

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

**LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI
E IL DIRITTO INTERNAZIONALE**

XVI Convegno
Catania
23-24 giugno 2011

a cura di
Adriana Di Stefano e Rosario Sapienza

EDITORIALE SCIENTIFICA

DELLE OSTILITÀ
**“CONDOTTA E UTILITÀ” E “MANTENIMENTO
DELL’ORDINE”**: DUE CONCETTI CHIAVE
NELLA DEFINIZIONE DEI RAPPORTI
TRA DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO
E DIRITTI UMANI

Robert KOLB

1. La questione del rapporto fra ‘condotta delle ostilità’ e ‘mantenimento dell’ordine’ si pone oggi in termini diversi da quelli alla cui luce poteva manifestarsi in un passato neanche tanto remoto. Questo mutamento è dovuto al venir meno della concezione tradizionale circa le funzioni dell’esercito. Dal Novecento alla fine del secolo scorso, l’esercito aveva la missione esclusiva di garantire la sicurezza militare dello Stato verso l’esterno (legittima difesa; aggressione) e verso l’interno (ribellione), monopolizzando il potere di combattere secondo, o anche in loro violazione, le regole di diritto internazionale bellico. Esso conduceva ostilità; niente di più. Ormai, le funzioni dell’esercito si sono profondamente modificate nel senso dell’estensione e della diversificazione di funzioni. Per fare anche solo un esempio, nel contesto di una occupazione bellica in un territorio afflitto dal crollo delle strutture pubbliche, l’esercito che controlla quel territorio dovrà contribuire in svariati modi alla ricostruzione dello Stato, facendosi carico, fra le altre attività, di operazioni di polizia volte al mantenimento della sicurezza pubblica. L’Iraq è un esempio notevole e noto di una tale evoluzione. Il Messico, in un altro contesto, quello della macrocriminalità legata alle sostanze stupefacenti, ne è un altro. Questa crescente ‘multifunzionalità’ degli eserciti odierni fa sorgere diverse conseguenze giuridiche. Fra queste va sottolineata la crescente interazione dei regimi giuridici relativi alla condotta delle ostilità da una parte e al mantenimento dell’ordine dall’altra, ossia del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani da un lato, e del diritto internazionale penale dall’altro. Ne consegue che le frontiere tradizionali, segnando palesemente il varco fra l’una e l’altra di queste

· Professore di diritto internazionale pubblico dell’Università di Ginevra. Membro della Sezione di diritto dei conflitti armati dell’esercito svizzero.

materie, non sono rimaste intoccate e verginali; esse vengono invece di volta in volta ridisegnate in funzione dei rapidi sviluppi ai quali la realtà mutevole dei fatti dà costantemente luogo.

2. L'articolazione man mano rinnovata fra i due complessi funzionali e normativi testé menzionati, ovverossia il diritto umanitario (ostilità) e i diritti umani rilevanti in tempi di conflitto armato (ordine pubblico), non significa soltanto che le frontiere fra le varie materie si siano mosse e che continuino a peregrinare. Significa altresì che sorgano nuovi ed intricati problemi di armonizzazione normativa. Per questi problemi non vi è ancora una regolare soluzione giuridica, una semplice risposta normativa. Va infatti tenuto a mente che i dettami del diritto umanitario e dei diritti umani su una questione che si trovi ad un certo momento contemplata da entrambi i complessi normativi, non è necessariamente priva di attriti, di tensioni, di dubbi, o anche di contraddizioni, siano essi apparenti o reali. Ora, tali situazioni non sono certo di per sé problematiche per l'ordine giuridico: esso conosce regole e meccanismi per canalizzare tali conflitti tra norme, avvalendosi per esempio della funzione giudiziaria. Nel campo del diritto internazionale pubblico e ancor più in quello della guerra, tali meccanismi istituzionali sono tuttavia rari e difficili da mettere in moto. È dunque inevitabile che tali nuovi conflitti siano più acuti e meno facilmente sanabili. Il loro smaltimento non può che essere più lungo, complicato e parziale. L'esempio del 'diritto alla vita', attanagliato tra il diritto umanitario e i diritti umani, illustra assai proficuamente questa situazione di tensione fra i due corpi giuridici. Senza esagerare o drammatizzare le differenze, può essere sottolineato che in linea di massima il diritto umanitario è più deferente verso l'evento letale – come si evince per esempio dalla facoltà di principio del combattente di uccidere nel combattimento l'avversario, senza dover in ogni caso tentare l'uso del mezzo meno incisivo, oppure come si constata nel regime giuridico delle perdite collaterali, articolo 51, § 5, lettera b, del Protocollo aggiuntivo I 1977 – di quanto non lo siano i diritti umani, con il loro principio di necessità, strettamente interpretato.

3. A seconda della funzione che in concreto esercita, il militare dovrebbe dunque orientarsi tra corpi di norme e tra considerazioni giuridiche di volta in volta leggermente o magari anche cospicuamente diverse. Non sempre tale esercizio, già difficile per il giureconsulto, può essere congeniale al soldato, ove si badi anche al fatto che egli non si trova

nelle condizioni di uno studioso a tavolino, bensì nel bel mezzo di mutevoli e di pericolose situazioni reali. Quali possono essere tali situazioni? Ve ne sono diversi esempi. Primo: il posto di blocco. Il militare può qui trovarsi confrontato con un attacco militare, con vetture militarmente segnalate, con carri armati, con fuoco d'artiglieria. In questo caso classico, egli si trova nel suo campo di competenza tradizionale, quello delle ostilità. Lo stesso militare può però anche trovarsi in una situazione ambigua: una vettura piomba su di lui, senza che egli sappia bene se si tratti di un attacco militare di stampo guerrigliero o di una vettura di persone civili, che non riescono a governare il mezzo. Stando all'interpretazione dei fatti – necessariamente intempestiva –, la reazione e i principi giuridici applicabili sono diversi. Secondo: le manifestazioni di protesta nel territorio occupato. Può in questo campo risultare difficile distinguere nettamente fra insurrezioni e azioni di resistenza, sottostanti al diritto delle ostilità armate, e disordine pubblico, pertinente invece al diritto del mantenimento dell'ordine. Terzo: le azioni per la liberazione di prigionieri di guerra. Una delle parti in conflitto può, mediante truppe specializzate, tentare di far liberare forzatamente membri del proprio esercito detenuti in territorio ostile quali prigionieri di guerra. Ora, durante questa azione, può capitare che la popolazione locale insorga spontaneamente contro le truppe straniere e che tenti di ostacolare la liberazione dei prigionieri. In questa situazione, le truppe in missione si vedono coinvolte in una azione che almeno in parte, in quanto coinvolge la popolazione locale, può concernere la categoria del mantenimento dell'ordine anziché la condotta delle ostilità. Quarto: una parte belligerante in un conflitto armato – poniamo che si tratti degli insorti – si finanzia tramite transazioni e traffici di stupefacenti o con altre forme di criminalità organizzata; la polizia non è in grado di intervenire, data l'alta tensione bellica che regna nella regione controllata dagli insorti. L'esercito sarà, in questo caso specifico, chiamato a svolgere una doppia azione, al contempo bellica e di polizia. Quinto: delle forze ONU di mantenimento della pace, schierate in un territorio dopo la fine delle ostilità attive, si trovano confrontate da un canto con attacchi sporadici delle previe parti belligeranti e dall'altro con livelli di criminalità organizzata molto elevati. In che modo queste forze potranno usare le armi? Come interagiranno il loro mandato, le *rules of engagement*, il diritto umanitario, i diritti umani, il diritto internazionale penale? Affinché queste situazioni, or ora descritte, diventino più palpabili e concrete, aggiungo in allegato a questo testo le domande di un esercizio che proposi qualche mese fa a militari (ad alti gradi di comando) dell'esercito svizzero.

4. Ora, è pur facilmente evidente che il diritto delle ostilità e quello dell'ordine non differiscono nel senso di una scissione netta e permanente tra i due ambiti, e neanche perché non si possano reciprocamente sovrapporre e accavallare. Innanzitutto, vi è del diritto di mantenimento dell'ordine nel diritto umanitario e vi è viceversa del diritto umanitario di stampo bellico nei diritti umani. L'articolo 42 della Convenzione III di Ginevra del 1949 relativa ai prigionieri di guerra illustra la prima alternativa. Esso tratta dell'uso della forza contro un prigioniero che tenta di evadere. L'uso della forza viene disciplinato in questo contesto da regole e da idiomi appartenenti ai diritti umani e al mantenimento dell'ordine. La necessità di una sommazione prima di aprire il fuoco sul fuggiasco ne è un emblema caratteristico. L'interpretazione che la Corte Europea dei Diritti Umani conferisce all'articolo 2 della Convenzione, per il controllo della quale è istituita, offre un esempio della seconda ipotesi. Trattandosi di una operazione militare nel contesto di un conflitto armato non internazionale, la Corte interpreta il diritto alla vita, di cui all'articolo 2 menzionato, come implicante una serie di doveri positivi dello Stato. Esso deve meticolosamente preparare l'operazione bellica affinché riesca a limitare i danni collaterali, a beneficio della popolazione civile; altrimenti la Corte non riterrà soddisfatta l'esigenza di necessità, richiesta per poter accettare la limitazione del diritto alla vita. Ora, per apprezzare il carattere opportuno e adeguato della preparazione che anticipa l'attacco bellico, la Corte consulta l'articolo 57 del Protocollo aggiuntivo I del 1977, che appunto tratta delle misure di precauzione nell'attacco (caso *Issaieva*). Seppure la Corte non abbia il potere di applicare direttamente quell'articolo 57, se ne ispira nell'interpretazione dell'articolo 2 della Convenzione Europea dei Diritti Umani, quasi a vedervi una specie di rinvio operato dal giudice e atto a consolidarsi tramite la sua giurisprudenza.

Per altro, il diritto di ostilità e quello dell'ordine possono anche trovare applicazione contemporanea, differendo solamente in relazione alla funzione concreta considerata di volta in volta. L'esempio precedentemente enunciato, relativo a una operazione di liberazione di prigionieri di guerra detenuti in territorio ostile, lo illustra. Alla stessa maniera, in un conflitto armato non internazionale o in un territorio occupato, possono contemporaneamente verificarsi sia delle operazioni belliche (combattute secondo il diritto delle ostilità) sia la cattura di persone poste sotto il controllo di quella stessa unità militare che ancora combatte (qui si applica il diritto umanitario ma anche, se vi fosse necessità, si ricorre ai diritti umani). Vi sono poi casi nei quali il diritto umanitario rinvia più o meno apertamente ai diritti umani, per esempio nella definizione degli elementi necessari a un processo penale equo. I diritti umani – che, con-

trariamente al diritto umanitario, sono arricchiti da una fitta e prolungata giurisprudenza – giovano in questo caso al diritto umanitario tramite la loro funzione integrativa.

5. In quelle situazioni infine nelle quali possa verificarsi una tensione, una sfasatura o proprio una non conformità fra il modello del mantenimento dell'ordine e quello della condotta delle ostilità, come si potranno sciogliere i grovigli? Va innanzitutto notato che il diritto internazionale non è ancora sufficientemente evoluto a questo proposito. È del resto difficile che lo sia, non fosse altro perché le situazioni concrete nei vari teatri della guerra moderna si evolvono e mutano ad un ritmo assai affannoso. L'incertezza del diritto in questo campo è causa di grave preoccupazione. Va infatti tenuto presente che una operazione militare suppone che i suoi diversi componenti abbiano le idee chiare su tutto quello che definisce i loro poteri e doveri. È altresì impossibile imporre a forze militari distinzioni complicate e proporre loro regole insicure. I militari non sono giuristi, che una vita di acume e di studio spendono su tali problemi, né possono maneggiare regole complesse e intricate in situazioni che al momento critico sono generalmente di grande urgenza. Rimane tuttavia possibile indicare genericamente in quali situazioni dovrebbe prevalere il modello delle ostilità piuttosto che quello dell'ordine. Si tratta di criteri aperti e generali, che vanno integrati in una crescita organica della prassi e della giurisprudenza. In altre parole: si tratta di criteri che la prassi e la giurisprudenza potrebbero annoverare fra quelli che permetterebbero loro di conferire man mano più precisione al diritto applicabile.

6. Sembra dover esserci una predominanza del diritto delle ostilità quando: (a) vi è un conflitto armato e l'azione in considerazione abbia luogo in quel preciso contesto (nesso causale e funzionale); (b) vi sia un uso della forza contro combattenti, obiettivi militari o persone civili partecipanti direttamente alle ostilità; (c) vi sia assenza di controllo sulle persone contro le quali la violenza è utilizzata (sicché, per esempio, la possibilità di un arresto non esiste); (d) e in generale quando vi sia un grado di violenza elevato, ossia veri e propri combattimenti di carattere tipicamente bellico. Vi è viceversa una predominanza del diritto dell'ordine: (a) parzialmente nei casi di persone detenute, sulle quali vengano esercitati adunque un controllo e una potestà (applicazione parallela di regole di diritto umanitario e di diritti umani, i secondi inte-

grando le regole del diritto umanitario); (b) in caso di disordine pubblico, con manifestazioni e violenza non organizzata; (c) in caso di attacchi provenienti da persone o da fonti indeterminate, specialmente afferenti alla criminalità.

7. Il diritto internazionale è ancora ben lungi dal fornire una risposta articolata e adeguata al problema dal quale qui abbiamo preso le mosse e che abbiamo tentato di abbozzare. Dalla parte dei giuristi vi è la necessità di sviluppare il diritto tenendo conto della mentalità e dei bisogni delle forze militari. Non sarebbe utile mantenere vecchie abitudini e riflessi, che non rispecchiano né echeggiano le situazioni attuali, ma che pure ci sono: *quod fieri non debet, factum valet*. Sarebbe altrettanto inutile abbandonarsi a costruzioni puramente umanitarie, ispirate a un progressismo astratto, da tavolino, che non sarebbero poi prese sul serio da coloro che in fin dei conti devono applicare quelle regole, cioè le forze armate. Dalla parte dei militari, però, vi è d'altro canto la necessità di una aperta e premurosa collaborazione con i giuristi, come pure di uno sforzo di flessibilità e di mobilità mentale per far fronte a nuove situazioni fin qui sconosciute. Nei prossimi anni non si eviterà una parziale rielaborazione del diritto applicabile alle forze armate e alle situazioni belliche, quasi-belliche e post-belliche. Sarà importante tenere attentamente d'occhio i fenomeni da regolamentare e stare attenti a non dissolvere il diritto specialmente disegnato per regolare i conflitti armati – il diritto umanitario –, in una massa galattica eccessivamente complessa, che la discrediti nella cerchia dei militari. In altre parole, si deve prevedere un lavoro potenzialmente erculeo e certamente esteso nel tempo. Il rispetto della specificità di ciascuna delle parti del diritto internazionale applicabile, quello dei diritti umani e quello umanitario, pur garantendo una proficua collaborazione fra di esse, in una parola la ricerca di un equilibrio realistico sul terreno, anziché mere luminose costruzioni di elevato ingegno, funge da stella polare per gli sforzi che dovranno essere intrapresi negli anni che spaziano davanti a noi.

Allegato/Quesiti allegati:

CASE STUDIES

CASE 1:

Turfy is a country facing an insurgency. The insurgents' group is called the Party for the Liberation of Turfy (PLT). It is well organised, under responsible command and it wants secession. It already succeeded in controlling the southern part of the country. Despite the fact that armed clashes between the security forces/army of T., on one side, and the PLT, on the other side, are very violent, the Government of T. refuses to admit the existence of a non international armed conflict. It considers members of the PLT as mere terrorists.

The "fight against terrorism" of the Government of T. takes different forms. For example, on 2 May 2011, the armed forces of T. dropped a 10-ton bomb on a PLT's headquarter in the southern part of T. (under the control of the insurgents). This attack killed 50 insurgents as well as more than a hundred civilians since the headquarter was situated in the middle of a densely populated village.

On 10 April 2011, a suspicious convoy arrived at a checkpoint manned by security forces of T. Although the checkpoint was clearly indicated, the convoy arrived at high speed and did not stop when ordered to do so. In panic, the security forces fired at the convoy, killing 10 persons. After an investigation conducted by a local NGO, it appeared that the persons killed were not members of the PLT but civilians trying to escape insurgents attacking their neighbouring village.

In your view, was force used excessively in the two abovementioned attacks. If yes, how force should have been used. To answer this question, you have to determine first which use of force regime is applicable in each case (conduct of hostilities or law enforcement).

State T. is a party to the European Convention on Human Rights, to the Geneva Conventions and to their Additional Protocols.

CASE 2:

State A. is engaged in an international armed conflict with State B. State A captured enemy combatants and interned them in the Fulina camp as prisoners of war on its own territory. On 6 June 2010, five prisoners of war tried to escape.

States A and B are parties to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. State A is a party to the European Convention on Human Rights.

- Can State A use force to prevent the prisoners of war to escape?
- What legal regime would you apply for the use of force in such a situation?
- Concretely, what would you do? Which kind of weapons would you use? Which precautions would you take? Etc.

CASE 3:

On April 28th, around 6:30 p.m, a protest demonstration against the U.S. occupation in al-Falluja began. Approximately 150 people gathered in front of the Ba`th Party headquarters on the main street, where U.S. troops in al-Falluja were based. Initially, the protest was peaceful and no one had guns. Participants in the demonstration chanted slogans like "God is great! Muhammad is his prophet!" They also chanted a slogan heard often at protests around Iraq: "No to Saddam! No to the U.S.!" There had been regular shooting in al-Falluja, even shots at U.S. troops, but this was "not usual." After some attempts by the US army to disperse the crowd (with a loudspeaker), the crowd became more aggressive and started to throw rocks at the US buildings. Some participants in the demonstration had weapons and shooting from the crowd started. It is not clear whether demonstrators shot in the air or against US buildings/personnel.

- Can force be used to contain riots?
- What legal regime would you apply for the use of force in such a situation?
- Concretely, what would you do? Which kind of weapons would you use? Which precautions would you take? Etc.

CASE 4:

A. and B. are two neighbouring countries fighting one another because of a long-lasting territorial dispute. After a successful attack on 3 March 2010, the army of B. captured more than a 100 combatants of A. Since then, these combatants were detained in a prison situated in the middle of a small village, called the Cima, bordering the two countries and controlled by State B.

State A. decided to mount a military operation in order to free the members of their armed forces detained there. After careful planning, the army of A., heavily armed, succeeded in surrounding the Cima village, in controlling the prison after having attacked and killed the guards and in freeing the members of their forces detained. However, A did not expect that the population of the village would react violently to this assault and started rioting and throwing all kinds of heavy objects against A's soldiers. Feeling threatened by the population, the latter fired in the crowd. More than twenty civilians were killed or injured.

Was force used excessively? In order to answer this question you need to identify which legal regime regulated the use of force in the context of the assault against the prison and in the context of the riots. What could have been done to minimise the death toll among the civilian population?

States A and B are parties to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. State A is a party to the European Convention on Human Rights and to International Covenant on Civil and Political Rights.

CASE 5:

Opioma is a country facing an internal armed conflict. The Government is fighting against insurgents wanting to seize power. The insurgents are financing their weapons and military equipment by the trade of opium. They therefore entertain close links with drug-lords. In order to better fight against the insurrection, the Government of Opioma decides to conduct simultaneously a "drug-war", i.e. to target drug cartels.

Thanks to its intelligence services, the Government of Opioma has

succeeded in identifying a house where drug-lords and insurgents meet regularly. This house is situated in the southern part of Opioma, which is under the control of the insurgents. The intelligence services moreover discovered that an important transaction would be operated in this house on 1 June 2011 between the insurgents and drug-lords. The governmental army is considering basically two options:

Option A: to bomb the house on the 1st of June 2011.

Option B: to introduce special forces on this part of the territory controlled by the insurgents and to try to capture the insurgents as well as the drug-lords in order to obtain more information regarding the drug-trade.

You are the legal adviser of the commander in charge of this operation. The commander, who is very much willing to abide by the law, asks you what is the most appropriate option from a legal point of view? In order to answer this question, you have to determine whether this operation would be governed by the conduct of hostilities or by the law enforcement regime.

Opioma is a party to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. It is also a party to the European Convention on Human Rights.

CASE 6:

Titiland is a European democratic and peaceful country. It has got a very efficient army, which often participates in peace operations. One of the peace operations in which Titiland participated took place in Kamingo, a territory placed under UN administration after an internationalized non international armed conflict. Even though the conflict is over, the ethnic hatred, which fostered the conflict, often result in serious acts of violence. Sometimes, the Forces of Titiland – which are there exclusively to maintain the peace according to UN Security Council resolution 1343 – are directly attacked by the former parties to the armed conflict. In addition to the direct attack by the former parties to the conflict, peacekeepers face the challenge of an extremely high rate of criminality: they witness serious crimes committed against the civilian population, such as rapes, killings, lootings. Even their own military equipment (guns, infrared lights, uniforms) are often looted by criminals.

To face these situations of violence, can peacekeepers use force? To what extent? On what depends their ability to use force? If they use force, is such a use of force governed by the law enforcement or the conduct of hostilities regime?

Tiland is a party to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. It is also a party to the European Convention on Human Rights and to the International Covenant on Civil and Political Rights.