costantemente respinto, come anticipato, in punto di legittimità data la dimensione extraterritoriale delle vicende concrete (il sig. Tarek Hassan era stato arrestato, detenuto e trovato morto in territorio iracheno).

Stando alla ricostruzione teorica operata, sul punto, dalla Corte EDU, il criterio della *jurisdiction* – che è quello in base al quale l'art. 1 della Convenzione definisce il novero applicativo dei diritti e degli obblighi ivi enucleati – solo in linea di principio coincide con quello di territorialità: in altri termini, la *jurisdiction*, da intendersi alla stregua del suo concetto di matrice anglosassone, più vicino all'idea eurocontinentale di “sovranità” che non a quella di “giurisdizione” pura e semplice, sostanziandosi in un complesso di poteri coattivi e di controllo, è da considerarsi presunta se la condotta statale confliggente con gli obblighi convenzionali si sia integralmente verificata nel territorio del Paese (additato) responsabile, mentre, *ex adverso*, atti di quest'ultimo posti in essere ovvero che producano effetti al di fuori del relativo territorio finiscono per costituire esercizio di *jurisdiction* ai sensi dell'art. 1 solamente in ipotesi eccezionali. La prima di siffatte eccezioni è rintracciabile nei casi in cui atti di autorità o di controllo degli agenti statali producano effetti all'estero: ad essi sono, ad esempio, ascrivibili quelli compiuti dagli agenti diplomatici e consolari, quelli concretanti funzioni giudiziarie e di governo che siano posti in essere all'estero con il consenso, la richiesta od anche soltanto la mera acquiescenza dello stato territoriale, nonché quelli compiuti dalle forze armate di un Paese membro dislocate in territorio

<sup>8</sup> Si vedano i punti n. 59-64 della sentenza.

<sup>9</sup> Sul punto si vedano, per tutti, R. SAPIENZA, A. COSSIRI, *Art. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 17-24.

<sup>10</sup> Si vedano i punti n. 66-80 della sentenza.

<sup>11</sup> Si veda la sentenza resa dalla Corte EDU sul caso *Al-Skeini ed altri c. Regno Unito*, cit., pp. 130-142.

straniero, che si concretino in una forma effettiva di controllo sul singolo individuo considerato (ad esempio, nel caso di arresto e detenzione di un individuo all'estero, da parte degli agenti di un Paese membro della CEDU). La seconda ipotesi eccezionale rispetto al principio di coincidenza tra *jurisdiction* e territorialità è data dall'evenienza per cui uno Stato membro della Convenzione si trovi, in forza di un'iniziativa militare – legittima od illegittima che sia – all'estero ad esercitare un potere di controllo effettivo su di una zona ben determinata. Da ultimo, la terza eccezione al sovrामenzionato principio è data dalla discutibile teoria dello *espace juridique* europeo, in base alla quale la Convenzione, in quanto patrimonio costituzionale dei rispettivi Paesi membri, risulterebbe *aliqua ex parte* incorporata nelle rispettive comunità territoriali, di modo che, quand'anche un Paese terzo ed estraneo al sistema convenzionale dovesse trovarsi ad esercitare funzioni sovrane in zone di uno Stato membro, esso sarebbe parimenti tenuto ad osservare il dettato precettivo della CEDU, concretandosi, in tal modo, una clamorosa deroga al basilare principio per cui *res inter alios acta tertiis neque prosit neque nocet*.

Quanto, poi, all'applicazione di siffatte enunciazioni di principio alle dinamiche concrete della vicenda *Hassan*, la Corte, dopo aver evidenziato la sostanziale differenza rispetto al caso *Al-Skeini*, nell'ambito del quale i fatti addebitati al Regno Unito si erano svolti nel periodo intercorrente tra il primo Maggio 2003 ed il 28 Giugno 2004, dopo la fine delle ostilità ed allorchè siffatto Paese aveva - anche formalmente - assunto il ruolo di autorità governativa della zona Sud Est dell'Iraq, differentemente dalla vicenda *Hassan*, verificatasi - almeno inizialmente - in un periodo precedente alla cessazione delle ostilità, ha ritenuto ultroneo accertare se, all'epoca dei fatti contestati, il Paese convenuto gessisse un effettivo potere decisionale e di controllo sul Sud Est dello Stato occupato, asserendo come il sig. Tarek Hasan si trovasse comunque sottoposto alla *jurisdiction* britannica, *sub specie* del sovrामenzionato potere di controllo *in personam*, che si è visto costituire una delle più rilevanti eccezioni al principio di coincidenza tra *jurisdiction* e territorialità. Il consenso di Strasburgo, infatti, dopo aver respinto sia la prima osservazione governativa, in base alla quale non vi sarebbe *jurisdiction* lì dove siano attivamente in corso operazioni militari all'interno di uno Stato straniero, sia la seconda, per la quale l'internamento del sig. Hassan in *Camp Bucca* - campo di prigionia, peraltro, cogestito con il Governo statunitense - avrebbe determinato nei confronti dello stesso l'acquisizione del relativo potere di controllo - e, dunque, della correlata responsabilità internazionale - da parte degli U.S.A., ha, invece, accertato come questi fosse sottoposto al controllo - e fosse, dunque, affidato alla responsabilità - delle autorità britanniche presenti in Iraq, conseguendone la necessità di analizzare la legittimità della relativa detenzione, alla luce delle guarentigie convenzionali.

Pertanto, esaurito il profilo della *jurisdiction*, nel caso ritenuta sussistente, *sub specie* di controllo effettivo e concreto *in personam* esercitato dalle autorità britanniche sul sig. Hassan, la Corte ha avuto modo di affrontare più nello specifico la questione delle interrelazioni giuridico-operative tra l'art. 5 e l'art. 15 della Convenzione europea ed il complesso del diritto internazionale umanitario.

#### 4. *La ricostruzione dei rapporti tra la Convenzione europea ed il diritto internazionale umanitario*

Pervenuta, finalmente, alla trattazione della spinosa problematica inerente le interrelazioni giuridico-operative tra la Convenzione ed il diritto internazionale umanitario,

con particolare riferimento alla terza ed alla quarta Convenzione di Ginevra, deputate rispettivamente alla tematica del trattamento dei prigionieri di guerra e della popolazione civile durante le ostilità – e tralasciando, in questa sede, la discussione dettagliata delle allegazioni e degli orientamenti sostenuti dalle parti<sup>12</sup> – la Corte procede, in primo luogo, ad una complessa definizione teorica della propria impostazione ermeneutica ed operativa, effettuando, all'uopo, anche un'ampia ricognizione della propria prassi giurisprudenziale sedimentatasi in precedenza<sup>13</sup>, per poi procedere ad applicare siffatta ricostruzione, operata in via di principio, alle dinamiche del fatto concreto<sup>14</sup>, al fine di vagliare se le vicende occorse al sig. Tarek Hassan integrassero gli estremi di una violazione dell'art. 5 CEDU, il quale, com'è noto, è deputato alla tutela della libertà personale e della sicurezza degli individui ed, in particolare, a salvaguardarli anche solo dal pericolo di arresti a arbitrari o, comunque, di illegittime privazioni della relativa libertà personale.

Peraltro, prima di proseguire nello svolgimento della propria argomentazione, il consesso di Strasburgo fornisce un triplice ordine di considerazioni, involgenti i tre “punti cardinali” del proprio percorso logico-ricostruttivo (vale a dire l'art. 5, l'art. 15 ed il complesso del diritto umanitario) ed idonee a preparare il terreno per le conclusioni ermeneutiche ch'esso intende raggiungere: in primo luogo, si evidenzia, come da costante giurisprudenza, che tra le ipotesi di detenzione (*rectius*, di privazione della libertà personale) consentite dall'art. 5, paragrafo primo, della Convenzione non è assolutamente riconducibile quella – di tenore preventivo – che sia del tutto svincolata dall'intento di muovere un addebito di carattere penale nei confronti dell'individuo che vi sia sottoposto, entro un ragionevole lasso di tempo; in secondo luogo, prendendosi le mosse dalle differenze strutturali intercorrenti tra l'ipotesi di arresto e detenzione degli individui in contesti di pace ed in contesti di guerra, si pone l'accento sul fatto che i combattenti trattati come prigionieri di guerra godano del privilegio, il quale consente loro di partecipare alle ostilità senza incorrere in sanzioni penali e che, pertanto, la pretesa applicazione a siffatte ipotesi del disposto di cui all'art. 5, paragrafo primo, lettera c) – che si è visto enucleare il principio della necessità di un addebito penale, in caso di privazione della libertà personale – risulterebbe quantomeno impropria; in terzo luogo, si nota come, in assenza di attivazione della clausola derogatoria di cui all'art. 15 CEDU, il caso di specie costituisca la prima ipotesi in assoluto in cui il Governo interessato abbia chiesto alla Corte di disapplicare – o, quantomeno, di reinterpretare – gli obblighi schiusi dall'art. 5 della Convenzione europea, alla luce delle disposizioni contenute nella terza e nella quarta Convenzione di Ginevra integranti il complesso del diritto internazionale umanitario.

Svolte siffatte osservazioni preliminari, la Corte procede nello sviluppare il proprio percorso argomentativo, prendendo le mosse dall'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, il quale, com'è noto, provvede a codificare i criteri ermeneutici degli accordi internazionali: più in particolare, questa norma, dopo aver enucleato e disciplinato il metodo interpretativo testuale (al paragrafo primo) e quello contestuale (al paragrafo secondo), impone di considerare, accanto a quest'ultimo, gli accordi successivamente intercorrenti tra le parti in questione circa l'interpretazione/attuazione del trattato, la prassi successivamente intervenuta, dalla quale sia desumibile un vero e proprio accordo ermeneutico ed, infine, le altre e rilevanti regole del diritto internazionale applicabili alle relazioni intercorrenti tra le parti. A questo punto, la Corte, dopo aver

<sup>12</sup> Per la qual cosa si vedano i punti n. 81-95 della sentenza.

<sup>13</sup> Si vedano i punti n. 96-107 della sentenza.

<sup>14</sup> Si vedano i punti n. 108-111 della sentenza.

evidenziato come *nulla quaestio* si ponga relativamente agli accordi successivi, non essendone intervenuti tra i Paesi membri della CEDU quanto all'indirizzo ermeneutico dell'art. 5, ha rilevato, riprendendo, peraltro, osservazioni analoghe svolte in seno alla decisione d'inammissibilità resa sul caso *Banković ed altri c. Belgio ed altri*<sup>15</sup>, che la prassi successivamente intervenuta tra le parti del trattato è consistita nel non derogare sistematicamente *ex art. 15* al dettato precettivo dell'art. 5, nonostante esse, nel tempo, siano state impegnate in numerose operazioni militari di tenore extraterritoriale; prassi, peraltro, suffragata anche in riferimento all'altro grande trattato internazionale deputato – su di un piano universale – alla tutela dei diritti essenziali degli individui, quel Patto internazionale sui diritti civili e politici che, all'art. 4, prevede una clausola derogatoria di tenore analogo a quella schiusa dall'art. 15 CEDU.

Quanto, poi, al terzo criterio ermeneutico schiuso dall'art. 31, paragrafo terzo, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la Corte rimarca l'importanza – o la (presunta) necessità – di procedere ad un'interpretazione armonizzatrice degli obblighi schiusi dal dettato precettivo dell'art. 5 CEDU, con le altre e rilevanti (in relazione al caso concreto) norme di diritto internazionale, incluse quelle appartenenti al settore umanitario, siccome, peraltro, essa aveva già fatto in occasione della sentenza resa sul caso *Varnava ed altri c. Turchia*<sup>16</sup>, lì dove essa ha posto in risalto la necessità che l'art. 2 della Convenzione venisse interpretato «*in so far as possible in the light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law, which play an indispensable and universally-accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict*». A tal fine, l'organo di Strasburgo si richiama anche alla prassi maturata presso la Corte internazionale di Giustizia<sup>17</sup>, nell'ambito della quale non solo, oramai, è stata pacificamente riconosciuta la coesistenza dei due regimi normativi qui in discussione, ma si è anche provveduto a delineare le tre ipotesi problematiche, scaturenti dal relativo intersecarsi: la possibilità che taluni diritti siano esclusivamente protetti dal diritto umanitario, quella che talaltri siano tutelati in via esclusiva dal diritto internazionale dei diritti umani e quella che alcune posizioni giuridiche subietive trovino parimenti riconoscimento e tutela in entrambi i sistemi considerati.

In base a siffatte considerazioni, la Corte accoglie la tesi sostenuta dal Governo convenuto, enucleando, nell'ambito d'ipotesi operative connotate, da un canto, dalla sussistenza di un conflitto armato e, dall'altro, dalla mancata attuazione del potere di sospensione emergenziale delle gaurentigie di cui all'art. 15 CEDU, la necessità d'interpretare le disposizioni di cui all'art. 5, paragrafo primo, della Convenzione in conformità al dettato normativo della terza e della quarta Convenzione di Ginevra sul diritto internazionale umanitario, risultandone, pertanto, pienamente lecita, in siffatte evenienze, la detenzione di prigionieri di guerra e di civili ritenuti socialmente pericolosi, senza la formulazione di alcun addebito penale, a patto che si tratti di una forma di privazione della libertà personale, in primo luogo, legittima, ovvero sia conforme al diritto ginevrino ed, in secondo luogo, scevra da qualsiasi forma di arbitrarietà, requisito, questo,

<sup>15</sup> Si veda la decisione d'inammissibilità della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 dicembre 2001, *Banković ed altri c. Belgio ed altri*, p. 62.

<sup>16</sup> Si veda la sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 Settembre 2009, *Varnava ed altri c. Turchia*, p. 185.

<sup>17</sup> Peraltro ampiamente richiamata nelle battute iniziali della sentenza in commento (si vedano i punti n. 35-37), con significativi riferimenti alla *advisory opinion* resa l'8 Luglio 1996 sulla legalità della minaccia e dell'uso delle armi nucleari, alla *advisory opinion* del 9 luglio 2004 sulle conseguenze legali della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati ed alla sentenza del 19 ottobre 2005 sulle attività armate nei territori del Congo (*Repubblica Democratica del Congo c. Uganda*).

che la Corte stessa pone a fondamento e *ratio* ispiratrice della norma convenzionale, oggetto di chiarimento ermeneutico.

Per quel che concerne, poi, l'allegata carenza delle guarentigie procedurali di cui al secondo ed al quarto paragrafo dell'art. 5 CEDU, la Corte fornisce un ulteriore saggio della propria interpretazione armonizzatrice, rileggendo la terminologia precettiva impiegata – che fa espresso riferimento ad un giudizio e ad una revisione tenuta da una *court* indipendente ed imparziale – alla luce del dettato normativo degli artt. 43 e 78 della quarta Convenzione di Ginevra, che affidano, invece, la revisione periodica della detenzione allo scrutinio di un semplice *competent body*: difatti, il consesso di Strasburgo ritiene sufficiente, perché siano soddisfatti gli ostesi obblighi di matrice convenzionale, in ipotesi connotate dalla sussistenza di un conflitto armato, che la revisione periodica delle misure comportanti la restrizione della libertà personale degli individui sia gerita da un semplice organo competente – prescindendosi, dunque, dalla fondamentale guarentigia della giurisdizionalità – purchè esso fornisca sufficienti garanzie di imparzialità, *fair procedure* ed assenza di arbitrarietà e sempre a condizione che il primo di questi riesami sia svolto immediatamente dopo l'internamento ed i successivi siano tenuti ad intervalli frequenti e regolari. Essa, inoltre, provvede ad escludere *de plano* la violazione, ai danni del sig. Tarek Hassan, dell'art. 5, paragrafo terzo, CEDU, sulla scorta del rilievo, precedentemente emerso, per cui la relativa detenzione non integrerebbe gli estremi dell'ipotesi normativa di cui all'art. 5, paragrafo primo, lettera c) della stessa Convenzione.

Esaurita, dunque, quest'ampia dissertazione di tenore teorico intorno ai rapporti tra la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed il diritto internazionale umanitario, la Corte provvede a fare applicazione dei principi ivi emersi al caso di specie, constatando, anzitutto, la sussistenza di un conflitto armato internazionale, all'epoca dei fatti e la circostanza per cui tutti gli attori statali in esso coinvolti fossero parte delle quattro Convenzioni di Ginevra, ad esso, in via consequenziale, pienamente applicabili. Basandosi sulla propria ricostruzione dei fatti – come vista in precedenza – la Corte ritiene pienamente legittimo l'arresto del sig. Tarek Hassan, da parte delle truppe britanniche, in qualità di prigioniero di guerra, ovvero di civile socialmente pericoloso, essendo egli stato sorpreso armato, appostato sul tetto della propria abitazione ed in possesso di documentazione ufficiale riportabile sia al partito *Ba'ath* che alle forze armate *Al-Quds*; ritiene, inoltre, soddisfatto l'obbligo di revisione periodica della detenzione, essendo egli stato sottoposto a due *screening procedures*, da parte sia delle autorità anglosassoni che di quelle statunitensi – corresponsabili della gestione di *Camp Bucca* – ed essendo stato rilasciato pochi giorni dopo la sua cattura. Pertanto, in ragione di una maggioranza di tredici voti contro quattro, la Corte ha accertato che, nel caso di specie, non vi è stata alcuna violazione dell'art. 5, paragrafi primo, secondo, terzo e quarto della Convenzione.

#### 4.1. segue: *I rilievi critici nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Spano*

Tuttavia, l'innovativo orientamento ermeneutico definito dalla Corte sembrerebbe suscitare perplessità ricostruttive di non poco momento, emergenti già a partire dalle obiezioni critiche ad esso mosse in seno alla *partially dissenting opinion* del giudice Spano – peraltro sottoscritta e condivisa anche dai giudici Nicolau, Bianku e Kalaydjieva – posta in

calce alla sentenza *Hassan*, oggetto del presente commento<sup>18</sup>, nell'ambito della quale, lungi dal farsi questione della problematica relativa alla sussistenza della *jurisdiction* nel caso concreto – le conclusioni raggiunte dalla Corte in proposito risultano pienamente condivise dagli estensori – la ricostruzione ermeneutica dei rapporti tra CEDU e diritto internazionale umanitario viene sottoposta a stringente critica.

Punto di partenza dell'opinione è la considerazione per cui il dettato normativo dell'art. 5, paragrafo primo, CEDU – di tenore esaustivo nell'elencazione delle ipotesi operative in cui risulta consentita la privazione della libertà personale – può essere derogato solo tramite il meccanismo schiuso dall'art. 15 CEDU, visto che, altrimenti opinando, non si spiegherebbe la presenza di siffatta norma nel dettato precettivo della Convenzione, la quale finirebbe per denotare un meccanismo di sospensione o di esclusione automatica degli obblighi ivi sanciti che, però, non trova alcun riferimento concreto nella realtà del trattato in questione; a ciò si aggiunga che l'unico sistema normativamente idoneo a porre in relazione il complesso della CEDU con il diritto umanitario – che rimangono, comunque, due regimi giuridici totalmente indipendenti ed autonomamente operativi – è dato dal principio, basilare nell'economia giuridica dell'art. 15, di conformità della deroga agli altri obblighi del diritto internazionale, il quale solo, da un punto di vista squisitamente positivo, s'appalesa idoneo a richiamare norme altre, appartenenti al diritto internazionale.

Svolta questa doverosa premessa ermeneutica, il giudice Spano prosegue nella sua dissertazione, affrontando uno dopo l'altro i principali argomenti ricostruttivi impiegati dalla Corte nel definire la propria teoria dell'interpretazione armonizzatrice tra CEDU e diritto umanitario, prendendo le mosse, in primo luogo, dalla segnalata carenza di una prassi statale sostanziante nella sistematica sospensione *ex art. 15* degli obblighi schiusi dall'art. 5, al cospetto di conflitti armati interni od internazionali: ebbene, a tal proposito, si osserva come non solo sia necessario che l'evidenziata carenza di prassi debba essere interpretata con ogni cautela, visto che essa potrebbe finire per risolversi in un presunto accordo tacito – sempre ammesso che sia rintracciabile la volontà concorde di tutti i Paesi membri della CEDU – idoneo a modificare *in malam partem* il contenuto precettivo dell'art. 5 e, quindi, a segnare un arretramento della soglia delle tutele attualmente offerte agli individui da siffatta norma, ma come anche l'accostamento tra la prassi maturata presso il sistema CEDU e quella sviluppatasi intorno al Patto internazionale sui diritti civili e politici s'appalesi alquanto improprio, dato che l'art. 9 del Patto, deputato anch'esso a salvaguardare la libertà personale degli individui, denota una disciplina di principio, che non elenca in via tassativa – a differenza di quanto accade in seno all'art. 5 CEDU – le ipotesi operative in cui misure restrittive del diritto in parola siano ammesse.

Il carattere dettagliato e tassativo del disposto dell'art. 5 CEDU, poi, costituisce l'argomento forte in base al quale il giudice Spano procede a demolire la necessità di un'interpretazione che ne armonizzi il contenuto con le disposizioni della terza e della quarta Convenzione di Ginevra, visto che, da un canto, siffatte caratteristiche implicano che solo attraverso la clausola derogatoria di cui all'art. 15 della Convenzione uno Stato possa sottrarsi agli obblighi ivi schiusi, tramite il relativo meccanismo di sospensione che esso importa, mentre, dall'altro, esse precludono l'applicazione all'art. 5 della cd. soluzione *Varnava*: infatti, stante la coesistenza dei due regimi giuridici qui in discussione e la differenza strutturale che, in ogni caso, li connota (la CEDU è deputata a tutelare i diritti umani *tout court*, mentre il diritto umanitario ne bilancia la protezione con le legittime

---

<sup>18</sup> Si veda la *partially dissenting opinion* del giudice Spano, cit., p. 1 ss.

esigenze dei belligeranti), mentre una lettura dell'art. 2 – deputato alla tutela del diritto alla vita – orientata secondo il dettato precettivo delle Convenzioni di Ginevra sembrerebbe possibile, dato che siffatta norma appare tipizzata in ampi termini di principio, ciò non è in riferimento all'art. 5, il quale, dettagliato e tassativo, non può ammettere ipotesi di restrizione della libertà personale altre da quelle ch'esso stesso disciplina.

Da ultimo, il giudice Spano osserva come la Corte, pur avendo – correttamente, almeno in linea di principio – escluso la richiesta governativa di disapplicazione al caso di specie dell'art. 5 – non ricorrendo, come visto, la deroga *ex art.* 15 all'uopo necessaria – proponendo una forma di *accomodation* dello stesso rispetto al dettato normativo della terza e della quarta Convenzione di Ginevra, sia caduta in una petizione di principio, portando a termine un'operazione ermeneutica risolvendosi, nella sostanza, nella disapplicazione delle garanzie ivi schiuse, le quali, come già rimarcato, non ammettono, in ogni caso, che un individuo sia sottoposto a misure detentive lì dove non vi sia l'intenzione, da parte delle autorità competenti, di muovere un addebito penale nei suoi confronti.

#### 4.2. segue: *Ulteriori rilievi critici. La deminutio della tutela offerta dall'art. 5 e la (presunta) obsolescenza dell'art. 15*

L'impostazione ermeneutica sostenuta dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sembrerebbe, inoltre, prestare il fianco ad una serie di obiezioni critiche, altre rispetto a quelle analizzate in precedenza ed ulteriori, non solo e non tanto per il fatto che essa abbia tralasciato di discutere in profondità, siccome emerso nella *partially dissenting opinion* del giudice Spano<sup>19</sup>, il differente regime giuridico scaturente dalla qualificazione di un individuo alla stregua di un prigioniero di guerra, ovvero di un civile detenuto per ragioni di pubblica sicurezza – posto che siffatta qualificazione dovrebbe essere operata, in caso di dubbio, in una fase immediatamente prodromica all'applicazione della misura restrittiva della libertà personale, da un tribunale competente, il primo *status*, pur conferendo taluni privilegi, come, ad esempio, l'irresponsabilità penale per i legittimi atti di guerra compiuti, risulta, tuttavia, legato alla durata delle ostilità e non contempla il diritto alla periodica revisione della detenzione, mentre il secondo, pur non schiudendo il beneficio cui s'è or ora accennato, tuttavia garantisce la rivalutazione periodica dell'internamento, il quale può permanere solo allorchè le ragioni di sicurezza poste a suo fondamento s'appalesino imperative – ma anche – e soprattutto – per via dei presupposti teorici su cui esso sembrerebbe fondato e delle perniciose conseguenze applicative pratiche ch'esso denota. Più in particolare, le principali obiezioni critiche opponibili all'impostazione ermeneutica sostenuta dalla Corte EDU nel caso *Hassan* sono appuntabili, sotto un profilo squisitamente teoretico, non solo allo specifico elemento teleologico che ne sostiene l'*iter* argomentativo, dato dalla assoluta necessità di fornire un'interpretazione armonizzatrice dell'art. 5 CEDU – e degli obblighi convenzionali, più in generale – con la disciplina del diritto internazionale umanitario, ma anche al presupposto – alquanto sotterraneo – di siffatta impostazione, sostanziandosi nella presunta obsolescenza del meccanismo di sospensione delle garanzie pattizie schiuse dall'art. 15; degni di rivisitazione critica appaiono, poi, anche gli esiti applicativi concreti scaturenti dalla tesi ermeneutica sostenuta

<sup>19</sup> Si veda la *partially dissenting opinion* del giudice Spano, posta in calce alla sentenza in analisi, p. 5.

dalla Corte europea, concretandosi in un significativo – e preoccupante – arretramento della soglia di tutela offerta, in via generale, dal dettato precettivo della CEDU.

Come anticipato, un primo complesso di obiezioni critiche ne parrebbe scaturire precipuamente proprio dall'intento ermeneutico specificamente perseguito dalla Corte europea nello svolgere le proprie considerazioni in merito alla vicenda *Hassan*: quello di fornire un'interpretazione del trattato<sup>20</sup> conforme agli altri obblighi internazionali gravanti sui rispettivi Paesi membri e, dunque, di taglio armonizzatore rispetto al parzialmente differente portato delle Convenzioni di Ginevra. Ebbene, i criteri ermeneutici di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, richiamati *expressis verbis* dalla Corte nello svolgimento delle proprie argomentazioni, ne parrebbero appalesarsi alquanto impropri, in relazione alle dinamiche del caso concreto: infatti, per quanto anche in altre occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo si sia appellata ad essi, tuttavia questa rappresenta la prima ipotesi in cui siffatto richiamo viene sfruttato per comportare un significativo ed inaspettato arretramento della soglia delle tutele offerte dall'art. 5 CEDU, sia introducendosi un'ipotesi inedita di misure restrittive della libertà personale dei consociati, sia minorandone consistentemente le garanzie processuali (ma sul punto si tornerà). Peraltro, volendo svolgere una più puntuale riflessione di... teoria generale del diritto internazionale, non può non evidenziarsi come le metodologie ermeneutiche accolte e codificate nella Convenzione di Vienna rispondano, sostanzialmente a logiche prettamente intergovernative, rispettose del principio di sovrana paritarietà degli Stati ed ispirate, *aliqua ex parte*, all'affannoso intento di evitare antinomie normative – specie di carattere pattizio – che, com'è noto, conducono, per forza di cose, alla perpetrazione di un illecito internazionale e, dunque, ben poco conferenti con le funzioni istituzionali del consesso di Strasburgo, il quale, appalesandosi alla stregua di un organo giurisdizionale preposto all'interpretazione/attuazione di un trattato internazionale protettivo dei diritti fondamentali, dovrebbe privilegiare – e, difatti, ha, di solito, privilegiato – tecniche ermeneutiche tendenti a valorizzare, per chiosare, con licenza poetica, il linguaggio

---

<sup>20</sup> Sul tema dell'interpretazione dei trattati, *sic generaliter*, si vedano, *inter alia*, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*<sup>8</sup>, Napoli, 2010, pp. 106-113; R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte generale*<sup>9</sup>, Torino, 2009, pp. 209-221; T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, pp. 378-398; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*<sup>2</sup>, Torino, 2012, pp. 176-186; M. K. YASSEEN, *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités*, in *Recueil des cours*, 1976, p. 1 ss.; C. F. AMERASINGHE, *Interpretation of texts in open international organisations*, in *Br. YB. Int. Law*, 1994, p. 175 ss.; C. F. DE CASADEVANTE ROMANÍ, *L'interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, 1996; S. TORRES BERNARDEZ, *Interpretation of treaties by International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the law of the treaties*, in H. GERHARD (a cura di), *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hobenveldern*, The Hague, 2002, p. 721 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of human rights*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2003, p. 529 ss.; R. MONACO, *Interpretazione (interpretazione delle norme internazionali)*, in *Enc. giu.*, 1989; R. BERNHARDT, *Interpretation of International law*, in *Enc. Pub. Int. Law*, 1995, pp. 1416-1425, nonché *Evolutive interpretation, especially of the European Convention on human rights*, in *Germ. YB. Int. Law*, 1999, p. 11 ss.; G. GAJA, *Does the European Court of human rights use its stated methods of interpretation?*, in *Studi in onore di F. Capotorti*, Milano, 1999, pp. 213-227; A. A. CANÇADO TRINDADE, *La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos*, in *Estudios en homenaje a E. Rey Caro*, Córdoba, 2002, pp. 747-781; G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts. How to interpret ECHR*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2004, pp. 729-305, nonché *A theory of interpretation of the European Convention on human rights*, Oxford, 2007; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, 2006; U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties*, Dordrecht, 2007; R. GARDINER, *Treaty interpretation*, Oxford, 2008.

maturato proprio presso gli organi di Strasburgo riguardo alla tematica delle riserve<sup>21</sup>, l'oggetto (la protezione dei diritti fondamentali) e lo scopo (l'accrescimento ed il potenziamento di siffatta tutela) intrinseci alla Convenzione: non è un caso che storicamente, nella prassi giurisprudenziale e paragiurisprudenziale degli organi di Strasburgo non abbiano trovato accoglimento metodologie ermeneutiche tradizionali nel diritto internazionale, come, ad esempio, l'interpretazione restrittiva degli obblighi convenzionali, deputata a salvaguardare la sovranità dei paciscenti, mentre siano stati particolarmente sviluppati argomenti ermeneutici, come quello teleologico e quello storico-evolutivo<sup>22</sup>, ben poco inclini a scongiurare l'insorgenza di antinomie normative. Pertanto, e senza cadere nell'aporia logico-giuridica di considerare il sistema della CEDU alla stregua di un *self-contained regime*, del tutto avulso dallo svolgersi del diritto internazionale, ne parrebbe opportuno sottolineare come non spetti alla Corte europea il compito di escogitare interpretazioni armonizzatrici, tali da conciliare norme internazionali apparentemente od effettivamente confliggenti, *a fortiori* lì dove siffatta operazione comporti, come nel caso *Hassan*, un inaccettabile compromesso al ribasso della tutela altrimenti garantita dal dettato convenzionale – appartenendo tutto questo alle logiche ermeneutiche e, prima ancora, comportamentali degli Stati membri – ma come il consesso di Strasburgo debba semplicemente impegnarsi a garantire una tutela adeguata ed effettiva dei diritti, secondo il dettato della CEDU ed il proprio patrimonio pregresso di prassi giurisprudenziale e paragiurisprudenziale.

Parimenti poco convincente sembrerebbe appalesarsi quella che costituisce l'idea di fondo dell'orientamento ermeneutico osteso dalla Corte EDU nel caso *Hassan* – e, per la verità, emergente soltanto in maniera piuttosto sporadica, nelle pieghe delle suesposte argomentazioni – sostanziantesi nella presunta obsolescenza del meccanismo di sospensione emergenziale delle salvaguardie di cui all'art. 15 CEDU: infatti, la Corte, constatata la mancata attivazione del potere derogatorio ivi schiuso in relazione alla concreta vicenda *Hassan*, compie un'accurata ricognizione della prassi rilevante in relazione alla clausola derogatoria dei diritti umani – non manca un parallelo con quella maturata intorno all'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici – al fine di renderla, nella sostanza, inoperante nelle ipotesi di sovrapposizione applicativa tra le norme della CEDU e quelle contenute nelle Convenzioni di Ginevra, in maniera tale da conferire preminenza – quantomeno ermeneutica – a queste ultime, sulla scorta del criterio di risoluzione delle

---

<sup>21</sup> Sul tema delle riserve, tra i contributi più significativi, si vedano U. VILLANI, *Tendenze della giurisprudenza internazionale in materia di riserve ai trattati sui diritti umani*, in U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione Universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2012, p. 35 ss.; R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999; F. GENNARELLI, *Le riserve nei trattati internazionali*, Milano, 2001; R. GOODMAN, *Human rights treaties, invalid reservations and State consent*, in *Am. Jour. Int. Law*, 2002, p. 531 ss.; G. GAJA, *Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 349 ss.; A. PELLET, D. MÜLLER, *Reservations to treaties: an objection to reservation is definitely not an acceptance*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The law of the treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 37 ss.; B. SIMMA, G. I. HERNÁNDEZ, *Legal consequences of an impermissible reservation to a human right treaty: where do we stand?*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The law of the treaties*, cit., p. 60 ss.; D. RUSSO, *L'accertamento dell'inammissibilità delle riserve*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 59 ss.; R. BARATTA, *Problemi attuali posti dalle riserve ai trattati sui diritti dell'uomo*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *Primo incontro di studi in memoria del Prof. Migliorino*, Brescia, 2001, p. 11-28; I. ZIMELE (a cura di), *Reservations to human rights and the Vienna Convention regime, conflict, harmony or reconciliation*, The Hague, 2004; S. BORELLI, *Le riserve ai trattati sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela*, cit., pp. 773-800; P. PALCHETTI, *Sull'accertamento della compatibilità di una riserva con l'oggetto o lo scopo di un trattato da parte della Corte internazionale di giustizia*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, cit., pp. 607-619.

<sup>22</sup> Si veda C. ZANGHÌ, *La protezione*, cit., pp. 486-487.

antinomie, fondato sulla prevalenza della *lex specialis*. Ebbene, anche siffatta ricostruzione ermeneutica delle interrelazioni giuridiche ed operative tra l'art. 15 CEDU ed il complesso del diritto internazionale umanitario s'appalesa poco convincente nei propri presupposti ermeneutici: pretende, infatti, di provare troppo la constatata assenza di una prassi internazionale significativa – sia nell'ambito del sistema CEDU che in quello del Patto internazionale sui diritti civili e politici – che vincoli la partecipazione di uno Stato membro ad un conflitto armato internazionale all'attivazione delle clausole derogatorie cui s'è ora ora fatto cenno. Tuttavia, se, da un canto, quest'assenza di riscontro nella prassi sconfessa, come da noi già in precedenza osservato<sup>23</sup>, quell'ipotesi ricostruttiva che vorrebbe sancire, in caso di partecipazione di uno stato ad un conflitto armato una presunzione di assoluta gravità, tale da integrare i presupposti applicativi dell'art. 15 CEDU – per cui, è un bene rammentarlo, è, comunque, necessario sia compiuto un accertamento caso per caso, tale da dimostrare l'attitudine della fattispecie concreta a porre in pericolo i fondamenti costituzionali dello Stato interessato, per mezzo di un'ineludibile momento discrezionale/valutativo di quest'ultimo – dall'altro, tuttavia, non risulta tale da esonerare dall'attivazione della clausola derogatoria quei Paesi membri della CEDU che, alla luce delle circostanze del caso concreto, siano intenzionati – ed, in qualche misura, necessitati – a sottrarsi interinalmente alla garanzia dei diritti tutelati dalla Convenzione – sempre ammesso che si tratti di quelli non designati come inderogabili dall'art. 15 – e ciò non solo perchè la prassi non ha ignorato la portata giuridica ed operativa di siffatta norma (che, comunque, è stata applicata in diverse, anche se non numerosissime, occasioni) ma anche perché vi si opporrebbe il principio di conservazione delle norme giuridiche, il quale impone, com'è noto, di attribuire a ciascuna di esse un significato ed una operatività autonomi, nel contesto dell'ordinamento giuridico. Del resto, se, da un canto, avveduta dottrina<sup>24</sup> ha già rilevato come, in assenza di attivazione della clausola derogatoria di cui all'art. 15 CEDU, i due regimi giuridici, oggetto del presente studio, sono destinati a sovrapporsi, senza che l'uno possa prevalere sull'altro, dall'altro, probabilmente, la Corte ha anche distorto, almeno in parte, l'applicazione del criterio della *lex specialis*: difatti, in un ordinamento giuridico come quello internazionale, connotato da un marcato policentrismo nomopoietico paritario, esso criterio è destinato, per via di necessità, ad operare bidirezionalmente, secondo una valutazione che procede caso per caso, tale per cui, nell'impossibilità di delineare una gerarchizzazione dei trattati internazionali, essi, al cospetto di un caso concreto, rilevante per entrambi, sono destinati a derogarsi a vicenda... appunto a titolo di specialità, senza che possano istituirsi automatismi di sorta, implicanti l'applicazione concreta di una disciplina (quella umanitaria) al posto di un'altra (l'art. 5 CEDU), *a fortiori* lì dove, come nel caso della Convenzione europea, sussistano meccanismi normativi idonei a sospendere, seppur in via interinale, l'applicazione di una determinata regolamentazione. Pertanto, la soluzione al problema qui in discorso dovrebbe essere tratta *aliunde*.

Da ultimo, la soluzione ermeneutica escogitata dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ambito della sentenza *Hassan* ne parrebbe esporsi ad un'ulteriore critica, concernente gli effetti concreti, sortiti dall'applicazione pratica, al caso di specie, dei principi da essa definiti: difatti, tenendo in considerazione un'interessante chiave di lettura proposta dallo *Human Rights Centre* della *University of Essex*, che ha partecipato al processo presso la Corte EDU in qualità di terzo interventore, peraltro

<sup>23</sup> Si veda A. J. PALMA, *L'art. 15*, cit., pp. 486-487.

<sup>24</sup> Sul punto si vedano V. EBOLI, *La tutela*, cit., p. 98 ss.; G. CATALDI, *Le deroghe*, cit., p. 757.

sostenendo apertamente le tesi proposte dal Governo convenuto<sup>25</sup>, secondo la quale la CEDU ed il diritto internazionale umanitario perseguono finalità diverse, essendo la prima diretta a tutelare i diritti fondamentali dell'uomo ed il secondo deputato a commisurare la salvaguardia di questi ultimi con le legittime esigenze di guerra dei belligeranti, non può non evidenziarsi come la pretesa interpretazione armonizzatrice dell'art. 5 CEDU abbia indotto il consesso di Strasburgo a considerare legittima, secondo i parametri convenzionali, non solo una forma di privazione della libertà personale, assolutamente priva dell'intento, da parte delle autorità statali, di sottoporre l'individuo interessato ad un giudizio penale, ma anche la totale minorazione del diritto ad una revisione periodica delle ragioni a fondamento della detenzione, gerita da un organo giurisdizionale, che fornisca tutte le più ampie garanzie di indipendenza e di imparzialità, e non di un semplice *board* amministrativo, riconducibile alle gerarchie militari del Regno Unito. L'orientamento ermeneutico schiuso dalla Corte l'ha, pertanto, indotta a statuire – in maniera assolutamente erronea – la legittimità convenzionale di due contegni statali affatto proibiti dal dettato precettivo dell'art. 5 CEDU, determinando, nel nome dell'armonizzazione dei relativi obblighi con le norme scaturenti dalle Convenzioni di Ginevra, un inaccettabile arretramento della soglia di tutela garantita dalla predetta norma e, dunque, un sostanziale depauperamento delle salvaguardie che dovrebbero assistere la libertà personale dei consociati sottoposti alla *jurisdiction* di un Paese membro della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

##### 5. Conclusioni. Una possibile soluzione negli artt. 15 e 53 CEDU

Esaurita, dunque, l'esposizione delle criticità suscitate dalla ricostruzione teoretica dei rapporti tra CEDU e diritto internazionale umanitario, portata a compimento dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ambito della sentenza resa sul caso *Hassan c. Regno Unito*, ne parrebbe ora necessario, avviandosi questo scritto alla conclusione, cercare, *in primis*, d'impostare correttamente il problema della sovrapposizione tra i due regimi giuridici presi in considerazione, per poi procedere ad individuare la soluzione giuridicamente più idonea a comporre l'eventuale antinomia normativa tra di essi, senza andare a detrimento dello *standard* di tutela dei diritti umani, garantito dalla Convenzione.

Ebbene, sia la CEDU che le Convenzioni di Ginevra, componenti il complesso del diritto internazionale umanitario sono dei trattati internazionali, gerarchicamente equiordinati tra di loro e destinati, in caso di sovrapposizione applicativa, a derogarsi vicendevolmente a titolo di specialità, concretandosi, tuttavia, in seno ad ipotesi di tal fatta, il serio rischio che insorgano delle antinomie normative tra i due sistemi, rischio che, peraltro, ne parrebbe, comunque, connaturato alla condizione di quegli Stati che si trovino ad essere gravati dal cd. vincolo di doppia fedeltà: *quid iuris*, dunque, nel caso in cui un Paese membro della CEDU versi in una situazione di conflitto armato? A questo punto, il *discrimen* normativo ed operativo sembrerebbe essere dato dall'attuazione del potere di deroga di cui all'art. 15 della Convenzione: qualora, infatti, lo Stato interessato decida di servirsi della facoltà di sospensione interinale delle guarentigie ivi schiusa – e sempre ammesso che ne ricorrano tutti i presupposti – potrà sottrarsi, seppur interinalmente, alla

<sup>25</sup> Si veda il punto n. 92 della sentenza.

salvaguardia di taluni diritti tutelati dalla CEDU – almeno di quelli non proclamati inderogabili dal secondo alinea della norma in questione – ferma restando la necessità di rispettare gli obblighi scaturenti dalle Convenzioni di Ginevra, che si impongono ad essi per via del principio di conformità della deroga agli altri obblighi del diritto internazionale<sup>26</sup>. Pertanto, in ipotesi di tal fatta, l'esigenza di antinomie risulterebbe scongiurata quanto ai diritti sospensibili, i quali troverebbero tutela – purchè debitamente derogati – solo se espressamente protetti anche dalle Convenzioni di Ginevra; viceversa, allorchè queste ultime e la CEDU concorrono nella garanzia delle medesime posizioni giuridiche subiettive (i diritti inderogabili), dovrebbe, invece, trovare applicazione il criterio di cui si dirà tra poco.

Nell'opposta ipotesi in cui il potere schiuso dall'art. 15 CEDU non dovesse essere attivato - siccome nel caso or ora esaminato, in cui, malgrado la relativa attuazione, i due regimi dovessero sovrapporsi nella tutela dei diritti inderogabili – dovrebbe, invece, trovare applicazione quel metodo risolutivo che sembrerebbe invenire la propria consacrazione in termini positivi nell'art. 53 CEDU<sup>27</sup>, il quale, com'è noto, dispone che nessuna norma convenzionale possa essere interpretata in maniera tale da limitare e pregiudicare i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente od in base ad ogni altro accordo cui essa partecipi. L'art. 53, dunque, che, prima ancora di essere un canone ermeneutico costituisce un criterio normativo di coordinamento, ne parrebbe disporre, *a contrario*, la preminenza del dettato convenzionale rispetto alla normativa interna od internazionale rilevante per lo Stato interessato, codificando un principio di portata generale nel diritto internazionale dei diritti umani, quello della protezione più estesa, in base al quale, in caso di concorso di due o più norme di differente matrice pattizia nella tutela della medesima posizione giuridica subiettiva, deve trovare applicazione quella che garantisca le tutele più estese e più intense all'individuo, il tutto sul presupposto del rapporto strutturale di continenza tra la norma che fornisca le salvaguardie maggiori e quella che provveda le minori, la quale ultima, peraltro, può considerarsi ricompresa nella precedente. Peraltro, il carattere antinomico della interrelazione giuridica tra l'art. 5 CEDU e le rilevanti disposizioni di diritto internazionale umanitario dovrebbe essere consistentemente ridimensionato dal carattere facultizzante di queste ultime (esse, infatti, consentono e non impongono di applicare a prigionieri di guerra e civili socialmente pericolosi una detenzione priva di addebito penale), il quale abilita, sostanzialmente *de plano*, l'applicazione del criterio della protezione più estesa, in ragione del quale, con particolare riguardo alla vicenda *Hassan*, le gaurentigie offerte dall'art. 5 sarebbero dovute prevalere sulle più modeste salvaguardie schiuse dalla terza e dalla quarta Convenzione di Ginevra.

Per concludere, dunque, la riflessione critica maturata intorno alla vicenda *Hassan*, deve porsi in evidenza come il problema della sovrapposizione tra il diritto internazionale dei diritti umani ed il diritto internazionale umanitario, con le antinomie – effettive od apparenti – che ne conseguono debba essere risolto non già escogitando interpretazioni

---

<sup>26</sup> Sul principio di conformità della deroga agli altri obblighi del diritto internazionale si vedano G. CATALDI, *Art. 15*, 2012, cit., p. 559; *Le deroghe*, cit., pp. 756-758; J. ORAÁ, *Human rights*, cit., pp. 190-206; P. DUFFY, *Note on art. 15*, cit., p. 207; A. SVENSSON-MCCARTHY, *The international law*, cit., pp. 624-639; A. J. PALMA, *L'art. 15*, cit., pp.475-477; UFFICIO DELL'ALTO COMMISSARIO ONU PER I DIRITTI UMANI, in collaborazione con l'INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *The administration of justice*, cit., pp. 877-879.

<sup>27</sup> Sull'art. 53 CEDU si veda, per tutti, E. CRIVELLI, *Art. 53*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 774-779.

armonizzatrici ridondanti a detrimento dei consociati, poiché ispirate a malcelati compromessi al ribasso delle garanzie di tutela agli stessi offerte, bensì facendo applicazione di quel criterio della protezione più estesa che solo è in grado, da un canto, di assicurare agli individui le salvaguardie più estese e profonde dei relativi diritti e, dall'altro, di scongiurare la violazione di una delle due norme internazionali, volta per volta venute in relazione e/o in conflitto.