

Andrea Spagnolo*

Il trasferimento di presunti pirati nell'ambito dell'operazione *Atalanta*: gli accordi tra l'Unione europea e i Paesi terzi

SOMMARIO: 1. L'operazione *Atalanta* e l'impegno dell'UE nella lotta alla pirateria. – 2. Gli accordi per il trasferimento di presunti pirati e la tutela dei diritti umani. – 3. *Segue*: il principio di *non refoulement* come limite al trasferimento di presunti pirati. – 4. *Segue*: le disposizioni negli accordi. – 5. *Segue*: le lacune nella protezione. – 6. L'attribuzione delle condotte lesive dei diritti umani e la rilevanza della specificità dell'Unione europea in relazione al Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. – 7. *Segue*: l'elaborazione del criterio del controllo effettivo nella prassi recente. – 8. *Segue*: l'idoneità del criterio del controllo effettivo in relazione alla specificità delle operazioni militari dell'Unione europea e degli accordi stipulati nell'ambito dell'operazione *Atalanta*. – 9. Osservazioni conclusive.

1. L'operazione *Atalanta* (o EUNAVFOR) è stata istituita dal Consiglio¹ al fine di contribuire alla lotta alla pirateria marittima al largo delle coste della Somalia, nel Golfo di Aden². Ciò a seguito dell'autorizzazione da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ex capitolo VII della Carta, a utiliz-

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell'Università della Valle d'Aosta.

¹ Azione comune 2008/851/PESC del Consiglio, del 10 novembre 2008, relativa all'operazione militare dell'Unione europea volta a contribuire alla dissuasione, alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia, *GUUE* L 301, 12 novembre 2008, p. 33. Per un'analisi del regime giuridico dell'operazione *Atalanta* si veda A. DE GUTTRY, *Fighting Piracy and Armed Robbery in the XXI Century: Some Legal Issues Surrounding the EU Military Operation Atalanta*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 325 ss.

² Sulle misure anti-pirateria si vedano, *inter alia*, D. GUILFOYLE, *Piracy Off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 690 ss.; A. TANCREDI, *Di pirati e Stati "falliti": il Consiglio di Sicurezza autorizza il ricorso alla forza armata nelle acque territoriali della Somalia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 937 ss.; J. ASHLEY ROACH, *Countering Piracy off Somalia: International Law and International Institutions*, in *American Journal of International Law*, 2009, p. 403; T. TREVES, *Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments of the Coast of Somalia*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 399 ss.; R. GEISS, A. PETRIG, *Piracy and Armed Robbery at Sea. The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford, 2011.

zare tutti i mezzi necessari al fine di contrastare la pirateria nelle acque territoriali della Somalia³. L'istituzione dell'operazione *Atalanta* segue di due mesi l'approvazione da parte del Consiglio di un'azione comune relativa al coordinamento militare a sostegno delle determinazioni del Consiglio di sicurezza⁴.

EUNAVFOR è la prima operazione navale militare dell'Unione europea, si colloca nel quadro della Politica comune di sicurezza e difesa rinnovata con il Trattato di Lisbona⁵ ed è centrale nel più ampio piano dell'Unione europea con riguardo al Corno dell'Africa⁶, a seguito dell'approvazione dello *EU Strategic Framework for the Horn of Africa*⁷, della nomina di un Rappresentante speciale per la zona⁸ e dell'istituzione di una missione civile di *maritime capacity building* EUCAP NESTOR⁹.

Il mandato dell'operazione *Atalanta* è piuttosto ampio e comprende i seguenti compiti: "a) fornisce protezione alle navi noleggiate dal PAM [Programma alimentare mondiale], anche con la presenza di elementi armati di *Atalanta* a bordo delle navi interessate, in particolare quando incrociano nelle acque territoriali della Somalia; b) protegge le navi mercantili che navigano nelle zone in cui essa è spiegata, sulla base di una valutazione della necessità effettuata caso per caso;

³ Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite 1816 del 22 giugno 2008, par. 7, lett. b). La risoluzione richiamata consente a Stati e organizzazioni internazionali di utilizzare "all necessary means" nelle acque somale al fine di reprimere atti di pirateria, colmando così una lacuna nel diritto esistente, che confinava la possibilità di intervenire solo nelle acque internazionali e non anche in quelle territoriali. La risoluzione 1816 nel preambolo del medesimo paragrafo, peraltro, autorizzava all'intervento solo previo consenso da parte del Governo federale provvisorio da notificarsi da quest'ultimo al Segretario generale dell'ONU. Si veda sul punto D. GUILFOYLE, *op. cit.*, p. 693. Per maggiori approfondimenti sulla portata dell'autorizzazione contenuta nella risoluzione 1816 si veda A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 940. Nel senso di ritenere che la risoluzione 1816 abbia ampliato l'applicabilità delle norme contro la pirateria, contribuendo alla loro efficacia, ma non modificando l'attuale diritto consuetudinario sul punto, si veda T. TREVES, *op. cit.*, pp. 402-404.

⁴ Azione comune 2008/749/PESC, del 19 settembre 2008, relativa all'azione di coordinamento militare dell'Unione europea a sostegno della risoluzione 1816 (2008) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (EUNAVCO), *GUUE* L 259, 20 settembre 2008, p. 39 ss.

⁵ Si veda M. WEBBER, *The Common Security and Defence Policy in a Multilateral World*, in P. KOUTRAKOS (ed.), *European Foreign Policy. Legal and Political Perspective*, Cheltenham, 2011, p. 205 ss. Sulle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona con riguardo alla Politica comune di sicurezza e difesa e, più nello specifico, alla capacità dell'Unione europea di istituire operazioni militari si veda S. BLOCKMANS, R. A. WESSEL, *The European Union and Crisis Management: Will the Lisbon Treaty Make the EU More Effective?*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2009, p. 265 ss.

⁶ Si veda in questo senso risoluzione del Parlamento europeo sulla pirateria marittima, 10 maggio 2012, doc. 2011/2962(RSP).

⁷ Si veda *Un quadro strategico per il Corno d'Africa*, allegato alle conclusioni 16858/11 del Consiglio sul Corno dell'Africa, 14 novembre 2011.

⁸ Decisione 2011/819/PESC del Consiglio, dell'8 dicembre 2011, che nomina il rappresentante speciale dell'Unione europea per il Corno d'Africa, *GUUE* L 327, 9 dicembre 2011, p. 62 ss.

⁹ Decisione 2012/389/PESC del Consiglio, del 16 luglio 2012, relativa alla missione dell'Unione europea per lo sviluppo delle capacità marittime regionali nel Corno d'Africa (EUCAP NESTOR), *GUUE* L 187, 17 luglio 2012, p. 40 ss.

c) sorveglia le zone al largo della Somalia, comprese le sue acque territoriali, che presentano rischi per le attività marittime, in particolare il traffico marittimo; d) prende le misure necessarie, compreso l'uso della forza, per dissuadere, prevenire e intervenire per porre fine agli atti di pirateria o alle rapine a mano armata che potrebbero essere commessi nelle zone in cui essa è presente; e) al fine dell'eventuale esercizio di azioni giudiziarie da parte degli Stati competenti alle condizioni previste all'art. 12, può arrestare, fermare e trasferire le persone che hanno commesso o che si sospetta abbiano commesso atti di pirateria o rapine a mano armata nelle zone in cui essa è presente e sequestrare le navi di pirati o di rapinatori o le navi catturate a seguito di un atto di pirateria o di rapina a mano armata e che sono sotto il controllo dei pirati nonché requisire i beni che si trovano a bordo¹⁰. Si può quindi affermare come il mandato dell'operazione collochi la medesima ben al di là di quelli che erano i "compiti di *Petersberg*" che avevano definito le caratteristiche delle prime operazioni di *peacekeeping*¹¹ dell'Unione europea. *Atalanta*, infatti, è un'operazione autorizzata ad usare la forza anche in circostanze che vadano oltre il semplice uso della stessa in legittima difesa¹². Inoltre, e ciò è di importanza fondamentale per quel che concerne il presente articolo, il par. e) dell'art. 2 dell'azione comune istitutiva dell'operazione conferisce a EUNAVFOR il potere di arrestare, detenere e poi trasferire pirati o presunti tali. Come è stato notato¹³, gli Stati membri dell'UE hanno più volte manifestato la loro scarsa propensione a processare i pirati, circostanza che ha portato l'Unione europea a concludere accordi con Stati terzi – africani – per trasferire loro i pirati catturati al fine di processarli¹⁴.

2. L'art. 12 dell'azione comune istitutiva dell'operazione *Atalanta* disciplina le competenze giurisdizionali relative ai pirati catturati dalle navi facenti parte della missione e il loro trasferimento alle autorità competenti: queste vengono individuate nello Stato battente bandiera la cui nave cattura il pirata, oppure in uno Stato terzo che manifesti la volontà di esercitare la giurisdizione¹⁵. Lo stesso

¹⁰ Azione comune 2008/851/PESC, art. 2.

¹¹ In questo senso si veda F. NAERT, *Legal Aspects of EU Military Operations*, in *Journal of International Peacekeeping*, 2011, p. 222. Per una panoramica delle operazioni dell'Unione europea per il mantenimento della pace, si veda A. BASSU, *Il mantenimento della pace nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, partic. pp. 83-132.

¹² In questo senso si veda T. TREVES, *op. cit.*, p. 411 s.

¹³ T. TREVES, *op. cit.*, p. 408; ID., *Human Rights and the Law of the Sea*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2010, p. 13; E. KONTOROVICH, S. ART, *An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy*, in *American Journal of International Law*, 2010, p. 449. Ciò è stato ulteriormente ribadito nella recente – e già citata – risoluzione del Parlamento europeo sulla pirateria marittima (al par. 10). Tra le preoccupazioni degli Stati, soprattutto quelli europei, vi sono i costi relativi agli eventuali processi e le possibili implicazioni per quel che riguarda la tutela dei diritti umani dei presunti pirati.

¹⁴ A. DE GUTTRY, *op. cit.*, p. 346; E. KONTOROVICH, "A Guantanamo on the Sea": *The Difficulties of Prosecuting Pirates and Terrorists*, in *California Law Review*, 2010, p. 255.

¹⁵ Azione comune 2008/851/PESC, art. 12: "1. Sulla base dell'accettazione da parte della Somalia dell'esercizio della giurisdizione ad opera degli Stati membri o degli Stati terzi, da un lato,

articolo individua le basi giuridiche di tale riparto giurisdizionale nel consenso dato da parte dello Stato somalo¹⁶ e nell'art. 105 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare¹⁷, senza alcun richiamo alla risoluzione 1816 del Consiglio di sicurezza¹⁸.

Sulla scorta di quanto detto, l'Unione europea ha stipulato una serie di accordi internazionali con l'obiettivo di processare i presunti pirati catturati nell'ambito dell'operazione *Atalanta*, permettendo al personale impegnato nella missione di trasferirli agli Stati terzi che hanno manifestato la loro disponibilità a condurre i relativi processi. La prassi relativa a tali accordi è inaugurata dall'accordo concluso con il Kenya¹⁹ e prosegue con i successivi accordi con Seychelles²⁰ – la

e dell'art. 105 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, dall'altro, le persone che hanno commesso o sono sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata arrestate e fermate al fine dell'esercizio di azioni giudiziarie nelle acque territoriali della Somalia o in alto mare, nonché i beni che sono serviti a compiere tali atti, sono trasferiti: alle autorità competenti dello Stato membro o dello Stato terzo che ha partecipato all'operazione del quale la nave che ha effettuato la cattura batte bandiera, o se tale Stato non può o non intende esercitare la propria giurisdizione, a uno Stato membro o a qualsiasi Stato terzo che desideri esercitarla nei confronti di tali persone e beni”.

¹⁶ Consenso che è stato dato dal Governo federale provvisorio della Somalia all'Unione europea a seguito della lettera inviata dall'UE il 30 ottobre 2008. Il riferimento a tale autorizzazione è rinvenibile nell'azione comune istitutiva dell'operazione *Atalanta* (2008/851/PESC, preambolo, par. 12).

¹⁷ Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, del 10 dicembre 1982, art. 105: “On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith”.

¹⁸ T. TREVES, *Piracy*, cit., p. 406, nota come il riferimento alle risoluzioni del capitolo VII possa anche essere superfluo essendoci il consenso dello Stato costiero.

¹⁹ Decisione 2009/293/PESC del Consiglio, del 26 febbraio 2009, concernente lo scambio di lettere tra l'Unione europea e il governo del Kenya sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria e fermate dalla forza navale diretta dall'Unione europea (EUNAVFOR), e dei beni sequestrati in possesso dell'EUNAVFOR, dall'EUNAVFOR al Kenya, e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *GUUE L 79*, 25 marzo 2009, p. 47 s.; scambio di lettere tra l'Unione europea e il governo del Kenya sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria e fermate dalla forza navale diretta dall'Unione europea (EUNAVFOR), e dei beni sequestrati in possesso dell'EUNAVFOR, dall'EUNAVFOR al Kenya, e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *ivi*, p. 49 ss.

²⁰ Decisione 2009/877/PESC del Consiglio, del 23 ottobre 2009, relativa alla firma e all'applicazione provvisoria dello scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica delle Seychelles sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata dall'EUNAVFOR alla Repubblica delle Seychelles e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *GUUE L 315*, 2 dicembre 2009, p. 35 s.; scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica delle Seychelles sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata dall'EUNAVFOR alla Repubblica delle Seychelles e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *ivi*, p. 37 ss.

forma scelta per questi due accordi è lo scambio di lettere²¹ – e Mauritius²² ed è in fase di negoziato un trattato con la Tanzania²³. Tali accordi mirano soprattutto a disciplinare il trasferimento dei presunti pirati da parte di EUNAVFOR verso gli Stati contraenti da un punto di vista della tutela dei diritti umani.

Il rispetto dei diritti umani, infatti, è un limite al trasferimento di presunti pirati verso Stati terzi nell'ambito dell'operazione *Atalanta*, in quanto necessariamente tali azioni costituiscono ingerenze nel godimento, da parte dei presunti pirati, dei loro diritti fondamentali²⁴. A tal fine, lo stesso art. 12 (par. 2) dell'azione comune istitutiva dell'operazione *Atalanta* esplicitamente richiama il rispetto dei diritti umani quale limite al trasferimento dei presunti pirati verso Stati terzi²⁵. Similmente, e ancora più a monte, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza relative al contrasto alla pirateria al largo delle coste della Somalia contengono richiami evidenti al rispetto dei diritti umani²⁶. Le ricorrenti afferma-

²¹ A tal proposito, lo scambio di lettere è assimilato ad un trattato internazionale concluso in forma ordinaria. Cfr. A. SARI, *The Conclusion of International Agreements by the European Union in the Context of ESDP*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008 p. 75; R. A. WESSEL, *The EU as a Party to International Agreements: Shared Competences, Mixed Responsibilities*, in A. DASHWOOD, A. MARESCEAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relation*, Cambridge, 2008, p. 171 s.

²² Decisione 2011/640/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2011, relativa alla firma e alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati da parte della forza navale diretta dall'Unione europea alla Repubblica di Mauritius e sulle condizioni delle persone sospettate di atti di pirateria dopo il trasferimento, *GUUE* L 254, 30 settembre 2011, p. 1 s.; accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'Unione europea alla Repubblica di Mauritius e sulle condizioni delle persone sospettate di atti di pirateria dopo il trasferimento, *ivi*, p. 3 ss.

²³ *EU Naval Force Spanish Warship "Infanta Elena" Rescues Sri Lankan Fishermen From Pirates*, www.eunavfor.eu.

²⁴ Si vedano in questo senso A. FISCHER-LESCANO, L. KRECK, *Piracy and Human Rights: Legal Issues in the Fight Against Piracy Within the Context of the European "Operation Atalanta"*, in *German Yearbook of International Law*, 2009, p. 525; D. GUILFOYLE, *Counter-Piracy Law Enforcement and Human Rights*, in *International and Comparative Quarterly*, 2009, p. 152; S. PIEDIMONTE BADINI, *Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 830. Sull'applicabilità dei diritti umani nell'ambito delle operazioni militari dell'Unione europea con un'attenzione particolare al trasferimento di presunti pirati nell'ambito dell'operazione *Atalanta* si vedano A. DE GUTTRY, *op. cit.*, p. 347; R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 209-220; F. NAERT, *op. cit.*, p. 237. Più in generale sull'applicabilità dei diritti umani nel diritto del mare e, quindi, nelle operazioni di contrasto alla pirateria si veda T. TREVES, *Human Rights and the Law of the Sea*, *cit.*, 2010, p. 1 ss.; *Id.*, *Diritto del mare e diritti umani*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 572 ss.

²⁵ Azione comune 2008/851/PESC, art. 12, par. 2: "Nessuna delle persone di cui al paragrafo 1 può essere trasferita in uno Stato terzo se le condizioni del trasferimento non sono state stabilite con tale Stato terzo in conformità del diritto internazionale applicabile, compreso il diritto internazionale dei diritti umani, al fine di garantire in particolare che nessuno sia sottoposto alla pena di morte, alla tortura o a qualsiasi altro trattamento crudele, inumano o degradante".

²⁶ Si vedano ad esempio le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 1816/2008, par. 11, e 1846 del 2 dicembre 2008, par. 14.

zioni del rispetto dei diritti umani contenute nei documenti relativi all'operazione *Atalanta* e negli accordi per il trasferimento dei presunti pirati sembrano mettere da parte qualsiasi speculazione con riguardo ad un potenziale contrasto normativo tra le risoluzioni del Consiglio di sicurezza – che autorizzano a ricorrere a *tutti i mezzi necessari* per contrastare la pirateria – e le norme sui diritti umani sulla base dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite²⁷. Un eventuale contrasto, infatti, sarebbe stato ipotizzabile nel caso in cui le risoluzioni del Consiglio di sicurezza non avessero richiamato al rispetto dei diritti umani²⁸. Il rispetto dei diritti umani è poi enfatizzato nel preambolo degli accordi per il trasferimento dei presunti pirati da EUNAVFOR a Kenya²⁹ e Mauritius³⁰ – mancano invece simili richiami nell'accordo con Seychelles, sul quale si tornerà più avanti – laddove vengono espressamente citate la Convenzione contro la tortura del 1984 e il Patto sui diritti civili e politici.

Il riferimento a questi trattati non preclude, in ogni caso, l'applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 1950, cui gli Stati dell'operazione *Atalanta* sono vincolati, ammesso che sia accettata l'applicabilità extraterritoriale degli obblighi in essa contenuti³¹. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani considera la Convenzione applicabile in caso in cui uno Stato contraente eserciti la giurisdizione su un individuo interpretando il concetto di giurisdizione attraverso l'elaborazione di due modelli³²: l'esercizio di "effective

²⁷ Carta delle Nazioni Unite, art. 103: "In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail".

²⁸ Recentemente la Corte europea dei diritti umani si è pronunciata in questo senso con riguardo alle autorizzazioni del Consiglio di sicurezza. Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 7 luglio 2011, *Al-Jedda c. Regno Unito*, n. 27021/08, par. 102.

²⁹ Scambio di lettere tra l'Unione europea e il Governo del Kenya, cit., p. 49: "[I]l presente scambio di lettere lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi dei partecipanti derivanti da accordi internazionali e da altri strumenti che istituiscono tribunali internazionali, nonché dal pertinente diritto interno ed è concluso nel pieno rispetto: (...) del diritto internazionale dei diritti umani, inclusi il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1984".

³⁰ Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, preambolo, par. 4: la formulazione è identica a quella appena citata con riguardo al Kenya.

³¹ Anche in virtù della clausola di non esclusione contenuta negli accordi: "Nessuna disposizione del presente scambio di lettere è intesa a derogare o può essere interpretata come una deroga ai diritti di cui può godere una persona trasferita ai sensi della legislazione internazionale o interna applicabile". Cfr. disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, allegate a scambio di lettere tra l'Unione europea e il Governo del Kenya, cit., p. 56 ss., art. 7; accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 8.

³² In dottrina, *inter alia*, si vedano P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; M. MILANOVIĆ, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011; R. SAPIENZA, *Art. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 13 ss.

overall control”³³ su di un area o un territorio anche al di fuori dei suoi confini – e non necessariamente in situazioni di occupazione bellica³⁴ – e l’esercizio di “authority and control over an individual”³⁵. Per quanto recentemente la Corte di Strasburgo abbia applicato entrambi i modelli contemporaneamente – tentando di darne un’interpretazione unica, ma probabilmente suscitando ancora più dubbi sul modello migliore³⁶ – l’applicabilità della Convenzione europea nei casi di trasferimenti di pirati sussisterebbe in virtù di una giurisprudenza specifica che concerne il rispetto dei diritti umani in alto mare laddove gli Stati esercitano controllo sia sulla nave, sia sull’individuo³⁷. Inoltre, secondo la recente giurisprudenza nel caso *Hirsi*³⁸, la giurisdizione dello Stato, con conseguente applicabilità della Convenzione europea, si estende anche alla nave che batte la sua bandiera³⁹, circostanza che sembra adattarsi al caso dei contingenti nazionali messi dagli Stati a disposizione dell’Unione europea per l’operazione *Atalanta*.

3. Constatata l’applicabilità dei trattati internazionali in materia di diritti umani, occorre soffermarsi sull’obbligo di *non refoulement* che, nell’ambito del trasferimento di presunti pirati, riveste un ruolo di fondamentale importanza e che impone a un soggetto di non espellere o estradare un individuo verso uno Stato in cui rischierebbe di subire gravi violazioni dei diritti umani⁴⁰. Su tale

³³ Si vedano *inter alia* Corte europea dei diritti umani, sentenza del 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Cipro*, n. 15318/89, par. 52; sentenza del 12 dicembre 2001, *Bankovic c. Belgio e altri*, n. 52207/99, par. 71.

³⁴ Corte europea dei diritti umani, sentenza dell’8 luglio 2004, *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, n. 48787/99, par. 313.

³⁵ Si vedano *inter alia* Corte europea dei diritti umani, sentenza del 16 novembre 2004, *Issa e altri c. Turchia*, n. 31821/96, par. 71; decisione del 28 giugno 2007, *Pad e altri c. Turchia*, n. 60167/00, par. 54.

³⁶ In questo senso si veda M. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al Jedda in Strasbourg*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 127.

³⁷ Si veda Corte europea dei diritti umani, sentenza del 29 marzo 2010, *Medvedyev c. Francia*, n. 3394/03, par. 67. Il caso riguardava una nave battente una bandiera diversa da quella francese.

³⁸ Sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, n. 27765/09. Per i primi commenti si vedano A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo condanna l’Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 415 ss., partic. p. 423; G. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’affaire Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 491 ss.; U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea nell’affaire Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *I diritti dell’uomo. Cronache e battaglie*, 2012, n. 1, p. 9 ss.; cfr. anche A. DI PASCALE, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 85 ss.

³⁹ Sentenza *Hirsi*, par. 81.

⁴⁰ Le fonti normative del principio di *non refoulement* sono rinvenibili nell’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati (anche se nel caso dei trasferimenti di presunti pirati sembra irrealistico immaginare che questi soggetti possano qualificarsi come rifugiati: cfr. R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 208 s.) e nell’art. 3 della Convenzione contro la tortura. Tale obbligo è inoltre ricavabile – in via giurisprudenziale – dagli articoli 6 e 7 del Patto sui diritti civili e politici e dall’art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani. In dottrina si vedano A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell’obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi*

obbligo la giurisprudenza internazionale – nell’affermarlo come assoluto⁴¹ – ha sviluppato un filone che ha portato a caratterizzarlo e a richiedere determinati obblighi procedurali allo Stato che intenda trasferire un individuo verso uno Stato in cui costui corra un “real risk of being subjected to torture or inhumane or degrading treatment or punishment”⁴². Tra gli obblighi procedurali elaborati dalla giurisprudenza vi è senz’altro la previsione di un meccanismo di *review* a disposizione dell’individuo trasferito al fine di metterlo nelle condizioni di poter sindacare la legittimità di un trasferimento⁴³. Infine – ma forse con un ruolo di assoluta importanza – lo Stato che trasferisce ha l’obbligo di ottenere dallo Stato verso cui si trasferisce un individuo adeguate garanzie che egli non patisca violazioni dei diritti umani: alla luce della giurisprudenza più recente, tale obbligo è sempre più stringente per gli Stati e si fonda su valutazioni di tipo oggettivo, soprattutto in quei casi in cui lo Stato ricevente viola sistematicamente i diritti umani⁴⁴.

4. Lo scambio di lettere con il Kenya e il trattato con Mauritius sembrano prendere in considerazione il rispetto dei diritti umani e dell’obbligo di *non refoulement*: ciò è sancito nei principi generali degli accordi tra i quali vi è l’enunciazione di un obbligo a carico di entrambe le parti di garantire agli individui trasferiti il rispetto dei diritti umani sia prima che *dopo* il trasferimento⁴⁵. Gli accordi disciplinano nel dettaglio il trattamento delle persone trasferite nella fase successiva al trasferimento, compresi quindi i relativi procedimenti giudiziari; vengono, a tal proposito, elencati i diritti civili che spettano agli individui trasfe-

della Corte europea dei diritti umani, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 449 ss.; F. SALTERNO, *L’obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 287 ss.; nonché A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, *ivi*, 2010, p. 41 ss.

⁴¹ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, n. 37201/06, par. 140.

⁴² Corte europea dei diritti umani, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, n. 14038/88, par. 88; sentenza del 20 marzo 1991, *Cruz Varas c. Svezia*, n. 15576/89, par. 70.

⁴³ D. GUILFOYLE, *op. cit.*, p. 167; R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 216.

⁴⁴ Sentenza *Saadi*, paragrafi 143-148. A. GIANELLI, *op. cit.*, p. 456; A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁵ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall’UE alla Repubblica del Kenya, art. 2, lett. c): “i firmatari confermano che tratteranno le persone trasferite in virtù del presente scambio di lettere, sia prima che dopo il trasferimento, in modo umano ed in conformità agli obblighi internazionali in materia di diritti umani, incluso il divieto della tortura o di qualsiasi altro trattamento o pena crudele, disumana o degradante e il divieto della detenzione arbitraria ed in conformità al requisito del diritto a un processo equo”. Vi è una differenza importante, sotto questo profilo, con il trattato concluso con Mauritius: in quest’ultimo, il riferimento non è agli “obblighi internazionali in materia di diritti umani”, ma agli “obblighi internazionali in materia di diritti umani che figurano nella costituzione di Mauritius” (accordo tra l’Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 3, par. 5, corsivo aggiunto). Il riferimento alla Costituzione di Mauritius, per i motivi che vedremo *infra*, par. 5, può creare alcuni problemi dal punto di vista del rispetto del principio del *non refoulement* alla luce di un documento del Comitato contro la tortura del 2008.

riti: divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti⁴⁶, rispetto della libertà personale⁴⁷ e diritto all'equo processo con i corollari che ne derivano⁴⁸; viene infine imposto agli Stati riceventi il divieto di trasferire alcuna persona senza un consenso preliminare da parte di EUNAVFOR⁴⁹. Un articolo *ad hoc* – il quarto – è dedicato al divieto di imporre la pena di morte agli individui trasferiti⁵⁰.

⁴⁶ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 3, lett. a): "La persona trasferita sarà trattata in modo umano e non sarà oggetto di tortura o di trattamento o pena crudele, disumana o degradante, riceverà vitto e alloggio adeguati, accesso alle cure mediche e potrà osservare la propria religione". Per quanto la formulazione sia pressoché identica, nel trattato concluso con Mauritius figura un cappello introduttivo per quel che riguarda il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti che nuovamente fa riferimento agli obblighi di tutela dei diritti umani che figurano nella costituzione di Mauritius (accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 4, punto 1: "In conformità agli obblighi internazionali in materia di diritti umani *che figurano nella costituzione di Mauritius*, la persona trasferita è trattata in modo umano").

⁴⁷ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 3, lett. b), c): "la persona trasferita sarà prontamente tradotta dinanzi a un giudice o ad altro funzionario autorizzato dalla legge ad esercitare il potere giudiziario, che deciderà senza indugio sulla legittimità della sua detenzione ed ordinerà il suo rilascio se la detenzione non è legittima; c) la persona trasferita avrà diritto al processo entro un ragionevole periodo di tempo o al rilascio". Cfr. anche accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 4, punti 2 e 3.

⁴⁸ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 3, lett. d)-g): "d) nell'accertamento di un'accusa penale formulata a suo carico, la persona trasferita avrà diritto ad un'udienza equa e pubblica da parte di un organo giurisdizionale competente, indipendente ed imparziale, costituito per legge; e) la persona trasferita accusata di un reato sarà presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata; f) nell'accertamento di un'accusa penale formulata a suo carico, la persona trasferita avrà diritto alle seguenti garanzie minime, in condizioni di completa parità: 1) essere informata, nel più breve tempo possibile, in una lingua ad essa comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; 2) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa e comunicare con un avvocato di sua scelta; 3) essere giudicata senza indebito ritardo; 4) essere presente al processo e difendersi di persona o mediante un difensore di sua scelta; nel caso sia sprovvista di un difensore, essere informata del suo diritto ad averne e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se la persona non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo; 5) esaminare, o far esaminare, tutte le prove a suo carico, incluse le dichiarazioni giurate dei testimoni a carico, ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico alle stesse condizioni dei testimoni a carico; 6) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza; 7) non essere costretta a testimoniare contro se stessa o a confessare la propria colpevolezza. g) La persona trasferita condannata per un reato avrà il diritto di chiedere il riesame della sua dichiarazione di colpevolezza e condanna o di appellarsi ad un organo giurisdizionale superiore in conformità alla legislazione del Kenya". Cfr. anche accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 4, punti 4-7.

⁴⁹ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 3, lett. h): "il Kenya non trasferirà la persona trasferita a nessun altro Stato ai fini delle indagini e dell'azione giudiziaria senza un consenso scritto preliminare dell'EUNAVFOR". Cfr. anche accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 4, par. 8.

⁵⁰ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati

Disposizioni più precise sono poi previste con riguardo alla procedura da seguire, ma solo con riguardo alla fase successiva al trasferimento: a carico dello Stato ricevente è imposto un obbligo di tenere un registro di tutte le persone detenute con rispettivi luoghi di detenzione e stati di salute, tale registro deve rimanere a disposizione di EUNAVFOR, anche se subordinato a una richiesta scritta al governo del Paese ricevente⁵¹; a carico di EUNAVFOR sono poi previsti una serie di obblighi di assistenza, elencati nelle disposizioni successive⁵². Gli unici obblighi che gravano sulle parti nella fase precedente al trasferimento – ossia il momento decisionale ad esso relativo – sono limitati a due disposizioni che impongono a EUNAVFOR l’obbligo di fornire allo Stato ricevente informazioni relative alla cattura e alla detenzione dei soggetti trasferiti e al loro stato di salute⁵³.

5. Le disposizioni appena esaminate evidenziano alcune lacune nella protezione dei diritti umani degli individui trasferiti, soprattutto in relazione al principio di *non refoulement*. Occorre premettere come il Comitato contro la tortura abbia notato nel 2008, con riguardo al Kenya, una pericolosa tendenza al ricorso alla tortura e a trattamenti inumani e degradanti da parte degli organi di polizia e le difficoltà da parte di quello Stato nel fornire adeguate tutele per quel che riguarda la salute dei detenuti e il loro diritto di avere contatti con l’esterno⁵⁴. Simili conclusioni, ancora più recentemente, hanno caratterizzato le osservazioni del Comitato con riguardo a Mauritius⁵⁵; di particolare interesse, per quanto qui rileva, la circostanza in virtù della quale questo Stato non abbia ancora dato attuazione nel suo ordinamento alla Convenzione contro la tortura: ciò ha rilievo e desta qualche preoccupazione se si pensa, come visto, che nel trattato con Mauritius è fatto un esplicito rimando alla tutela dei diritti umani prevista in quel sistema costituzionale⁵⁶. Ancora, e sempre con riguardo a

dalla forza navale diretta dall’UE alla Repubblica del Kenya, art. 4: “Nessuna persona trasferita potrà essere condannata alla pena di morte. Il Kenya, conformemente alle leggi applicabili, adotterà le misure necessarie per assicurare che la pena di morte sia commutata in pena detentiva”. Cfr. anche accordo tra l’Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 5.

⁵¹ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall’UE alla Repubblica del Kenya, art. 5, lett. c)-g); accordo tra l’Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 6, punti 3-7.

⁵² Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall’UE alla Repubblica del Kenya, art. 6; accordo tra l’Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 7.

⁵³ Va detto che tale obbligo non pare tassativo in quanto è richiesto a EUNAVFOR di fornire informazioni sullo stato di salute “per quanto possibile”. Cfr. disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall’UE alla Repubblica del Kenya, art. 5, lett. a), b); accordo tra l’Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 6, punti 1 e 2.

⁵⁴ *Committee against Torture, Concluding observations of the Committee against Torture: Kenya*, CAT/C/KEN/CO/1, 19 gennaio 2009, par. 13.

⁵⁵ *Committee against Torture, Concluding observations of the Committee against Torture: Mauritius*, CAT/C/MUS/CO/3, 15 giugno 2011.

⁵⁶ Sempre a proposito della mancata attuazione nell’ordinamento interno della Convenzione

Mauritius, il Comitato rileva evidenti lacune nel sistema procedurale per quel che concerne le garanzie sul principio di *non refoulement*⁵⁷. Da ultimo – ma forse è l'aspetto più preoccupante – il Comitato nota la persistenza del problema del sovraffollamento delle carceri⁵⁸. Sia Kenya, sia Mauritius sembrano Stati che sistematicamente violano i diritti umani, soprattutto degli individui soggetti a misure detentive: ciò rende necessaria la previsione di procedure precise per il trasferimento dei presunti pirati.

Su tale profilo va, invece, evidenziato come le disposizioni procedurali esaminate nel paragrafo precedente valgono essenzialmente per la fase *post* trasferimento, mentre mancano disposizioni precise sulla fase prodromica alla condotta, fatto salvo il menzionato obbligo di redigere i documenti sopra menzionati. L'assenza di obblighi procedurali ha portato, ad esempio, all'applicazione di procedure diverse tra i contingenti nazionali impegnati nell'operazione *Atalanta*: il governo olandese ritiene applicabili ai trasferimenti le norme e le procedure relative all'extradizione⁵⁹, i pirati catturati dalla fregata italiana *Maestrale* sono stati tradotti – in video-conferenza – dinanzi al Giudice per le indagini preliminari di Roma⁶⁰. Gli esempi citati dimostrano come non vi sia uniformità nelle procedure di trasferimento e ciò può creare contrasti evidenti con quanto invece richiesto dalle norme sui diritti umani⁶¹.

Lo scambio di lettere con le Seychelles merita poi un capitolo a parte in quanto sembra essere interamente dedicato alla fase successiva al trasferimento. Mancano totalmente le disposizioni procedurali concernenti sia la fase successiva sia quella precedente al trasferimento e, quindi, lo scambio di lettere con le Seychelles è poco più di un impegno al rispetto dei diritti umani. Data l'assenza di simili disposizioni, l'Unione europea ha allegato allo scambio di lettere una dichiarazione unilaterale con la quale prende atto della necessità che “i rappresentanti dell'UE e dell'EUNAVFOR dovranno avere accesso alle persone trasferite nella Repubblica delle Seychelles (Seychelles) in virtù dello scambio di lettere, fino a quando tali persone siano sottoposte a custodia in tale Paese, ed avranno il diritto d'interrogarle” e “del fatto che i rappresentanti dell'UE e dell'EUNAVFOR dovranno disporre di una rilevazione precisa di ciascuna persona trasferita, segnatamente della documentazione di tutti i beni sequestrati, della condizione fisica della persona, del luogo di detenzione, delle accuse a suo

contro la tortura, il Comitato rileva l'assenza di sanzioni adeguate per chi commette tale crimine (*ivi*, par. 8), l'assenza di disposizioni legislative che sanciscano il divieto *assoluto* di tortura (*ivi*, par. 9), la non chiara esistenza di un sistema adeguato di informazioni con riguardo ai soggetti detenuti (*ivi*, par. 10) e l'assenza di procedure di ricorso indipendenti (*ivi*, par. 11).

⁵⁷ *Ivi*, par. 12.

⁵⁸ *Ivi*, par. 14.

⁵⁹ *Mejers Committee (Standing Committee on International Immigration, Refugee and Criminal Law), Comment on the Agreement between the EU and Kenya on the Transfer of Persons Suspected of Piracy to Kenya*, 20 maggio 2009, par. 2, www.statewatch.org.

⁶⁰ *Somalia: Gip di Roma convalida arresto di 9 pirati catturati dalla 'Maestrale'*, 25 maggio 2009, www.adnkronos.com.

⁶¹ D. GUILFOYLE, *op. cit.*, p. 164; R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 217.

carico e di tutte le decisioni significative prese nel corso dell'azione giudiziaria e del processo"⁶². Sulla vincolatività della dichiarazione appena citata nei confronti delle Seychelles vi sono, tuttavia, molti dubbi e, quindi, le disposizioni concernenti il trasferimento dei pirati verso questo Stato sembrano essere molto lacunose⁶³.

Le preoccupazioni fin qui illustrate sono poi state confermate da una recente sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia, che ha condannato lo Stato tedesco a risarcire un presunto pirata trasferito in Kenya da una fregata tedesca nell'ambito di EUNAVFOR⁶⁴. Pur riconoscendo che, all'epoca dei fatti, lo scambio di lettere tra l'Unione europea e il Kenya era entrato in vigore solo da pochi giorni, concedendo, quindi, le difficoltà nel non poter attuare immediatamente quelle disposizioni⁶⁵, il Tribunale nota il problema del sovraffollamento delle carceri in Kenya e attribuisce alla Germania la violazione del principio di *non refoulement* come enunciato negli articoli 3 della Convenzione europea dei diritti umani e 7 del Patto sui diritti civili e politici per aver effettuato il trasferimento⁶⁶.

6. La sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia introduce un altro problema giuridico rilevante per quel che riguarda il rispetto dei diritti umani nell'ambito dell'operazione *Atalanta* e, nello specifico, del trasferimento dei presunti pirati sulla base degli accordi con i Paesi terzi: l'attribuzione delle condotte lesive dei diritti fin qui enunciati. L'eventuale condotta contestata, infatti, sarebbe posta in essere da contingenti nazionali messi a disposizione dell'Unione europea sul modello delle operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, laddove i contingenti nazionali sono messi a disposizione dagli Stati membri dell'Organizzazione sulla base di accordi *ad hoc*⁶⁷. Le norme che si applicano alle operazioni militari istituite dalle organizzazioni internazionali, al fine di ripartire la responsabilità tra i soggetti coinvolti, sono contenute nel Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali⁶⁸. Il Progetto sembra adattabile anche alle operazioni militari dell'Unione europea e, per quel

⁶² Dichiarazione dell'Unione europea all'atto della firma dello scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica delle Seychelles sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata dall'EUNAVFOR alla Repubblica delle Seychelles e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *GUUE* L 315, 2 dicembre 2009, p. 43.

⁶³ In questo senso si veda R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁴ Si veda Verwaltungsgericht Köln, sentenza dell'11 novembre 2009, causa n. 25 K 4280/09, www.justiz.nrw.de; A. NOLLKAEMPER, *German Court Finds the Transfer of Somali Pirates to Kenya to Be in Violation of Germany's Obligations Under International Law*, 9 dicembre 2011, www.shareproject.nl.

⁶⁵ V. sentenza dell'11 novembre 2009, cit., par. 76.

⁶⁶ *Ivi*, par. 71 s.

⁶⁷ In generale, sulle operazioni di *peacekeeping* della Nazioni Unite e la loro composizione v. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2010, VIII ed., p. 263.

⁶⁸ *International Law Commission, Responsibility of International Organizations. Texts and Titles of Draft Articles 1 to 67 Adopted by the Drafting Committee on Second Reading in 2011*, A/CN.4/L. 778, 31 maggio 2011 (d'ora in poi DARIO).

che riguarda il caso di specie, all'operazione *Atalanta* in particolare; l'adattabilità delle norme del Progetto all'Unione europea, tuttavia, è stata oggetto di dibattito, dal momento in cui l'allora Comunità europea – nell'inoltrare i propri commenti alla Commissione di diritto internazionale – aveva manifestato la volontà di vedere inclusa, nel Progetto, una *lex specialis* per l'Unione europea⁶⁹ che dettasse disposizioni *ad hoc* anche sul punto dell'attribuzione delle condotte, imponendosi essa stessa come soggetto responsabile in caso di violazioni del diritto internazionale⁷⁰. Va detto – come peraltro un certo orientamento della dottrina conferma⁷¹ – che la citata posizione della Comunità europea con riguardo al Progetto di articoli si riferiva essenzialmente all'allora pilastro comunitario – nello specifico l'adozione da parte degli Stati membri di misure di attuazione del diritto comunitario in settori di competenza esclusiva della Comunità⁷² – con esclusione, quindi, della Politica estera e di sicurezza comune e della politica comune di sicurezza e difesa⁷³. Ciò porta a ritenere che le attività dell'Unione europea in questo settore – inclusa, e a maggior ragione quindi, l'istituzione di operazioni militari – vadano assimilate a quelle delle organizzazioni classiche, Nazioni Unite *in primis* e che, quindi, le norme del Progetto siano applicabili⁷⁴.

⁶⁹ Nello specifico era stato richiesto che la Commissione di diritto internazionale avrebbe potuto “allow sufficient room for specificities of the European Union” in quanto “the draft articles, even taking into account of the commentaries, (...) do not adequately reflect the situation of regional economic organizations such as the European Union” (*Comments and Observations Received from International Organizations*, A/CN.4/637, 14 febbraio 2011, pp. 7 e 38).

⁷⁰ Cfr. *Comments and Observations Received from International Organizations*, A/CN.4/545, 25 giugno 2004, p. 18. In quella circostanza l'allora Comunità europea aveva affermato che essa costituiva un “legal order of its own, with comprehensive legislative and treaty-making powers, deriving from the transfer of competence from the member States to the Community level”.

⁷¹ Sul punto si vedano *inter alia* S. TALMON, *Responsibility of International Organizations: Does the European Community Require Special Treatment?*, in M. RAGAZZI (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden-Boston, 2005, p. 405; nonché E. PAASIVIRTA, P. J. KUIJPER, *Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2005, p. 169; F. HOFFMEISTER, *Litigating Against the European Union and Its Member States*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 723.

⁷² Sul punto, invero, occorre dire che l'Unione europea non gode di un controllo sulle misure di attuazione degli Stati membri tale da poter ritenere la condotta di questi ultimi attribuibile all'Unione e non ad essi (S. TALMON, *op. cit.*, p. 414). La prassi della Comunità, tuttavia, soprattutto con riguardo alle misure adottate dagli Stati membri in violazione degli accordi conclusi dall'UE con l'OMC, è sempre stata nel senso di ritenere tali misure attribuibili all'Unione piuttosto che agli Stati, al fine di garantire l'unità della rappresentanza internazionale dell'Unione e l'autonomia del suo ordinamento giuridico: cfr. E. PAASIVIRTA, P. J. KUIJPER, *op. cit.*, pp. 189-191. I commenti inoltrati dalla Comunità, in conclusione, riguardavano solo le aree di competenza esclusiva della stessa: cfr. F. HOFFMEISTER, *op. cit.*, p. 743.

⁷³ Ancora più nello specifico, la Comunità europea aveva declinato l'invito a inviare commenti sull'attribuzione delle condotte nell'ambito delle operazioni di *peacekeeping* motivando che la gestione di tali operazioni non rientrava tra le competenze della Comunità (A/CN.4/545, *cit.*, p. 16).

⁷⁴ In questo senso si vedano ancora E. PAASIVIRTA, P. J. KUIJPER, *op. cit.*, p. 174, secondo cui l'Unione europea “is in many ways a classical intergovernmental organization with problems si-

7. Il Commentario al Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali rivela come la disposizione più adatta ad attribuire le condotte nell'ambito delle operazioni di *peacekeeping* sia l'art. 7 ("Conducts of organs of a State or organs or agents of an international organizations put at the disposal of another international organization")⁷⁵. L'articolo in questione stabilisce come criterio per l'attribuzione di una condotta all'organizzazione internazionale quello del controllo effettivo, inteso come controllo *fattuale* ("factual control")⁷⁶.

Nel determinare il contenuto dell'art. 7 del Progetto, la giurisprudenza⁷⁷ e la dottrina⁷⁸ più recenti supportano quanto enunciato nel Commentario della Commissione di diritto internazionale e ricorrono ad un'interpretazione del criterio del controllo effettivo più vicina a quanto enunciato, in relazione al criterio stesso, dalla Corte internazionale di giustizia⁷⁹, discostandosi così dal filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza della Corte europea dei diritti umani nei casi *Behrami* e *Saramati*⁸⁰. L'attribuzione di una condotta nell'ambito di

milar to the UN in respect of peace-keeping and police action". Dello stesso orientamento si vedano anche A. SARI, R. A. WESSEL, *International Responsibility for EU Military Operations: Finding the EU's Place in the Global Accountability Regime*, in B. VAN VOOREN, S. BLOCKMANS, J. WOUTERS (eds.), *The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU?*, Oxford, 2012, di prossima pubblicazione, reperibile *on line*; R. A. WESSEL, L. DEN HERTOOGH, *EU Foreign, Security and Defence Policy: A Competence-Responsibility Gap?*, in M. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *International Responsibilities: EU and International Perspective*, Oxford, 2012, di prossima uscita, reperibile *on line*.

⁷⁵ Cfr. DARIO, art. 7: "The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct".

⁷⁶ *International Law Commission, Report on the Work of its Sixty-Third Session (26 April to 3 June and 4 July to 12 August 2011)*, A/66/10, par. 88, p. 87.

⁷⁷ Si veda ad esempio Corte europea dei diritti umani, sentenza *Al Jedda*, par. 80; Corte d'appello de L'Aja (Olanda), sentenza del 5 luglio 2011, *Nuhanovic c. the State of the Netherlands*, par. 5.8.

⁷⁸ Si vedano, *inter alia*, T. DANNENBAUM, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 157.

⁷⁹ Sul concetto di controllo effettivo si vedano le note sentenze della Corte internazionale di giustizia nei casi *Nicaragua c. Stati Uniti* (sentenza del 17 giugno 1986, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States Of America)*, in *ICJ Report*, 1986, p. 14) e nel c.d. *Genocide Case* (sentenza del 26 febbraio 2007, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Erzegovina c. Serbia-Montenegro)*, *ivi*, 2007, p. 43).

⁸⁰ Corte europea dei diritti umani, decisione del 2 maggio 2007, *Behrami e Behrami c. Francia*, n. 71412/01, e *Saramati c. Francia, Norvegia e Germania*, n. 78166/01. Nelle decisioni appena menzionate, la Corte di Strasburgo ha interpretato il criterio del controllo effettivo di cui all'art. 7 (allora art. 5) del Progetto di articoli come "authority and control", stabilendo che il Consiglio di sicurezza fosse l'entità in grado di controllare le condotte poste in essere nell'ambito delle operazioni UNMIK e KFOR, in Kosovo, in quanto delegatario dei poteri *ex capitulo VII* della Carta delle Nazioni Unite. Per commenti alla sentenza si vedano P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite*

un'operazione di *peacekeeping* sarebbe, quindi, da decidersi a seguito di una valutazione fattuale atta a determinare quale soggetto – tra lo Stato e l'organizzazione internazionale – avesse la maggiore possibilità di influenza sulla condotta stessa⁸¹. Conseguente, da una simile impostazione, che in linea di principio una condotta possa essere attribuita allo Stato o all'organizzazione internazionale o, addirittura, simultaneamente a entrambi⁸².

Quanto detto con riguardo al controllo effettivo sembra potersi adattare anche al caso delle operazioni militari istituite dall'Unione europea e dell'operazione *Atalanta* nello specifico⁸³. Confinando a quest'ultima l'analisi, è possibile rinvenire nell'azione comune istitutiva alcuni elementi utili a definire lo *status* dei contingenti nazionali messi a disposizione dell'Unione europea; questi sono inseriti in una catena di comando che promana dal Consiglio che, assistito dall'Alto rappresentante per la politica estera, ha il potere di modificare gli obiettivi della missione e di terminarla. Sotto la responsabilità del Consiglio, il Comitato politico e di sicurezza esercita un controllo di tipo politico ed è competente per quanto riguarda la direzione strategica dell'operazione, avendo il potere di modificare, tra le altre cose, le regole d'ingaggio e la catena di comando⁸⁴. La direzione militare dell'operazione è affidata al Comitato militare dell'Unione europea che costituisce il punto di contatto con il Comandante della missione⁸⁵; quest'ultimo è nominato dal Consiglio⁸⁶, ma poteri relativi alla sua nomina spettano anche al Comitato politico e di sicurezza⁸⁷.

o autorizzate dalle nazioni unite davanti alla corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 681 ss.; G. C. BRUNO, *La Corte europea dei diritti umani e il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.

⁸¹ Sul punto, la dottrina più recente – in linea con una certa giurisprudenza – ha affermato come il criterio del controllo effettivo – inteso come “factual control” – debba essere interpretato nel senso di attribuire una condotta lesiva dei diritti umani al soggetto che, al momento della commissione della condotta, fosse nella migliore posizione per prevenirla (“power to prevent”). Cfr. T. DANNENBAUM, *op. cit.*, p. 159; sentenza *Nuhanovic*, par. 5.18.

⁸² La giurisprudenza più recente ha accettato la “dual attribution” come corollario del controllo effettivo come già auspicato da una parte della dottrina (L. CONDORELLI, *Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 897; A. SARI, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 160 s.): cfr. sentenza *Nuhanovic*, par. 5.9; sentenza *Al Jedda*, par. 81. Nel senso di ritenere che tali sentenze siano un'evoluzione verso la “dual attribution” si veda M. MILANOVIC, *Al Jedda*, *cit.*, p. 219; per un approccio più cauto si veda A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, p. 1152-1154, che pur ritiene come la “dual attribution” sia un'evoluzione positiva e che ammette come solo il controllo effettivo – e non l’“ultimate authority and control test” – possa portare a una simile conclusione (p. 1153).

⁸³ In questo senso si veda R. A. WESSEL, L. DEN HERTOOGH, *op. cit.*, p. 11; *contra*, per i motivi che si vedranno *infra*, par. 8, e nel senso di ritenere troppo limitato il ricorso al criterio del controllo effettivo, si veda A. SARI, R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 22 s.

⁸⁴ Azione comune 2008/851/PESC, art. 6.

⁸⁵ *Ivi*, art. 7.

⁸⁶ *Ivi*, art. 3.

⁸⁷ *Ivi*, art. 6.

Nonostante ciò, la già citata recente sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia ha ritenuto responsabile lo Stato tedesco per la violazione dei diritti umani di un individuo trasferito in Kenya da una fregata tedesca nell'ambito dell'operazione *Atalanta*. Dinanzi al Tribunale il Governo tedesco si è difeso adducendo che la condotta fosse da attribuirsi all'Unione europea⁸⁸, argomento rifiutato dai giudici amministrativi sulla base del fatto che la decisione sul trasferimento del ricorrente era stata presa solo da autorità tedesche⁸⁹. È chiaro come i giudici abbiano fatto ricorso al criterio del controllo effettivo per attribuire la condotta al governo tedesco valutando quale soggetto avesse effettivamente impartito gli ordini e seguito la vicenda⁹⁰.

8. La soluzione appena adombrata può comunque lasciare qualche dubbio sull'idoneità del criterio del controllo effettivo per l'attribuzione delle condotte nell'ambito dell'operazione *Atalanta* e, più nello specifico, laddove un individuo contesti la violazione degli accordi. Sul punto, si può affermare come nell'ambito dell'operazione *Atalanta* gli Stati fornitori dei contingenti godano di meno libertà rispetto alle classiche operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, soprattutto per quel che riguarda il trasferimento di presunti pirati, attività per la quale l'Unione europea ha concluso una serie di accordi che dettano regole e impongono obblighi. A tal proposito, occorre ancora dire che tali accordi trovano la loro base giuridica nell'art. 24 TUE *pre* Lisbona e nell'art. 37 TUE *post* Lisbona che conferiscono una competenza esclusiva all'Unione⁹¹ nell'ambito di una politica, la PESC, in cui, invece, le competenze sono parallele⁹². Prassi⁹³ e dottrina⁹⁴, poi, concordano sul punto che l'Unione europea – e non anche gli Stati

⁸⁸ Verwaltungsgericht Köln, sentenza dell'11 novembre 2009, par. 20 s.

⁸⁹ *Ivi*, par. 58. Il Tribunale rileva, inoltre, come tutta la documentazione fosse stata inviata al governo keniota dall'Ambasciata tedesca e non dall'Unione europea.

⁹⁰ La decisione del Tribunale amministrativo di Colonia ricorda una recente sentenza belga nella quale, nonostante la catena di comando delle Nazioni Unite dell'operazione UNAMIR, in Ruanda, è stato rilevato come, in presenza di ordini specifici da parte del comandante del proprio contingente nazionale, la condotta vada attribuita allo Stato, e non alle Nazioni Unite, sulla base del criterio del controllo effettivo. Cfr. Corte di prima istanza del Belgio, sentenza del 8 dicembre 2010, *Mukeshimana-Ngulinzira et al. c. Belgio*, par. 37 s.

⁹¹ Si veda in dottrina A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009, p. 131 ss. e p. 206 ss.

⁹² R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 157; A. MIGNOLLI, *op. cit.*, p. 210 s.

⁹³ A questo proposito, è opportuno ricordare come l'Unione europea figuri come unica parte contraente in tutti gli accordi *ex art.* 37 TUE fin dal preambolo (ad esempio per tutti, si veda il trattato con Mauritius: "L'UNIONE EUROPEA (UE), da una parte, e LA REPUBBLICA DI MAURITIUS, in appresso "Mauritius", dall'altra, in seguito insieme denominate "le parti"). Inoltre, l'entrata in vigore degli stessi accordi è subordinata alla conclusione delle procedure interne alle singole parti contraenti – intese come l'UE e il Paese terzo –, nessuna procedura di ratifica interna agli Stati membri è prevista e la soluzione delle controversie è affidata a mezzi diplomatici tra l'Unione e lo Stato contraente. Infine, la pubblicazione di tali accordi nella serie "L" della Gazzetta ufficiale conferma definitivamente questo orientamento.

⁹⁴ C. TOMUSCHAT, *The International Responsibility of the European Union*, in E. CANNIZZARO

membri – sia unica parte contraente nella conclusione di tali accordi e ciò vale anche per quanto riguarda gli accordi di trasferimento.

In questo caso, quindi, si potrebbe quasi dire che l'UE abbia una sorta di controllo *normativo*⁹⁵ sull'attività dei contingenti messi a disposizione dagli Stati membri⁹⁶. A tal fine, sarebbe, quindi, auspicabile che la condotta di trasferimento fosse attribuibile all'Unione europea, per assicurare unità e coerenza nella sua azione esterna anche alla luce dell'affermazione, nell'art. 47 TUE, della personalità giuridica dell'Unione europea sulla scena internazionale⁹⁷.

Una possibile soluzione alle considerazioni sopra avanzate potrebbe essere quella di considerare i contingenti nazionali messi a disposizione dell'Unione europea nell'ambito dell'operazione *Atalanta* come *organi* dell'organizzazione e quindi ricorrere al criterio di attribuzione di cui all'art. 6 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali⁹⁸. Secondo alcuni autori⁹⁹ sarebbe possibile qualificare i contingenti come organi *de facto* dell'Unione europea, sulla base del controllo *normativo* di quest'ultima sui primi, che si fonderebbe, come già osservato, sul fatto che gli Stati membri nel mettere a disposizione dell'UE i propri contingenti accettino molti vincoli ulteriori rispetto a quelli che normalmente caratterizzano le operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, tra cui, nel caso di specie quelli derivanti dagli accordi sul trasferimento dei pirati¹⁰⁰.

(eds.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002, p. 181 s.; A. SARI, *op. cit.*, p. 82; R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 159.

⁹⁵ Occorre dire, invero, che nell'ambito della Politica comune di sicurezza e di difesa l'Unione europea non può adottare atti normativi; la natura *normativa* del controllo qui ipotizzata è dovuta allo *status* giuridico che gli accordi di trasferimento acquisiscono nel diritto dell'Unione europea: essi sono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE in virtù dell'art. 216 TFUE e, in quanto tali, sono vincolanti per gli Stati membri.

⁹⁶ In questo senso, il controllo *normativo* dell'Unione europea sui comportamenti degli Stati membri è stato evocato, in dottrina, con riguardo al controllo dell'UE sugli atti dei suoi Stati membri in attuazione del diritto dell'Unione europea; è stato osservato come tale controllo esista quando “the Member States are under a duty not to overstep certain boundaries set by Union law”: F. HOFFMEISTER, *op. cit.*, p. 741 s.

⁹⁷ M. CREMONA, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, in A. DASHWOOD, M. MARESCHEAU (eds.), *op. cit.*, p. 38. Sul punto, la dottrina ritiene che già l'art. 24 TUE *pre* Lisbona fosse tale da implicare la soggettività dell'Unione europea sul piano internazionale: cfr. A. MIGNOLLI, *Art. 37 TUE*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione Europea operativo. TUE e TFUE commentate articolo per articolo*, Napoli, 2012, p. 360; A. SARI, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁸ DARIO, art. 6: “1. The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization. 2. The rules of the organization apply in the determination of the functions of its organs and agents”.

⁹⁹ A. SARI, R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁰ *Ibidem*. In questo senso, verrebbe tracciato un parallelismo tra la giurisprudenza dell'OMC in relazione alla responsabilità dell'Unione europea per condotte dei propri Stati membri e la politica comune di sicurezza e difesa: nei casi dinanzi al *panel* dell'OMC gli Stati membri erano stati considerati come *organi* dell'Unione europea e così si vorrebbero considerare gli Stati che

Per quanto ciò possa affermare l'Unione europea come unico soggetto responsabile in caso di violazioni dei diritti umani, la soluzione non sembra adattarsi all'attuale struttura dell'operazione *Atalanta* e degli stessi accordi per il trasferimento dei presunti pirati. In primo luogo, al contrario di quelli messi a disposizione delle Nazioni Unite, i contingenti nazionali nell'ambito dell'operazione *Atalanta* non possono essere considerati come organi sussidiari dell'Unione europea, mancando una qualificazione interna degli stessi in questo senso¹⁰¹. Vieppiù, non sembra possibile qualificare gli stessi come organi *de facto* dell'Unione europea, perché il controllo *normativo* evocato non sembra essere così stringente nel caso in esame. Negli accordi sul trasferimento dei presunti pirati, infatti, viene genericamente individuato nell'EUNAVFOR il soggetto che decide sul trasferimento¹⁰²; negli articoli relativi alle definizioni viene chiarito che EUNAVFOR indica “i comandi militari dell'UE e i contingenti militari che contribuiscono all'operazione dell'UE *Atalanta*, i loro mezzi navali, aeromobili e loro risorse”¹⁰³. Ciò sembra implicare, già negli accordi che la decisione sul trasferimento possa essere presa tanto a livello di direzione militare – e quindi dall'Unione europea – quanto a livello nazionale, dimostrando come il controllo sulla condotta sia difficile da determinare *a priori* e rendendo necessario il ricorso al criterio del controllo effettivo.

9. Quanto fin qui detto dimostra come la tutela dei diritti umani nell'ambito dell'operazione *Atalanta* sia difficoltosa, nonostante gli accordi stipulati con i Paesi che si sono detti disponibili a processare i presunti pirati catturati dalle navi europee. Tali accordi soffrono di diverse lacune dal punto di vista delle procedure richieste dall'obbligo di *non refoulement*; tali lacune si riflettono anche nella questione relativa all'attribuzione delle eventuali condotte lesive: la mancanza di indicazioni precise sulle procedure da adottarsi nel trasferimento di un presunto pirata rende indispensabile il ricorso al criterio del controllo effettivo per la determinazione del soggetto responsabile.

Quest'ultima osservazione può aprire scenari importanti per quanto riguarda un'eventuale giurisdizione della Corte europea dei diritti umani sulla condotta degli Stati che materialmente effettuano il trasferimento, pur nell'ambito dell'o-

forniscono i contingenti nazionali nelle operazioni militari. Cfr. Organo di composizione delle controversie dell'OMC, rapporto del 15 marzo 2005, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, punti 7.98 e 7.269.

¹⁰¹ Ad esempio, il Tribunale ha chiarito che l'operazione EUPM in Bosnia non può qualificarsi come un organo dell'Unione europea. Cfr. ordinanza del Presidente del Tribunale del 22 luglio 2010, causa T-271/10 R, *H c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta*, p. II-154 ss., punto 20: “Contrary to the argument advanced by the applicant, the EUPM cannot therefore be classified as a body, office or agency for the purposes of the first and fourth paragraphs of Article 263 TFEU”.

¹⁰² Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 2, lett. b); accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 3, par. 3.

¹⁰³ Si veda ad esempio accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 2, lett. a).

operazione *Atalanta*. In attesa che venga realizzata l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti umani, la giurisdizione della Corte di Strasburgo – oltre a quella dello Stato di bandiera – sembra essere l'unico rimedio disponibile per sindacare il trasferimento dei presunti pirati sulla base degli accordi analizzati.

Abstract

The Transfer of Suspected Pirates in the Context of EUNAVFOR: The Agreements between EU and Third States

The article focuses on the agreements concluded by the EU for the transfer of suspected pirates captured in the context of EUNAVFOR to Kenya, Seychelles and Mauritius. After a brief introduction, the first part of the article explores the applicability of human rights treaties and of the principle of *non refoulement* to the transfer of suspected pirates. In this regard, a detailed description of the provisions contained in the above mentioned agreements is presented, in order to shed a light on the possible gap in the protection of fundamental rights. The second part of the article deals with the attribution of conducts when individuals suffer violation of the agreements taking into account the peculiar features of the regime created by the agreements within the context of EUNAVFOR. In this regard, the applicability of the effective control as the most suitable criterion is investigated, in order to ascertain the subject to whom the conduct is attributable.