

L'avvicinamento della *Supreme Court* inglese alla giurisprudenza di Strasburgo in tema di giurisdizione extraterritoriale: appunti a margine della sentenza *Smith, Ellis and Allbutt*

di **Federica Bonfiglio** - Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: *Premessa* - 1. *La giurisprudenza europea sull'ambito di applicazione territoriale della CEDU* - 2. *I casi Al-Skeini e Smith dinanzi alla Supreme Court* - 3. *Il caso Al-Skeini dinanzi alla Corte di Strasburgo* - 4. *Le ricadute della sentenza Al-Skeini e altri c. Regno Unito sulla giurisprudenza della Supreme Court: il caso Smith, Ellis and Allbutt* - 5. *Le questioni di diritto: la c.d. jurisdiction issue* - 6. *Conclusioni*

Premessa

Con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, è in atto, tra giudici nazionali e Corte EDU, uno scambio incessante e vivacissimo, nel quale si mostrano particolarmente incisivi i giudici di *common law* che, per tradizione giuridica, sono naturalmente propensi a rapportarsi alle decisioni di Strasburgo come a precedenti con i quali confrontarsi al fine di definire i giudizi pendenti, senza mai, tuttavia, percepirli come vincolanti¹.

Molto interessante, sotto questo profilo, è il “dialogo” tra la *Supreme Court*² inglese e la Corte di Strasburgo, in considerazione dei significativi e continui scambi di prospettiva e di posizione.

¹ Un interessante punto di vista sull'argomento è quello proposto da Lord Carnwath, giudice della *Supreme Court* inglese, nel corso dell'incontro di studio sul “Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo” tenutosi a Roma il 20 settembre 2013. Il testo del suo intervento, dedicato a “*Il ruolo sussidiario della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*” è reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it.

² Prima dell'istituzione della *Supreme Court* per mezzo del *Constitutional Reform Act* del 2005, nel Regno Unito, il ruolo di supremo giudice del Paese era affidato alla *House of Lords*, che, com'è noto, è, al contempo, anche una delle due camere delle quali si compone il Parlamento britannico. La creazione di una *Supreme Court* del tutto svincolata dal Parlamento, dunque, ha avuto come scopo quello di garantire una più netta separazione tra i poteri e una maggiore indipendenza al vertice del sistema giudiziario.

Come è noto, in seguito all'entrata in vigore dello *Human Rights Act*, le Corti inglesi sono tenute ad interpretare e applicare le leggi britanniche in armonia con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e a conformarsi alla giurisprudenza europea.

Nella sentenza *Alconbury*, di poco successiva allo *Human Rights Act*, i *Law Lords* chiarirono che, se da un lato il dovere di “tener conto” delle posizioni di Strasburgo andava considerato la regola generale, dall'altro un tale allineamento poteva avvenire soltanto in presenza di una giurisprudenza europea chiara e costante e fatte salve circostanze eccezionali³, in modo che la necessità di una coerenza interpretativa della CEDU non andasse a discapito del rispetto delle caratteristiche specifiche dell'ordinamento giuridico interno.

In alcune occasioni il confronto è stato piuttosto duro, come, ad esempio, con riguardo al caso del diritto di voto dei detenuti, negato dalla legge britannica ad ogni detenuto condannato, a prescindere dalla natura del reato o dalla durata della pena.

La Corte EDU ha valutato tale divieto in contrasto con il diritto al suffragio garantito dall'art. 3 Protocollo 1 della Convenzione, suscitando reazioni particolarmente ostili nel Regno Unito, dove la *Supreme Court* è ancora impegnata nell'esame della questione⁴.

In altri casi il dialogo si è rivelato più costruttivo, come è avvenuto sul tema delle deroghe introdotte dalla legge inglese al divieto della prova “*de relato*” in un processo penale in cui il dichiarante non possa essere interrogato: dopo un iniziale riconoscimento della violazione dell'art. 6 CEDU da parte della Corte di Strasburgo, la Grande Camera, alla quale il Governo britannico aveva chiesto che fosse deferito il giudizio, si è pronunciata per la non violazione del diritto a un equo processo, recependo, così, il ragionamento sviluppato dalla *Supreme Court* in un caso analogo intervenuto nel frattempo⁵.

³ In *R (Alconbury) v. Secretary of State for Environment, Transport and Regions* [2001] UKHL, § 26, Lord Steyn così afferma: “*In the absence of some special circumstances it seems to me that the court should follow any clear and constant jurisprudence of the European Court of Human Rights*”. Per un approfondimento sul tema, si veda R. SAPIENZA, *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all'obbligo delle corti inglesi “to take into account” la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008.

⁴ Il caso al quale si fa riferimento è Corte EDU, *Hirst c. Regno Unito*, 6 ottobre 2005. I giudici di Strasburgo hanno chiarito che, sebbene agli Stati Contraenti fosse riconosciuto un ampio margine di apprezzamento nell'applicazione delle norme convenzionali in materia di diritto di voto, una restrizione così generale, automatica e indiscriminata come quella prevista dall'ordinamento britannico, non poteva rientrare nei limiti di discrezionalità concessi, difettando del requisito della proporzionalità. A conferma di tale posizione, nel caso analogo Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 22 maggio 2012, la Grande Camera ha affermato, invece, la legittimità del sistema italiano, nel quale la limitazione del diritto di voto per i detenuti tiene conto dei diversi livelli di condanna. La sentenza *Hirst* e i seguenti richiami da parte del Consiglio d'Europa sul tema (rif. Comunicato stampa del Commissario per i diritti umani n. 283/2011, reperibile sul sito hub.coe.int) hanno sollevato, nel Regno Unito, un dibattito politico e giuridico ancora aperto. Si veda, in proposito, LADY HALE, *Argentorum Locutum: is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?* in *Human Rights Law Review*, 2012, edizione online hrlr.oxfordjournals.org.

⁵ Si tratta delle sentenze Corte EDU, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011 e UKSC, *R. v. Horncastle* [2009]. Nel caso giunto all'esame di Strasburgo, i due ricorrenti lamentavano la violazione delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU, per essere stati condannati, in due diversi procedimenti penali, sulla base di dichiarazioni rese da testimoni che, tuttavia, non erano stati interrogati nel corso del processo, nel primo caso perché il teste era deceduto, nel secondo perché il teste rifiutava di deporre in aula, temendo ritorsioni. La Corte EDU ha ritenuto che in entrambe le

Nel corso del presente lavoro si esamineranno i più recenti sviluppi nel confronto tra *Supreme Court* e Corte EDU sul tema dell'applicabilità della Convenzione in una serie di casi relativi alla partecipazione delle truppe britanniche alla missione militare avviata dagli Stati Uniti in Iraq. Come si vedrà più ampiamente in seguito, si tratta di una questione risalente, ma ancora estremamente attuale, dal momento che solo di recente la rigidità delle posizioni della *Supreme Court* in materia di *jurisdiction* extraterritoriale sembra essersi attenuata, avvicinandosi agli orientamenti di Strasburgo.

1. - La giurisprudenza europea sull'ambito di applicazione territoriale della CEDU

L'ampiezza dell'ambito di applicazione della CEDU è un argomento che solleva significative questioni giuridiche in ordine al cosiddetto "margine di apprezzamento" riservato agli Stati. Sotto questo profilo, vanno esaminate le giurisprudenze della *Supreme Court* e della Corte di Strasburgo in riferimento alla definizione del termine *jurisdiction* di cui all'art. 1 CEDU⁶, norma volta a delimitare l'ambito di applicazione territoriale della Convenzione.

Inizialmente, nel determinare il significato di *jurisdiction* nel contesto dell'art. 1 CEDU, i giudici di Strasburgo fecero riferimento essenzialmente al concetto comunemente accolto dal diritto internazionale pubblico, secondo il quale la giurisdizione consiste nell'esercizio dei poteri sovrani da parte di uno Stato, circostanza che si realizza normalmente all'interno del territorio dello Stato stesso e nei confronti dei suoi cittadini.

Così, del resto, è chiaramente affermato nel *leading case Bankovič*⁷, in cui la Corte EDU sottolineò che soltanto in casi eccezionali atti compiuti da uno Stato Contraente all'estero, o in grado di produrre effetti al di fuori del territorio nazionale, possono costituire una forma di esercizio della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione⁸.

Tali casi eccezionali si affiancavano alle classiche ipotesi di giurisdizione extraterritoriale

fattispecie fosse stato leso il diritto dei ricorrenti a un equo processo e il Governo britannico ha chiesto un riesame da parte della Grande Camera, ex art. 43 CEDU. Nel frattempo, posta dinanzi a un caso del tutto analogo, *Horncastle*, la *Supreme Court* ha scelto di non seguire la via indicata dalla Corte di Strasburgo, sottolineando come l'obbligo di tenere conto della giurisprudenza europea debba essere bilanciato attraverso un *distinguishing* che rispetti le eventuali particolarità della fattispecie concreta. La Grande Camera ha recepito positivamente il messaggio lanciato dalla *Supreme Court* e si è espressa per la non violazione dell'art. 6 CEDU nel caso del primo ricorrente. Per un maggiore approfondimento, di vedano A. E. BASILICO, *Tra giurisprudenza inglese e diritti europei: quattro sentenze della nuova Supreme Court*, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 00/2010 e F. ZACCHE', *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in Rivista telematica giuridica *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

⁶ L'art. 1 CEDU stabilisce che: " *The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*". Per una più ampia panoramica sull'argomento si veda A. COSSIRI, R. SAPIENZA, *Sub art. 1*, in *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, CEDAM, Padova, 2012.

⁷ Corte EDU, *Bankovič e altri c. Belgio e 16 altri Stati*, 12 dicembre 2001. Al § 61, infatti, si parla di un'"(...) essentially territorial notion of jurisdiction".

⁸ *Ibidem*, § 67.

contemplate anche dal diritto internazionale⁹ e presentavano, comunque, uno spiccato carattere di territorialità, prevedendo la sussistenza di un *effective overall control* su un territorio straniero¹⁰.

Il livello di controllo ritenuto necessario per poter affermare la sussistenza della *jurisdiction*, inoltre, doveva essere tale da permettere allo Stato Contraente di applicare la CEDU nella sua interezza, con la conseguenza che, laddove non fosse stato possibile, ogni suo obbligo derivante dalla firma del trattato sarebbe caduta secondo il c.d. *whole packaging principle*.

L'impatto di *Bankovič* sulla giurisprudenza successiva che, seppure di diverso avviso, non mancò mai di confrontarsi con il *leading case* del 2001, fu tale che la maggioranza dei giuristi si riferì ad esso come punto di partenza per riflettere sulla delimitazione della *jurisdiction*.

Intorno alla questione dell'incertezza della portata dell'art. 1 CEDU e alle risposte fornite da *Bankovič* a questo problema, infatti, si sviluppò una dottrina estremamente ampia.

Da un lato alcuni autori approvarono l'interpretazione rigida data dai giudici di Strasburgo nella decisione *Bankovič*, sostenendo che il limite della giurisdizione sia un limite stabilito consapevolmente e che il mancato rispetto di esso indebolisca fatalmente il sistema della Convenzione, sia perché l'aumento esponenziale del carico di lavoro della Corte EDU dovuto ai ricorsi riguardanti atti extraterritoriali distoglie i giudici da eventuali situazioni critiche all'interno degli Stati firmatari, sia perché questi ultimi faticano a comprendere la reale ampiezza delle obbligazioni assunte con la sottoscrizione di uno strumento di tutela dei diritti a carattere regionale che, tuttavia, sembra assumere una valenza sempre più estesa¹¹.

Dall'altro lato, tuttavia, la maggior parte della dottrina ritenne che i giudici del caso *Bankovič* avessero perso di vista il fine ultimo della Convenzione, quello, cioè, di garantire ai diritti e alle libertà fondamentali la tutela più estesa possibile.

Molti autori espressero, quindi, la loro convinzione circa la necessità di un superamento di quella giurisprudenza, auspicando l'affermazione di una giurisdizione correttiva, piuttosto che sostanziale¹².

⁹ Si tratta essenzialmente degli atti compiuti da personale diplomatico, consolare o da altri agenti dello Stato all'estero, oppure degli atti posti in essere a bordo di navi o aeromobili battenti la bandiera dello Stato convenuto.

¹⁰ La teoria del c.d. *effective overall control* fu elaborata con riferimento all'occupazione militare di Cipro a opera del Governo Turco, per poi estenderla a tutti i casi di controllo, non importa se legittimo o se dotato di un fondamento istituzionale, di un territorio straniero da parte di uno Stato Contraente. A questo proposito si vedano le sentenze della Corte EDU *Loizidou c. Turchia*, 18 dicembre 1996, *Cipro c. Turchia*, 10 maggio 2001 e *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, 8 luglio 2004.

¹¹ Di questo avviso, per fare due esempi significativi tra i vari possibili, si mostrarono M. O'BOYLE, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: a comment on "Life after Bankovič"*, in F. Coomans, M. T. Kamminga, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia nv, 2004 e S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: a Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, n. 4/2010, edizione online, www.ejil.oxfordjournals.org.

¹² Il riferimento è a A. ORAKHELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties and the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, n. 14/2003, edizione online, www.ejil.oxfordjournals.org, R. LAWSON, *Life after Bankovič: on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in F. Coomans, M. T. Kamminga, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia nv, 2004, E. ROXSTORM, M. GIBNEY, T. EINARSEN, *The NATO Bombing Case and the Limits of Western Human Rights Protection*, in *Boston University International Law Journal*, n. 55/2005, e T. ABDEL

In effetti l'orientamento espresso dai giudici con la decisione *Bankovič*, portava ad escludere alcune ipotesi di violazione della CEDU dalla competenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ad esempio in casi in cui l'applicazione del trattato incontrava ostacoli a causa di conflitti interni, situazioni di emergenza, occupazioni o interventi militari da parte di uno Stato firmatario sul territorio di un altro Stato o, anche, l'incapacità di un Paese di esercitare un controllo effettivo su parte del suo territorio.

Per questa ragione, attraverso una serie di pronunce, i giudici di Strasburgo tentarono di correggere le conseguenze dei principi sanciti in *Bankovič* allargando di volta in volta le maglie del concetto di controllo, fino a concepirlo non più solo come un *overall effective control* su un territorio, ma anche come esercizio di *authority and control* da parte di un agente dello Stato su un individuo di un Paese straniero.

I casi che diedero l'impulso all'elaborazione di questo nuovo criterio di verifica della sussistenza della *jurisdiction ex art. 1 CEDU* furono *Issa, Öcalan e Isaak*¹³ nei quali la responsabilità degli Stati Contraenti ai sensi della Convenzione fu valutata non più in considerazione di un controllo esercitato su un territorio straniero, ma dell'effettivo potere di incidere sul godimento dei diritti fondamentali da parte dei soggetti interessati dal comportamento di agenti del Paese convenuto.

In questo modo, il fatto di agire al di fuori dei propri confini non esimeva uno Stato firmatario dalla responsabilità per le violazioni alla CEDU perpetrate nei confronti di cittadini stranieri.

La *Supreme Court* inglese, tuttavia, non riconobbe in questa giurisprudenza una svolta effettiva rispetto alle linee guida segnate da *Bankovič* sul piano dell'applicabilità extraterritoriale della CEDU.

Lo dimostrò rigettando uno dei primi ricorsi che avrebbero portato con urgenza avanti ai *Law Lords* il problema della garanzia dei diritti fondamentali da parte del Governo britannico in un contesto di grande attualità ed estraneo all'*espace juridique* disegnato dalla Carta: il conflitto in Iraq del 2003. La partecipazione del Regno Unito alle azioni militari e all'occupazione che ne seguì, infatti, sollevò (e continua tuttora a sollevare) problematiche giuridiche importanti, legate alla sussistenza della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU, alla compatibilità degli obblighi assunti con la firma della Convenzione con situazioni particolari come lo stato di guerra e alla tutela dei diritti fondamentali nei confronti dei cittadini iracheni, così come dei soldati coinvolti nell'operazione.

2. - I casi *Al-Skeini e Smith* dinanzi alla *Supreme Court*

MONEM, *How Far do the Lawless Areas of Europe Extend? Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, n. 2/2005, per citarne alcuni.

¹³ I riferimenti sono a Corte EDU, *Issa e altri c. Turchia*, 16 novembre 2004, *Öcalan c. Turchia*, 12 maggio 2005 e *Isaak e altri c. Turchia*, 28 settembre 2006. In tutti i casi citati i ricorrenti, seppur in circostanze diverse, si trovavano nella disponibilità delle forze turche, anche se al di fuori dei confini turchi, in territori sui quali la Turchia non esercitava un controllo diretto.

Nel caso *Al-Skeini*¹⁴, il Regno Unito era accusato di aver agito in violazione dell'art. 2 CEDU dai familiari di alcuni civili iracheni che avevano perso la vita nel corso di una serie di operazioni antiterrorismo condotte dalle truppe britanniche in Iraq.

La *Supreme Court* non ritenne la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo applicabile in quella situazione, dal momento che la fattispecie non rientrava tra le eccezioni al concetto di giurisdizione territoriale stabilite in *Bankovič*, non ravvisando nel principio dell'*authority and control* un nuovo orientamento giurisprudenziale in materia¹⁵.

In effetti, in quel caso, non sussisteva nemmeno un *effective overall control* del territorio da parte del Governo britannico, poiché all'epoca dei fatti i poteri sovrani erano tornati alle istituzioni irachene e l'esercito inglese era rimasto in alcune regioni con il compito di coordinare la gestione della sicurezza durante un periodo di transizione: in quelle condizioni, sostennero i *Law Lords* appellandosi al *whole packaging principle*, il Regno Unito non aveva nemmeno la possibilità di garantire i diritti convenzionali nella loro interezza¹⁶.

Inoltre, la *Supreme Court* giudicò non solo di non avere il potere di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 1 CEDU con una pronuncia giurisdizionale, ma che, addirittura, fosse pericoloso farlo¹⁷.

Allo stesso modo furono trattati numerosi casi successivi, sollevati non solo da cittadini iracheni, ma anche da soldati dell'esercito britannico, come *Gentle* o *Catherine Smith*¹⁸.

Nel caso *Catherine Smith*, la madre di un soldato morto d'ipertermia mentre prestava servizio in Iraq lamentava il fatto che non fossero state condotte indagini esaustive sul decesso del figlio, invocando la violazione degli obblighi procedurali discendenti dall'art. 2 CEDU¹⁹.

In questa particolare fattispecie, la giurisdizione *ex art. 1 CEDU* fu negata dalla maggioranza dei

¹⁴ *R (Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL.

¹⁵ In *R (Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL, §75, infatti, Lord Rodger sostiene: "(...) Without further guidance from the European Court, I am unable to reconcile this approach with the reasoning in *Bankovič*. In these circumstances, although Issa concerned Turkish troops in Iraq, I do not consider that this aspect of the decision provides reasoned guidance on which the House can rely when resolving the question of jurisdiction in the present case."

¹⁶ *Ibidem*, § 79.

¹⁷ *Ibidem*, § 105-106. Lord Brown, in proposito, sottolineò che: "(...) whilst member States can of course legislate so as to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, national courts should not interpret the Convention to achieve this: the Convention must bear the same meaning for all States party to it." E, ancora, riguardo il pericolo di un ampliamento della *jurisdiction* operato a livello giurisdizionale, sempre Lord Brown fece notare che, mentre un cittadino che si ritenga danneggiato da una lettura eccessivamente rigida dell'art. 1 CEDU può rivolgersi alla Corte di Strasburgo per vedere riconosciuti i propri diritti, tale facoltà non è, invece, concessa a uno Stato Contraente per far correggere l'interpretazione troppo ampia data da un giudice nazionale in materia.

¹⁸ I riferimenti sono a *R (Gentle) v. The Prime Minister* [2008] UKHL e a *R (Smith) v. Secretary of State for Justice* [2010] UKHL.

¹⁹ La norma tutela in questi termini il diritto alla vita: "*Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally, save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law. (...)*". Una giurisprudenza europea costante e consolidata ha stabilito che tale disposizione non si limiti soltanto a vietare che uno Stato Contraente privi della vita in modo arbitrario coloro che si trovino sottoposti alla sua giurisdizione, ma imponga anche obblighi positivi allo scopo di tutelare il più efficacemente possibile la vita dei singoli e di garantire inchieste accurate ed effettive nel caso in cui si sospetti una violazione dell'art. 2 CEDU.

Law Lords, sostenendo che, al momento della ratifica della Convenzione, gli Stati Contraenti non avessero inteso accettare un'applicabilità del Trattato anche all'esercito in missione al di fuori dei confini nazionali²⁰.

Che le truppe operanti all'estero rientrino sotto la giurisdizione dello Stato al quale appartengono, ai fini dell'applicazione della Convenzione, infatti, continuò il Presidente Lord Phillips, è questione attinente all'ampliamento della portata dell'art. 1 CEDU, questione che coinvolge non solo il Regno Unito, ma tutte le Parti Contraenti e che, dunque, può e deve essere valutata esclusivamente dalla Corte di Strasburgo, la sola competente in materia²¹.

A sostegno della posizione della maggioranza del collegio, Lord Collins²² fece notare come una pronuncia della *Supreme Court* a favore del riconoscimento della giurisdizione in un simile contesto avrebbe implicato la valutazione di questioni non giuridiche, ma politiche.

Nel frattempo, alcuni casi sorti nel quadro del conflitto iracheno iniziavano a presentarsi anche all'attenzione dei giudici di Strasburgo, i quali si mostrarono decisi a proseguire il cammino intrapreso con *Issa*, valutando la Convenzione applicabile anche a quel particolare contesto: all'epoca delle sentenze *Gentle* e *Catherine Smith*, lo stesso *Al-Skeini* era ancora pendente, mentre il ricorso *Al-Saadoon e Mufdhi*²³ era già passato in giudicato.

In quest'ultimo caso, due cittadini iracheni, detenuti in Iraq presso una base militare britannica con l'accusa di aver compiuto atti di terrorismo, si rivolsero alla Corte EDU invocando la violazione potenziale degli artt. 2 e 3 CEDU nell'eventualità in cui fossero stati consegnati alle autorità locali, presso le quali avrebbero corso il rischio di essere sottoposti a tortura e alla pena di morte: in tali circostanze, i giudici di Strasburgo ravvisarono, da parte del Regno Unito, un livello di controllo sul territorio e sulle persone dei ricorrenti tale da giustificare la sussistenza della *jurisdiction* dello Stato convenuto.

Nonostante questo, tuttavia, soltanto una piccola minoranza dei *Law Lords* ritenne che la giurisprudenza della Corte EDU fosse sufficientemente consolidata da poter affermare la sussistenza della *jurisdiction* ai sensi della Convenzione, in considerazione del principio

²⁰ Afferma Lord Phillips nell'*opinion* di maggioranza: "*The Contracting States might well not have contemplated that the application of article 2 to troop operations abroad have involved obligations such as those I have discussed above, but whatever the implications might have seemed, it is unlikely that they would have appeared a desirable consequence of the Convention.*" *R (Smith) v. Secretary of State for Justice* [2010] UKHL, § 58.

²¹ *Ibidem*, § 60. "*(...) The contention that a State's armed forces, by reason of their personal status, fall within the jurisdiction of the State for the purpose of article 1 is novel. I do not believe that the principles to be derived from the Strasbourg jurisprudence, conflicting as some of them are, clearly demonstrate that the contention is correct. The proper tribunal to resolve this issue is the Strasbourg Court itself (...).*"

²² *Ibidem*, § 308.

²³ Il riferimento è a Corte EDU, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, 30 giugno 2009. È interessante notare che, nel 2011, si è presentato avanti alla Corte di Strasburgo, anche un caso del tutto analogo a *Gentle* e a *Catherine Smith*, i quali non hanno avuto un seguito, dopo la sentenza della *Supreme Court*. Si tratta del ricorso *Pritchard c. Regno Unito*, nel quale i familiari di un soldato inglese ucciso nel corso di un'azione militare in Iraq lamentavano la mancanza di un'indagine accurata sulla morte del loro congiunto. La Corte EDU, tuttavia, non si è mai pronunciata sul caso, dal momento che le parti hanno recentemente raggiunto un accordo, rinunciando, così, al giudizio.

dell'*authority and control* e del rapporto di fedeltà che lega i soldati allo Stato che servono²⁴: la maggioranza dei giudici della *Supreme Court*, dunque, si espresse per la non applicabilità della CEDU.

3. - Il caso *Al-Skeini* dinanzi alla Corte di Strasburgo

Nel 2011 *Al-Skeini*²⁵ giunse all'esame della Grande Camera della Corte di Strasburgo, la quale si discostò nettamente dalle posizioni della *Supreme Court*, facendo addirittura di questo caso una pronuncia di riferimento nel solco della strada aperta dal caso *Issa*.

La Corte EDU, infatti, pur ammettendo che la fattispecie esorbitasse non solo dal comune concetto di giurisdizione territoriale, ma anche dalle eccezioni rispetto ad esso riconosciute, dichiarò la responsabilità dello Stato convenuto proprio in considerazione dell'*authority and control* esercitati dalle truppe inglesi sulle vittime in quel determinato contesto.

Affermarono, in proposito, i giudici di Strasburgo: "(...) *the Court's case-law demonstrates that, in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction. (...) What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question*"²⁶.

L'elemento della territorialità non fu del tutto ignorato (il contingente britannico aveva, di fatto, il compito di occuparsi del mantenimento della pace e della sicurezza nell'Iraq meridionale²⁷), ma, con *Al-Skeini*, il paradigma del controllo di natura personale su un soggetto da parte di un agente dello Stato come criterio di verifica della sussistenza della giurisdizione *ex art. 1* CEDU, raggiunse la sua formulazione più completa.

Di più: in questa pronuncia si arrivò addirittura a elaborare proposte per un'eventuale, ulteriore evoluzione del problema della *jurisdiction*.

Nella *concurring opinion*, infatti, il giudice Bonello propose un approccio differente alla questione: dal momento che la CEDU garantisce e tutela diritti che vengono definiti "universali"²⁸, non

²⁴ *Ibidem*, § 192.

²⁵ Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, 7 luglio 2011. Lo stesso giorno fu pronunciata anche la sentenza Corte EDU, *Al-Jedda c. Regno Unito*, 7 luglio 2011, derivante dal ricorso di un cittadino Iracheno che lamentava l'illegittimità della propria detenzione a opera dell'esercito inglese in una delle sue prigioni in Iraq. Anche in questa situazione la Corte di Strasburgo ritenne applicabile la Convenzione e riconobbe la responsabilità del Regno Unito per le violazioni denunciate.

²⁶ *Ibidem*, § 136.

²⁷ La tendenza della Corte di Strasburgo a una continua oscillazione tra argomentazioni di carattere territoriale e argomentazioni di carattere personale in tema di giurisdizione è stata sottolineata e ampiamente discussa dalla dottrina. Per un'analisi più approfondita del caso, due esempi: M. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *European Journal of International Law*, n. 1/2012, edizione online, www.ejil.oxfordjournals.org. e F. VIGANÒ, *Tutela dei diritti fondamentali e operazioni militari all'estero: le sentenze Al-Skeini e Al-Jedda della corte europea dei diritti umani*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n. 4/2011.

²⁸ Nel Preambolo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo le Alte Parti Contraenti dichiarano che: "(...) *this*

avrebbe senso far dipendere l'applicabilità della Convenzione da limiti territoriali eventualmente derogabili secondo l'intensità del controllo esercitato dallo Stato convenuto su luoghi o persone; sarebbe, piuttosto, auspicabile la teorizzazione di una *jurisdiction di carattere funzionale*, basata sull'attuale capacità (o incapacità) di una Parte Contraente di adempiere agli obblighi assunti, in una determinata circostanza, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga all'esterno o all'interno dei confini nazionali.

Quella del giudice Bonello è, certo, una visione estremamente avanzata e innovativa, che ancora non ha trovato seguito nelle pronunce della Corte di Strasburgo, ma rende l'idea di come la sentenza *Al-Skeini* abbia segnato una svolta nella giurisprudenza in materia, al punto di diventare un nuovo *leading case*²⁹, superando *Bankovič* anche sotto l'aspetto del c.d. *whole packaging principle*: si afferma, cioè, la responsabilità di un Paese firmatario per il numero (anche limitato) di diritti convenzionali che, in una data situazione, esso è in grado di garantire a tutti coloro i quali si trovino soggetti al controllo da parte dei suoi agenti in qualunque parte del mondo³⁰.

4. - *Le ricadute della sentenza Al-Skeini e altri c. Regno Unito sulla giurisprudenza della Supreme Court: il caso Smith, Ellis and Allbutt*

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di Strasburgo in *Al-Skeini* non potevano rimanere senza risonanza presso i giudici della *Supreme Court*, inducendoli a mutare orientamento in occasione di un nuovo ricorso che, ancora una volta, proponeva la tematica dell'applicabilità della CEDU nell'ambito del conflitto iracheno: il caso *Smith, Ellis and Allbutt*, deciso con sentenza il 19 giugno

Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared".

²⁹ Un esempio recente di come *Al-Skeini* sia divenuto un nuovo punto di riferimento per i giudici di Strasburgo nelle decisioni concernenti la sussistenza della *jurisdiction* extraterritoriale è il caso *Hassan c. Regno Unito*, definito con sentenza della Grande Camera il 16 settembre 2014. Il ricorrente, un cittadino iracheno, lamentava la violazione, da parte del Regno Unito, degli artt. 2, 3 e 5 CEDU relativamente alle vicende del fratello, deceduto in circostanze mai chiarite nei pressi di Baghdad, in seguito a un periodo di detenzione (conclusosi con il suo rilascio) all'interno di un carcere gestito dalle forze armate britanniche. I fatti risalgono al 2003, nei primi mesi di combattimento, durante i quali la coalizione angloamericana non era ancora forza occupante. La Grande Camera ha risposto alla questione sulla giurisdizione con un ampio ed esplicito richiamo proprio alla sentenza *Al-Skeini*, della quale ha riportato un estratto contenente "(...) *the applicable principles on jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention exercised outside the territory of the Contracting State (...)*" (§74), con particolare riferimento al criterio dell'*authority and control* da parte di agenti dello Stato su un singolo individuo. Sotto questo profilo, dunque, la Corte di Strasburgo si è espressa per la sussistenza della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU in capo al Regno Unito, per tutto il periodo di tempo compreso tra l'arresto e il rilascio della vittima. Quanto al merito, tuttavia, nessuna delle violazioni lamentate è stata riconosciuta: la morte del fratello del ricorrente, infatti, era avvenuta diversi mesi dopo il suo rilascio, in un luogo molto distante dalla base inglese e in circostanze non riconducibili alla sua precedente detenzione, durante la quale peraltro, non è stato provato che egli abbia subito trattamenti disumani o degradanti. L'arresto operato dalle forze britanniche, infine, è stato dichiarato legittimo ai sensi dell'art. 5 CEDU, anche tenuto conto della particolare situazione nella quale era stato effettuato.

³⁰ Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, 7 luglio 2011, § 137. "*It is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be "divided and tailored"*".

2013.

In esso si fondono tre differenti ricorsi, tutti relativi a fatti accaduti in Iraq tra il 2003 e il 2006, durante il periodo di occupazione seguito agli scontri dei primi mesi di campagna militare; i ricorrenti sono i congiunti di alcuni soldati inglesi morti in circostanze distinte, seppur analoghe.

Il primo ricorso, il c.d. *Challenger claim*, deriva da un incidente di “fuoco amico” nel quale il Caporale Allbutt aveva perso la vita ed altri due soldati erano rimasti gravemente feriti e si fondava sui principi di negligenza del *common law*.

È diverso il contesto al quale fanno riferimento il secondo e il terzo ricorso: lo *Snatch Land Rover claim* e l'*Ellis negligence claim* riguardano l'asserita insufficienza dell'equipaggiamento e della pianificazione in operazioni di ricognizione al di fuori delle basi militari inglesi a bordo di mezzi semi-corazzati (che, tuttavia, non furono in grado di proteggere dall'esplosione di una mina i soldati Hewett ed Ellis, deceduti ad un anno di distanza l'uno dall'altro, ma in episodi del tutto analoghi).

Il secondo ricorso si basa sull'asserita violazione da parte del Ministero della Difesa dell'art. 2 CEDU, in particolare per quanto riguarda l'obbligo positivo implicito di adottare tutte le misure preventive adeguate al fine di tutelare la vita dei soldati alla luce del rischio, reale e imminente, al quale erano esposti³¹, mentre il terzo si concentra su osservazioni più prettamente tecniche allo scopo di far rilevare il comportamento negligente del Governo britannico relativamente alla morte del soldato Ellis.

In via preliminare, è tuttavia necessario risolvere la c.d. *jurisdiction issue* sollevata dalla parte convenuta rispetto all'applicabilità della CEDU ai militari in missione al di fuori dei confini nazionali.

Il Ministero della Difesa, infatti, sostiene, con particolare riferimento allo *Snatch Land Rover claim*, che il ricorso debba essere respinto perché, al momento della loro morte, i soldati non rientravano nella giurisdizione del Regno Unito e che, pertanto, non esista alcun dovere ai sensi dell'art. 2 CEDU da parte del Governo nei loro confronti.

Rispetto a tutte le richieste dei ricorrenti, inoltre, la difesa invoca la c.d. *combat immunity*, che esclude la responsabilità civile del Governo per negligenza relativamente a fatti che coinvolgano truppe impegnate in operazioni attive contro il nemico.

Le Corti di primo e di secondo grado avevano escluso la sussistenza della giurisdizione del Regno Unito ai sensi dell'art. 1 CEDU: i *Law Lords* si sono, così trovati a dover riconsiderare la questione, a un bivio tra la giurisprudenza della stessa *Supreme Court* e i nuovi orientamenti della Corte di Strasburgo.

³¹ La Corte di Strasburgo aveva già affermato in capo agli Stati firmatari l'obbligo implicito, derivante in particolare dalla lettura dell'art. 2 CEDU, di tenere un atteggiamento di diligenza nel prevenire, nei limiti del possibile, tutti i comportamenti lesivi dei diritti e delle libertà sanciti nella Convenzione, anche nell'eventualità che siano posti in essere da un singolo nei confronti di un altro individuo. Il riferimento è, tra gli altri, alla sentenza, *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998.

5. - *Le questioni di diritto: la c.d. jurisdiction issue*

La soluzione al problema della *jurisdiction*, nel caso *Smith, Ellis and Allbutt*, è accolta in modo unanime dalla *Supreme Court*, tanto che anche tutti i *Law Lords* dichiarano di riconoscersi nelle argomentazioni svolte dal Presidente Lord Hope nell'*opinion* di maggioranza su questo punto.

Come si accennava più sopra, un simile consenso in tema di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU rappresenta una svolta nell'approccio della *Supreme Court* a casi di questo tipo: si pensi, ad esempio, a *Gentle* o a *Catherine Smith*, al quale si fa riferimento in molti passaggi della motivazione della sentenza.

In entrambi i casi, anch'essi riguardanti la morte di soldati che prestavano servizio in Iraq, infatti, la *jurisdiction* del Regno Unito fu esclusa, suscitando accesi dibattiti che diedero vita a diverse *dissenting opinions*.

Al momento di pronunciarsi sul ricorso in esame, tuttavia, la *Supreme Court* non poteva fare a meno di confrontarsi con le considerazioni svolte dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Al-Skeini*. Nel formulare la decisione di maggioranza del caso *Smith, Ellis and Allbutt*, Lord Hope riconosce l'autorità della pronuncia appena citata e afferma chiaramente che: "*It is Banković which can no longer be regarded as authoritative on this point.*"³² e che, quindi: "*(...) The decision in Catherine Smith should be departed from as it is inconsistent with the guidance that the Grand Chamber has now given in its Al-Skeini judgment.*"³³

Seguendo lo schema proposto dalla Corte di Strasburgo, infatti, i giudici inglesi giustificano la loro decisione in materia con un ragionamento *a fortiori*: se la giurisdizione *ex art. 1 CEDU* può estendersi anche al di fuori del territorio nazionale in virtù dell'*authority and control* esercitata da un agente dello Stato su un individuo, a maggior ragione sarà naturale e automatica la sussistenza della giurisdizione dello Stato in capo all'agente stesso³⁴.

I *Law Lords*, riconoscendo la sussistenza della *jurisdiction* del Regno Unito ai sensi dell'art. 1 CEDU in considerazione del loro particolare *status* dei soldati quali agenti dello Stato in missione all'estero, si pronunciano, dunque, per un accoglimento, in via preliminare, dei ricorsi di *Smith, Ellis e Allbutt*.

Se si pensa, infine, all'ambiguità di fondo della sentenza *Al-Skeini*, nella quale sussisteva comunque un blando elemento di territorialità (non è possibile organizzare e attuare una serie sistematica di operazioni antiterrorismo senza un pur minimo rapporto con il territorio), la conclusione della *Supreme Court* in un caso in cui l'aspetto territoriale è ridotto ai minimi termini si dimostra ancora

³² *R (Smith, Ellis and Allbutt) v. The Ministry of Defence* [2013] UKHL, §47.

³³ *Ibidem*, §55.

³⁴ Con le parole di Lord Hope: "*(...) It is plain, especially when one thinks of the way the armed forces operate, that authority and control is exercised by the state throughout the chain of command from the very top all the way down to men and women operating in the front line. (...) It does not seem possible to separate them, in their capacity as state agents, from those whom they affect when they are exercising authority and control on the state's behalf. They are all brought within the state's article 1 jurisdiction by the application of the same general principle.*" *Ibidem*, § 52.

più in linea con l'idea di una giurisdizione di carattere funzionale e personale.

Naturalmente, non è possibile ignorare le macroscopiche differenze tra *Al-Skeini* e il caso in analisi: nel primo i ricorrenti erano cittadini iracheni, nel secondo, invece, cittadini inglesi, membri dell'esercito britannico in missione in Iraq.

Nel primo caso l'interrogativo si pone rispetto alla possibilità che uno Stato eserciti, attraverso il comportamento dei propri agenti, un controllo su individui terzi tale da far rientrare questi ultimi nella sua giurisdizione.

Nella seconda eventualità, invece, la prospettiva cambia completamente, dal momento che il problema, a livello logico, nasce ancor prima e riguarda la sussistenza di un potere dello Stato direttamente nei confronti dei suoi agenti operanti all'estero.

Per compiere questa considerazione preliminare, parrebbe, dunque, macchinoso e forse addirittura poco pertinente un continuo richiamo ai principi di *Al-Skeini*; nonostante questo, tuttavia, Lord Hope invita la *Supreme Court* ad allinearsi all'orientamento della Corte di Strasburgo, allo scopo di rivedere e superare la giurisprudenza interna fino ad allora elaborata.

Sebbene le fattispecie di *Al-Skeini* e di *Smith, Ellis and Allbutt* non siano sovrapponibili, la prima sentenza ha rappresentato un punto di riferimento fondamentale per la seconda; senza una pronuncia decisiva come *Al-Skeini*, probabilmente, la *Supreme Court* si sarebbe ancora rifiutata di esprimersi positivamente in tema di *jurisdiction*.

Nonostante le richieste dei ricorrenti siano state rinviate al giudice d'appello (dinanzi al quale risultano tuttora pendenti) per una rivalutazione delle questioni sollevate e sia piuttosto improbabile che tali pretese siano soddisfatte sotto il profilo dell'art. 2 CEDU³⁵, si tratta, in ogni caso, di una pronuncia estremamente significativa per la giurisprudenza nazionale inglese.

Al fine di valutare la reale portata di un tale mutamento di tendenza nell'approccio al problema della *jurisdiction ex art. 1 CEDU*, sarebbe interessante osservare la risposta dei *Law Lords* qualora dovesse presentarsi avanti ad essi un caso del tutto analogo ad *Al-Skeini*, rispetto al quale pronunciarsi sull'applicabilità della Convenzione in presenza di una violazione perpetrata da un agente dello Stato all'estero e nei confronti di un cittadino straniero.

6. - Conclusioni

Questo breve contributo ha voluto evidenziare, con il recente e significativo esempio della pronuncia appena esaminata, il ruolo insostituibile del dialogo tra Corti nazionali e Corte EDU nello scambio reciproco che permette, da un lato, l'adeguamento degli ordinamenti interni al livello di garanzia offerto dal sistema di tutela sovranazionale e, dall'altro, l'arricchimento del diritto europeo

³⁵ La richiesta che sia riconosciuta la violazione dell'art. 2 CEDU dovrà scontrarsi con il principio della *combat immunity* (v. *supra*, § 4) sostenuto dalla difesa. I giudici, a loro volta, dovranno assicurarsi di non cadere in valutazioni di carattere politico. Essi potranno esprimersi, quindi, solo su fatti predisposti e compiuti a un livello intermedio tra la pianificazione ai vertici dell'apparato militare, troppo vicine alla sfera di competenza esclusiva dell'esecutivo, e le decisioni prese nell'immediatezza dell'azione, per le quali, invece, opererebbe l'immunità per combattimento.

attraverso le specificità del patrimonio giuridico degli Stati membri.

Come ha ben evidenziato la nostra Corte costituzionale con la sentenza 264/2012, l'aspetto più delicato di questo dialogo consiste nel fatto che i giudici interni sono chiamati a bilanciare la tutela individuale, accordata da Strasburgo alla singola vittima della violazione perpetrata dallo Stato Parte, con la sua tutela sistemica, in relazione, cioè, al complesso degli altri diritti fondamentali con i quali interagisce e agli interessi generali salvaguardati all'interno dei diversi ordinamenti³⁶.

In questo si esprime, essenzialmente, l'importanza del limite tra ruolo sussidiario della Corte EDU e margine di apprezzamento delle autorità interne e, più in generale, della dialettica tra Corti nazionali e Corte di Strasburgo, una dialettica che è destinata a non esaurirsi nel tempo, poiché è il solo strumento che permette di realizzare una tutela effettiva e attuale dei diritti fondamentali.

Non è un caso che proprio margine di apprezzamento e principio di sussidiarietà siano stati al centro del dibattito della Conferenza di Brighton del 2012, dedicata a un confronto tra le Alte Parti Contraenti sul futuro della Corte EDU³⁷ e che il Protocollo 15 CEDU, siglato a Strasburgo l'anno successivo, abbia integrato il Preambolo alla Convenzione con un esplicito riferimento ad essi³⁸.

³⁶ A questo proposito, una lettura significativa è il discorso del giudice costituzionale Mario Rosario Morelli, dedicato a *"Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale"* nel già citato incontro di studio sul *"Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo"* tenutosi a Roma il 20 settembre 2013, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it. Nel suo discorso il giudice Morelli, prendendo spunto dalla sentenza Corte cost. n. 264/2012, sottolinea come il compito della Corte costituzionale italiana sia proprio quello di dare un giudizio sulle norme, garantendo l'armonizzazione del diritto europeo con quello nazionale, obiettivo che necessita uno spazio d'azione, un margine di apprezzamento *"che consenta, a questa Corte, di discostarsi dal dictum di Strasburgo ove l'adesione a questo possa avere effetti sistemici negativi sull'ordinamento complessivamente inteso"*. Queste considerazioni sono il risultato di un percorso giurisprudenziale iniziato dalla Corte costituzionale con le c.d. sentenze gemelle (Corte cost. 348 e 349/2007), nelle quali venivano ridefiniti i rapporti tra diritto interno e sistema della CEDU, assumendo la Convenzione come parametro interposto rispetto al riformato art. 117 Cost. nel giudizio di costituzionalità. In diverse occasioni, tuttavia, il giudice delle leggi ha ritenuto opportuno allentare la cogenza del riferimento agli orientamenti di Strasburgo, affermando che l'obbligo di osservanza della giurisprudenza europea debba essere adempiuto *"con un margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi"* (Corte cost. n. 303/2011). In proposito, si vedano anche le sentenze Corte cost. n. 311/2009, 317/2009 e 236/2011.

³⁷ Per un commento approfondito sul tema, si veda V. ZAGREBELSKY, *Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton "Per assicurare l'avvenire della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo"* in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti n. 4/2012.

³⁸ Così stabilisce l'art. 1 del Protocollo 15: *"At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows: "Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human rights established by this Convention"."*