



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

Dottorato di ricerca in
Diritto internazionale e dell'Unione europea

XXV CICLO

Il divieto di *refoulement* nel diritto internazionale

COORDINATORE:

Chiar.mo Prof. Angelo Davì

SUPERVISOR:

Chiar.ma Prof.ssa Alessandra Lanciotti

DOTTORANDA:

Dott.ssa Daniela Vitiello

*Nei versi di Omero, Ulisse è l'esule. [...]
Itaca è il mito del ritorno possibile, agli affetti, all'identità:
è una parentesi che si chiude
per riaprirsi su un futuro ancora ricco di senso.*

*Il rifugiato, invece, è sovente un esule lontano
da una terra irrimediabilmente persa.
Per lui, vi potrà eventualmente essere un ritorno.
Ma senza Penelope e Telemaco
e con un regno forse devastato sarà ancora Itaca?*

*Eppure si è chiamati a vivere e a sognare ancora.
Cieli, mari e terre ignoti, ove perdersi,
cercarsi
per infine, dopo aver pagato un alto tributo al tempo,
ritrovarsi.*

*Scoprendosi nuovi, diversi.
Forse migliori...?*

*Le Quyên Ngô Đình
14.II.2004*

*A mio padre,
il più grande Ulisse che io abbia mai incontrato.*

INDICE

<i>Piano generale della ricerca</i>	<i>p. vii</i>
<i>Ringraziamenti</i>	<i>p. ix</i>
<i>Elenco degli acronimi e delle abbreviazioni</i>	<i>p. xi</i>
<i>Introduzione</i>	<i>p. 1</i>

CAPITOLO I

Asilo, rifugio e non-refoulement: origini storiche e sviluppi giuridici

1. Cenni storici sull'ermeneutica dei concetti di "asilo" e di "rifugio"	<i>p. 5</i>
2. <i>Non-refoulement</i> ed eccezione di delitto politico nei trattati di estradizione del XIX secolo.....	<i>p. 11</i>
3. La prima ricostruzione del diritto di asilo e del divieto di <i>refoulement</i> nell'alveo dei diritti umani e del diritto umanitario.....	<i>p. 16</i>
4. Verso una codificazione organica di un "diritto dei rifugiati".....	<i>p. 23</i>
5. La creazione dell'Alto Commissariato per i rifugiati in seno alle Nazioni Unite.....	<i>p. 29</i>
6. Il <i>non-refoulement</i> nei <i>travaux préparatoires</i> della Convenzione di Ginevra sullo <i>status</i> di rifugiato.....	<i>p. 31</i>
7. "Asilo" e "rifugio" nel mondo contemporaneo: il contenuto della protezione in situazioni di <i>displacement</i> globalizzato.....	<i>p. 40</i>

INDICE

PARTE PRIMA

L'obbligo di non-refoulement nel regime giuridico dei rifugiati: aspetti problematici e tendenze evolutive

CAPITOLO II

L'obbligo di non-refoulement nella Convenzione di Ginevra e nella prassi relativa

1. Il regime giuridico di protezione internazionale dei rifugiati..... p. 45
2. La nozione di rifugiato nella Convenzione di Ginevra..... p. 47
3. Gli elementi della definizione di rifugiato: la persecuzione..... p. 49
4. (*segue*) Le clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato p. 58
5. (*segue*) Il carattere forzato dell'allontanamento e la natura dell'agente di persecuzione..... p. 63
6. (*segue*) Le clausole di cessazione dello *status* di rifugiato e la prassi dell'eccezione di protezione interna..... p. 67
7. (*segue*) Il carattere internazionale dell'allontanamento..... p. 70
8. Il "catalogo" dei diritti e degli obblighi dei rifugiati p. 71
9. L'obbligo di *non-refoulement* nella fase di accesso al territorio p. 76
10. (*segue*) *Non-refoulement* e (assenza del) diritto di asilo p. 82
11. L'obbligo di *non-refoulement* nella fase di allontanamento p. 90
12. (*segue*) Il divieto di *refoulement* come "ponte" tra le procedure di asilo e quelle di estradizione..... p. 98
13. Le garanzie procedurali legate al *non-refoulement* p. 103

CAPITOLO III

Il non-refoulement nel diritto dei rifugiati successivo alla Convenzione del 1951

1. La Conferenza delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale: un'occasione mancata di ricostruire il divieto di respingimento "a rischio persecuzione" come alfiere del diritto "all'asilo"..... p. 109
2. L'ampliamento della nozione di rifugiato e della portata del divieto di *refoulement* in relazione al rischio di persecuzione: le matrici principali..... p. 115
3. La nozione di rifugiato e di *non-refoulement* nel diritto dei rifugiati *post-Ginevra*: l'esperienza africana..... p. 117
4. Asilo, rifugio e *non-refoulement* nel continente americano..... p. 125
5. Il divieto di respingimento negli strumenti di *soft-law* adottati in Asia e nel mondo arabo..... p. 132
6. Gli sviluppi del *non-refoulement* in ambito europeo..... p. 134
7. Il contributo dell'UNHCR allo sviluppo progressivo del diritto internazionale dei rifugiati: le premesse giuridiche..... p. 139

INDICE

8. La nozione di “rifugiato” e di “ <i>non-refoulement</i> ” nella prassi dell’UNHCR.....	p. 144
9. L’estensione del mandato dell’UNHCR agli sfollati.....	p. 149
10. Un nuovo protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra? Sviluppi in tema di “protezione temporanea” a margine della crisi siriana.....	p. 153
11. Sviluppi <i>de lege ferenda</i> ? Il problema dei rifugiati “climatici”	p. 156
12. I rischi insiti in una formulazione onnicomprensiva del “principio” di <i>non-refoulement</i>	p. 162
13. Il divieto consuetudinario di <i>refoulement</i> a rischio persecuzione.....	p. 168

PARTE SECONDA

Il divieto di respingimento nell’ambito dei diritti umani, del diritto umanitario e della cooperazione giudiziaria in materia penale

CAPITOLO IV

Protezione complementare e altri ambiti di rilevanza del divieto di respingimento

1. Il divieto di respingimento al di fuori del regime giuridico dei rifugiati.....	p. 175
2. Lo sviluppo della protezione complementare.....	p. 177
3. L’articolo 3 della Convenzione contro la tortura e l’articolo 33 della Convenzione di Ginevra a confronto.....	p. 182
4. Il divieto di respingimento quale corollario del divieto di tortura: rilievi sulla prassi del Comitato contro la tortura.....	p. 187
5. Il divieto di respingimento come alfiere dei diritti umani fondamentali nella prassi del Comitato dei diritti umani	p. 196
6. L’impatto degli sviluppi normativi in materia di tutela dei diritti fondamentali dell’estraddando sulle cause di rifiuto dell’estraddizione	p. 203
7. Il principio di <i>non-refoulement</i> come ago della bilancia tra le esigenze della giustizia penale internazionale e quelle della tutela dei diritti umani	p. 207
8. Il divieto di trasferimento coatto delle “persone protette” nel diritto umanitario: la prassi del Comitato internazionale della Croce Rossa.....	p. 210
9. Il contributo del Comitato dei diritti del fanciullo e del Comitato per l’eliminazione della discriminazione razziale.....	p. 215
10. La natura del divieto di allontanamento dello straniero a rischio di violazione del divieto di tortura e maltrattamenti	p. 221
11. I riflessi della cogenza del divieto di tortura sull’interdizione dal respingimento.....	p. 227
12. La responsabilità collettiva della comunità internazionale per la violazione diretta e indiretta del divieto di tortura	p. 234
13. Il divieto di respingimento come “concetto aperto”	p. 246

CAPITOLO V

*Il divieto di respingimento negli strumenti regionali sui diritti umani
e nella prassi dei rispettivi organi di controllo*

1. Il fondamento giuridico del divieto di respingimento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	p. 249
2. Gli elementi giuridici del <i>risk assessment</i> nella giurisprudenza di Strasburgo.....	p. 257
3. (<i>segue</i>) <i>Non-refoulement</i> nella lotta al terrorismo internazionale.....	p. 263
4. L'effettività della protezione contro il <i>refoulement</i> nella giurisprudenza della Corte europea.....	p. 275
5. (<i>segue</i>) L'estensione del divieto di respingimento alle acque internazionali.....	p. 278
6. Protezione " <i>par ricochet</i> " e <i>status</i> di rifugiato a confronto.....	p. 289
7. Il diritto di asilo e l'obbligo di <i>non-refoulement</i> nella prassi americana.....	p. 295
8. <i>Non-refoulement</i> e <i>due process</i> nella giurisprudenza della Corte interamericana: considerazioni a margine del caso <i>Familia Pacheco Tineo c. Bolivia</i>	p. 301
9. La prassi statunitense di "esternalizzazione" della tortura al vaglio della Commissione interamericana	p. 306
10. Le specificità della protezione dei rifugiati in Africa: la tutela della dignità umana e il divieto assoluto di espulsioni collettive.....	p. 310
11. Il contributo della Corte internazionale di giustizia all'interpretazione delle garanzie procedurali in caso di espulsione previste dalla Carta africana.....	p. 317
12. La prassi delle consegne straordinarie al vaglio della Commissione africana: il caso <i>Mohammed al-Asad c. Djibouti</i>	p. 322
13. Il consolidamento del divieto di respingimento nel processo evolutivo dello statuto giuridico del migrante.....	p. 324
14. La responsabilità degli Stati parti di trattati sui diritti umani per le potenziali violazioni del divieto di respingimento: verso una "fuga" dalla <i>jurisdiction</i> ?.....	p. 333

PARTE TERZA

La tutela contro il refoulement nell'Unione europea

CAPITOLO VI

*Il divieto di respingimento nello "spazio giuridico" europeo:
dal dato normativo alla prassi applicativa*

1. La protezione internazionale nel diritto primario dell'Unione europea.....	p. 339
2. La protezione internazionale nel diritto secondario dell'Unione europea....	p. 346
3. I punti deboli della tutela contro il <i>refoulement</i> nella fase di accesso alla protezione internazionale.....	p. 354
4. Il rispetto del divieto di respingimento nella disciplina di contrasto dell'immigrazione irregolare.....	p. 360
5. La normativa dell'Unione sul controllo delle frontiere e il rispetto del divieto di respingimento	p. 365
6. (<i>segue</i>) L' <i>engagement</i> degli Stati europei nella " <i>war on terror</i> " e le flagranti violazioni del divieto di <i>refoulement</i> : la posizione del Parlamento europeo.....	p. 376
7. Il contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione in materia di immigrazione e asilo: cenni.....	p. 382
8. Verso il nuovo Sistema Europeo Comune di Asilo.....	p. 389
9. (<i>segue</i>) La nuova Direttiva sulle qualifiche.....	p. 393
10. (<i>segue</i>) Le Direttive adottate nel 2013.....	p. 396
11. Luci e ombre di una tutela multilivello.....	p. 401
12. Rilievi conclusivi sul concetto di "Spazio" di libertà, sicurezza e giustizia...	p. 404

CAPITOLO VII

*Dal Regolamento Dublino II al Regolamento Dublino III
attraverso la giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo*

1. Il dialogo tra Lussemburgo e Strasburgo in materia di diritti umani.....	p. 409
2. Il principio del mutuo riconoscimento e la clausola di sovranità del Regolamento "Dublino II"	p. 414
3. Il caso greco dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza <i>M.S.S. contro Belgio e Grecia</i>	p. 418
4. (<i>segue</i>) L'abbandono del richiedente asilo in uno stato di indigenza come "trattamento inumano e degradante" ai sensi dell'articolo 3 CEDU.....	p. 425
5. Il caso greco dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione: la sentenza <i>N.S. c. Secretary of State for the Home Department</i>	p. 433
6. (<i>segue</i>) Due <i>test</i> per valutare il rischio del trasferimento di un richiedente in base al Regolamento Dublino II?.....	p. 438
7. L'incidenza complessiva del dialogo tra le due Corti europee sulla riforma del sistema di Dublino.....	p. 446

INDICE

<i>Conclusioni</i>	<i>p. 455</i>
<i>Glossario</i>	<i>p. 465</i>
<i>Elenco dei principali casi citati</i>	<i>p. 471</i>
<i>Bibliografia</i>	<i>p. 485</i>

PIANO GENERALE DELLA RICERCA

L'oggetto d'indagine del presente lavoro riguarda l'evoluzione del divieto di *refoulement* nel diritto internazionale.

L'ipotesi di lavoro dalla quale prende le mosse la ricerca è che la *ratio* umanitaria della norma e la sua natura di "concetto aperto" abbiano consentito gli adattamenti dell'originario contenuto negli strumenti pattizi che si occupano dei rifugiati e, al contempo, uno sviluppo autonomo e trasversale nell'ambito di altri regimi giuridici.

Al fine di verificare tale ipotesi, il lavoro opera una ricognizione delle fonti di diritto internazionale che regolano il *non-refoulement* e analizza le principali manifestazioni della prassi internazionale in materia di allontanamento degli stranieri a rischio di subire persecuzione o trattamenti inumani nel paese di destinazione.

Muovendo dai risultati di tale verifica, mira a valutare l'impatto dell'evoluzione del divieto di *refoulement* sull'esegesi dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, sull'interpretazione delle norme internazionali sui diritti umani, sul diritto umanitario e sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, nonché sulla formazione di una norma consuetudinaria che vieta il *refoulement*.

In linea con le finalità descritte, la prima parte della ricerca sviluppa il tema dell'obbligo di *non-refoulement* nel diritto internazionale pattizio che si occupa dei rifugiati, che sarà indicato come "diritto dei rifugiati".

La seconda parte dà conto dell'affermazione dell'obbligo negli altri contesti normativi in cui rileva, con special riguardo alla giurisprudenza dei *monitoring-treaty bodies* dei trattati in materia di diritti umani e ai meccanismi di *enforcement* dotati di maggiore effettività. Per distinguere tali sviluppi da quelli che interessano il diritto dei rifugiati, in questa parte le espressioni "divieto di allontanamento" e "obbligo di non respingimento" sono spesso utilizzate in luogo del termine "*refoulement*".

La terza parte si focalizza sulle politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea e sull'analisi di alcuni recenti casi della prassi, che hanno contribuito a rilanciare il dibattito sul contenuto e sui limiti del *non-refoulement* e approfondisce altresì il concetto di "spazio giuridico europeo" come luogo in cui è vietato il respingimento, attraverso una riflessione sull'impatto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di allontanamento degli stranieri e di accesso alla protezione internazionale.

RINGRAZIAMENTI

Al termine di questo lavoro, desidero ringraziare il Collegio del dottorato in Diritto internazionale e dell'Unione europea, istituito presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, per aver indirizzato il mio percorso di ricerca in tutte le fasi del suo sviluppo e, in particolare, il Coordinatore, il Professor Angelo Davì, per la disponibilità e il sostegno accordatomi nel perseguimento dei miei obiettivi, e il mio Tutor, la Professoressa Alessandra Lanciotti, per gli ottimi consigli e gli utili insegnamenti che non si è mai stancata di trasmettermi.

Mi preme, altresì, esprimere una speciale riconoscenza al Professor Ugo Villani, per avermi spinto, al principio della ricerca, a estendere l'analisi al di là degli sviluppi del non-refoulement nel diritto dei rifugiati, il che ha reso più grande la sfida e più stimolante il lavoro.

Un doveroso ringraziamento va al Professor Benedetto Conforti, al Professor Bruno Nascimbene e alla Professoressa Chiara Favilli, con cui ho avuto occasione di confrontarmi sulla delicata questione della natura della norma che vieta il refoulement nel diritto internazionale, nonché al Professor Giuseppe Palmisano, per gli illuminanti spunti di riflessione sul rilievo che il non-refoulement va assumendo nella ridefinizione dello statuto giuridico dei migranti irregolari.

La mia gratitudine va, inoltre, ai Professori intervenuti a San Ginesio all'incontro dei dottorandi organizzato dalla SIDI, in special modo al Professor Carlo Focarelli, per averci, in quell'occasione, ricordato l'importanza del lavoro di ricerca e indotto a un'analisi critica del nostro operato, nonché al Professor Pasquale De Sena e alla Dottoressa Francesca De Vittor, delle cui critiche costruttive ho fatto tesoro.

La mia sincera riconoscenza va altresì alle illustri personalità che ho avuto la fortuna di incontrare durante la mia permanenza all'Aja presso il Palazzo della Pace. In particolare, al Professor Fausto Pocar, che è stato prodigo di consigli e di spunti di riflessioni su alcune delle questioni più spinose in relazione ai potenziali sviluppi futuri del divieto di refoulement; alla Professoressa Jane McAdam e al Professor Peter van Krieken, il confronto con i quali è stato assolutamente entusiasmante in relazione a una pluralità di argomenti di comune interesse; alla Professoressa Loretta Ortiz Ahlf e al Giudice Antônio Augusto Cançado Trindade, che mi hanno indirizzato al fine di meglio comprendere le peculiarità delle problematiche sollevate dalla questione dell'asilo e del non-refoulement nel continente americano.

Intendo poi ringraziare tutti coloro che, a vario titolo, hanno dedicato parte del loro tempo e della loro attenzione al mio lavoro o hanno contribuito ad arricchire la mia esperienza professionale e umana durante gli anni del dottorato. In special modo, Francesco Cherubini, Pietro Cuomo, Carolina del Bufalo, Joseph Kazadi Mpiana, Alessandra Mignolli, Nicola Napoletano, Raffaella Nigro, Antonio Panetta, Silvia Scarpa, Simone Vezzani, Eugenio Zaniboni e Flavia Zorzi Giustiniani. In questa sede, non può mancare un sincero ringraziamento al Professor Salvatore Prisco, perché mi ha insegnato molto, sul diritto e sulla vita, nelle nostre animate conversazioni e negli scambi epistolari.

Un ringraziamento particolarmente sentito va a coloro che mi hanno trasmesso, attraverso i loro discorsi e la loro missione, il valore di difendere, anche attraverso lo sforzo intellettuale, quelli che un noto cantautore italiano ha definito come "i perdenti della civiltà globale". Mi riferisco, tra gli altri, agli Avvocati dell'Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, al Presidente del CIR e alla compianta Dottoressa Le Quyên Ngô Đình che, insieme alla Dottoressa Alberta Fabbriotti, che ugualmente ringrazio, mi ha introdotto a far parte dell'Organizzazione per lo Studio del Problema Mondiale dei Rifugiati, contribuendo ad ampliare i miei orizzonti sulla materia trattata e divenendo per me fonte di esempio e d'ispirazione.

Infine, desidero esprimere la mia più profonda riconoscenza alla mia famiglia, per aver sempre incoraggiato i miei studi e la realizzazione dei miei obiettivi, e al mio compagno, per avermi ricordato, nei momenti difficili, che il coraggio prima o poi viene premiato.

ELENCO DEGLI ACRONIMI E DELLE ABBREVIAZIONI

AALCO	Comitato consultivo afro-asiatico
AEAJ	Association of European Administrative Judges
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
AIC	Associazione Italiana dei Costituzionalisti
AIDI	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>
AILJ	<i>Australian International Law Journal</i>
AJICL	<i>African Journal of International and Comparative Law</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
AJPH	<i>Australian Journal of Politics and History</i>
<i>Annals AAPSS</i>	<i>Annals of the American Academy of Political and Social Science</i>
<i>Asian YIL</i>	<i>Asian Yearbook of International Law</i>
<i>AYIL</i>	<i>Australian Yearbook of International Law</i>
<i>B.C. Int'l and Comp. L. Rev.</i>	<i>Boston College International and Comparative Law Review</i>
<i>BYIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
Cass. pen.	Cassazione penale
CAT	Comitato contro la tortura
CdE	Consiglio d'Europa
CE	Comunità europea
CEDS	Comitato europeo dei diritti sociali
CERD	Comitato ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale
CESCR	Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea
<i>Chinese JIL</i>	<i>Chinese Journal of International Law</i>
CI	<i>La Comunità Internazionale</i>
<i>CIJ Mémoires</i>	<i>Cour Internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Review</i>
<i>Columbia HRLR</i>	<i>Columbia Human Rights Law Review</i>
Commissione africana	Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli
Commissione EDU	Commissione europea dei diritti dell'uomo
Commissione inter.am.	Commissione interamericana dei diritti dell'uomo
<i>Cornell ILJ</i>	<i>Cornell International Law Journal</i>
Corte africana	Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli
Corte cass.	Corte di cassazione
Corte cost.	Corte costituzionale
Corte EDU	Corte europea dei diritti dell'uomo
Corte inter.am.	Corte interamericana dei diritti umani
CPJI	Corte permanente di giustizia internazionale
CPT	Comitato europeo per la prevenzione della tortura

<i>DigPub</i>	<i>Digesto delle discipline pubblicistiche</i>
<i>Dir. imm. citt.</i>	<i>Diritto immigrazione e cittadinanza</i>
<i>Diz. dir. pubbl.</i>	<i>Dizionario di diritto pubblico</i>
<i>DJILP</i>	<i>Denver Journal of International Law and Policy</i>
<i>DPCE</i>	<i>Diritto pubblico comparato ed europeo</i>
<i>DPC</i>	<i>Diritto penale contemporaneo</i>
<i>DUcb</i>	<i>I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie</i>
<i>DUDI</i>	<i>Diritti umani e diritto internazionale</i>
<i>Duke JCIL</i>	<i>Duke Journal of Comparative and International Law</i>
<i>ECRE</i>	<i>Consiglio europeo per i rifugiati e gli esiliati</i>
<i>EHRLR</i>	<i>European Human Rights Law Review</i>
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
<i>EJML</i>	<i>European Journal of Migration and Law</i>
<i>ELR</i>	<i>European Law Review</i>
<i>Enc. dir.</i>	<i>Enciclopedia del diritto</i>
<i>Enc. giur.</i>	<i>Enciclopedia giuridica</i>
<i>ETMP</i>	<i>Ethical Theory and Moral Practice: An International Forum</i>
<i>ExCom</i>	<i>Comitato esecutivo del Programma dell'UNHCR</i>
<i>EYHR</i>	<i>European Yearbook on Human Rights</i>
<i>FMO</i>	<i>Forced Migration Online</i>
<i>FMR</i>	<i>Forced Migration Review</i>
<i>Fordham ILJ</i>	<i>Fordham International Law Journal</i>
<i>Fordham LR</i>	<i>Fordham Law Review</i>
<i>GAOR</i>	<i>General Assembly Official Record</i>
<i>GCIM</i>	<i>Commissione globale ONU sulle migrazioni internazionali</i>
<i>GILJ</i>	<i>Georgetown Immigration Law Journal</i>
<i>Giur. Cost.</i>	<i>Giurisprudenza costituzionale</i>
<i>GoJIL</i>	<i>Göttingen Journal of International Law</i>
<i>Guida dir.</i>	<i>Guida al diritto</i>
<i>HELRL</i>	<i>Harvard Environmental Law Review</i>
<i>HHRJ</i>	<i>Harvard Human Rights Journal</i>
<i>HILJ</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>HRC</i>	<i>Comitato dei diritti umani</i>
<i>HRLJ</i>	<i>Human Rights Law Journal</i>
<i>HRLR</i>	<i>Human Rights Law Review</i>
<i>HRQ</i>	<i>Human Rights Quarterly</i>
<i>I Am LR</i>	<i>Inter-American Law Review</i>
<i>IA</i>	<i>International Affairs</i>
<i>ICC</i>	<i>Corte penale internazionale</i>
<i>ICJ</i>	<i>Corte internazionale di giustizia</i>
<i>ICJ Reports</i>	<i>International Court of Justice Reports</i>

ELENCO DEGLI ACRONIMI E DELLE ABBREVIAZIONI

ICJR	<i>International Criminal Justice Review</i>
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
ICRC	Comitato internazionale della Croce rossa
ICTY	Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia
IDI	Institut de droit international
IJHRL	<i>Interdisciplinary Journal of Human Rights Law</i>
IJRL	<i>International Journal of Refugee Law</i>
ILA	Associazione del diritto internazionale
ILC	Commissione del diritto internazionale
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Law Reports</i>
IMR	<i>International Migration Review</i>
IRO	Organizzazione internazionale dei rifugiati
IRRC	<i>International Review of the Red Cross</i>
Israel YHR	<i>Israel Yearbook on Human Rights</i>
Italian YIL	<i>Italian Yearbook of International law</i>
JAIS	<i>Josef Korbel Journal of Advanced International Studies</i>
JAL	<i>Journal of African Law</i>
JRS	<i>Journal of Refugee Studies</i>
Liverpool L.R.	<i>Liverpool Law Review</i>
LJIL	<i>Leiden Journal of International Law</i>
LN	Società delle Nazioni
LN O.J.	<i>League of Nations Official Journal</i>
LNTS	<i>League of Nations Treaty Series</i>
Melbourne JIL	<i>Melbourne Journal of International Law</i>
Melbourne ULR	<i>Melbourne University Law Review</i>
Michigan JIL	<i>Michigan Journal of International Law</i>
Michigan YBILS	<i>Michigan Yearbook of International Legal Studies</i>
MJ	<i>Maastricht Journal</i>
MPEPIL	<i>Max Planck Encyclopedia of Public International Law</i>
MPUNYBL	<i>Max Planck Yearbook of United Nations Law</i>
NILR	<i>Netherlands International Law Review</i>
Noviss. dig. it.	<i>Novissimo Digesto italiano</i>
NQHR	<i>Netherlands Quarterly of Human Rights</i>
Netherlands YBIL	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
NYUELJ	<i>New York University Environmental Law Journal</i>
OSA/OAS	Organizzazione degli Stati americani
Rassegna dir. pub.	<i>Rassegna di diritto pubblico</i>
RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
RCDIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RdC	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye</i>

RIVISTE E PERIODICI/ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

RDH – HRJ	<i>Revue des droits de l’homme - Human Rights Journal</i>
RDI	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
<i>Rev. Aff. Eur.</i>	<i>Revue des Affaires Européennes</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RIDU	<i>Rivista internazionale dei diritti dell’uomo</i>
<i>Riv. dir. cost.</i>	<i>Rivista di diritto costituzionale</i>
RQDI	<i>Revue québécoise de droit international</i>
RSQ	<i>Refugee Survey Quarterly</i>
RTDeur	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l’homme</i>
RUDH	<i>Revue universelle des droits de l’homme</i>
<i>S. Cal. L. Rev.</i>	<i>Southern California Law Review</i>
<i>Studi int. eur.</i>	<i>Studi sull’integrazione europea</i>
SFDI	<i>Société française pour le droit international</i>
<i>SUR - Int’l J. on Hum Rts</i>	<i>Sur International Journal on Human Rights</i>
<i>Tex ILJ</i>	<i>Texas International Law Journal</i>
UA	Unione africana
UCLA JILFA	<i>UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs</i>
UE	Unione europea
UNGA	Assemblea Generale delle Nazioni Unite
UNHCR	Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati
UNSC	Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite
UNSG	Segretario Generale delle Nazioni Unite
UNTS	<i>United Nations Treaty Series</i>
VJIL	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Wash U L Rev</i>	<i>Washington University Law Review</i>
YILC	<i>Yearbook of the International Law Commission</i>
YHRDLJ	<i>Yale Human Rights & Development Law Journal</i>
ZAÖRV	<i>Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>

INTRODUZIONE

*Dal disincanto del mondo
e nell'instabilità di tutte le parole
che prima lo definivano,
nacque un paesaggio
in cui si annuncia una libertà diversa,
non più quella del sovrano
che domina il suo regno,
ma quella del viandante
che al limite
non domina neppure la sua via.*

Umberto Galimberti
Parole nomadi, 2009

Il fenomeno delle migrazioni internazionali, specie quello delle migrazioni “forzate”, solleva crescenti quesiti di ordine giuridico, oltre che politico, che spesso non trovano una risposta soddisfacente negli strumenti attualmente in dotazione agli Stati e alle organizzazioni internazionali regionali.

Volendo quantificare l'entità del fenomeno, secondo il rapporto *UNHCR Global Trends 2013*, nel 2012 oltre quarantacinque milioni di persone sono state costrette a emigrare, una quota che si segnala come la più elevata degli ultimi quattordici anni. Nell'ambito di questi flussi “misti”, oltre quindici milioni erano rifugiati, un milione circa era composto da richiedenti asilo e circa trenta milioni erano sfollati interni. Tali numeri, peraltro in crescita rispetto all'anno precedente, sono straordinariamente più consistenti rispetto a quelli che spinsero, nel 1951, un cospicuo numero di Stati a firmare la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, con la quale si voleva garantire uno *status* di protezione internazionale a circa un milione e mezzo di rifugiati europei dopo la seconda guerra mondiale.

Un ulteriore peggioramento della situazione si è registrato nella prima metà del 2013, in seguito alla guerra civile in Siria e all'aggravarsi della situazione in Afghanistan. Secondo i dati dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni, vi sono oggi 214 milioni di persone che migrano attraversando un confine nazionale e 740 milioni di persone che si spostano all'interno dei confini

del paese in cui si trovano. In altre parole, vi è un miliardo di persone che migra, il che equivale a una persona su sette.

Ci si trova, dunque, in una fase storica in cui i movimenti di persone, dentro e fuori i confini degli Stati, interessano una fetta della popolazione mondiale più ampia che in qualsiasi altro momento della storia. Non a torto, il Presidente della sessantaseiesima sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Nassir Abdulaziz Al-Nasser, nel dicembre 2011, ha inserito il tema delle migrazioni tra le «*major global issues of the 21st century*», invitando la comunità internazionale a ripensare i termini nei quali è stato sinora impostato il dibattito sullo *jus migrandi*. Nell'ambito di questo dibattito, di fondamentale rilievo appare la riflessione attorno al contenuto e ai limiti della norma che vieta il *refoulement*, ovvero, l'allontanamento dello straniero verso i confini di territori in cui rischi di essere sottoposto a persecuzioni, a tortura e maltrattamenti, o ad altre gravi violazioni dei propri diritti umani.

Il divieto di *refoulement* si è accreditato come un limite alla potestà di imperio che lo Stato può esercitare nei confronti dello straniero, accanto alla consolidata norma consuetudinaria che vieta di respingere lo straniero in maniera oltraggiosa e a quella che obbliga lo Stato a proteggere la persona e i beni dello straniero regolarmente residente. Tale limite opera in una fase delicata della vicenda umana di coloro che migrano, che è quella dell'ammissione e dell'allontanamento dal territorio dello Stato ospitante. È questo, infatti, il momento in cui lo straniero si distacca dall'ordinamento giuridico di appartenenza ed entra in contatto con un ordinamento giuridico a lui estraneo, e del quale ignora gli strumenti giuridici preposti alla sua tutela. È questo, altresì, il momento in cui maggiore è il rischio che gli sia precluso il godimento dei diritti umani fondamentali.

Come si vedrà nei capitoli che seguono, in linea con l'emersione di nuove sfide legate ai fenomeni migratori, sono andate moltiplicandosi le categorie di individui (a rischio di subire violazioni gravi dei propri diritti umani fondamentali nello Stato di origine o di destinazione) di cui il diritto internazionale si è, a vario titolo, occupato, così come i casi materiali e i contesti normativi in cui il divieto di respingimento è stato invocato e i valori giuridici alla cui tutela è stato chiamato a presiedere.

L'importanza del *non-refoulement* è stata riconosciuta anche nel *Progetto di articoli sulla protezione dei diritti umani delle persone espulse o in via di espulsione* della Commissione del diritto internazionale, in cui è presentato in una duplice veste. In primo luogo, come obbligo dello Stato di accoglienza di assicurare allo

straniero il rispetto del diritto alla vita e alla libertà, che si traduce nel divieto di espulsione dello stesso verso territori in cui rischi di essere perseguitato in ragione delle proprie caratteristiche personali. In secondo luogo, come obbligo dello Stato ospitante di proteggere lo straniero dal rischio reale di subire tortura o trattamenti inumani e degradanti in seguito all'allontanamento; in altri termini, di garantirgli la c.d. protezione "*par ricochet*" sviluppatasi nell'alveo dei diritti umani.

Se, dunque, ben pochi dubbi possono sollevarsi circa il rilievo del divieto di *refoulement* nella protezione dei rifugiati o di coloro che fuggono da tortura o da maltrattamenti, ancora molte incertezze dominano il dibattito attorno al contenuto di siffatta protezione e alla natura e alla portata degli obblighi internazionali di *non-refoulement* in relazione alla cui violazione possa essere sollevata la responsabilità internazionale degli Stati.

Si tratta di questioni il cui discernimento è complicato dalla tendenza, assai diffusa tra le istanze internazionali preposte alla protezione dei diritti umani e tra le agenzie che si occupano della protezione dei rifugiati, a invocare in senso etico o comunque atecnico quello che viene definito genericamente come il "principio" di *non-refoulement*, corrispondente a un divieto di allontanamento (nelle forme dell'espulsione, dell'extradizione, del respingimento alla frontiera) di chiunque rischi una violazione grave dei propri diritti fondamentali, compresa la libertà da qualsiasi forma di persecuzione. Peraltro, tali incertezze sono alimentate dalla discrasia tra la tendenza appena descritta e le manifestazioni della prassi di numerosi Stati nel contesto del contrasto del terrorismo internazionale e della gestione di flussi migratori transnazionali di crescenti dimensioni.

Nell'intento di fare chiarezza, occorre partire, a nostro avviso, dalla valutazione dei *trend* di ampliamento e di compressione della protezione che da tale divieto scaturisce, tanto in riferimento ai beneficiari quanto *ratione materiae* e *loci*. Muovendo da un'analisi separata delle due principali direttrici di sviluppo del divieto di *refoulement* - l'una, interna al regime giuridico dei rifugiati; l'altra, collocata nell'alveo dei diritti umani - questa ricerca mira a individuare il contenuto e la portata della norma *de qua* nei diversi contesti giuridici nei quali trova espressione nel diritto internazionale contemporaneo.

CAPITOLO I

ASILO, RIFUGIO E NON-REFOULEMENT: ORIGINI STORICHE E SVILUPPI GIURIDICI

*Risalgono i monti le acque dei sacri fiumi,
giustizia è sovvertita, ogni valore è sconvolto [...]
Dalla morte io sia vinta prima,
terminando la mia giornata.
Altro affanno non esiste più grave
che esser privo della patria..*

Euripide
Medea, coro

SOMMARIO: 1. Cenni storici sull'ermeneutica dei concetti di "asilo" e di "rifugio". - 2. *Non-refoulement* ed eccezione di delitto politico nei trattati di estradizione del XIX secolo. - 3. La prima ricostruzione del diritto di asilo e del divieto di *refoulement* nell'alveo dei diritti umani e del diritto umanitario. - 4. Verso una codificazione organica di un "diritto dei rifugiati". - 5. La creazione dell'Alto Commissariato per i rifugiati in seno alle Nazioni Unite. - 6. Il *non-refoulement* nei *travaux préparatoires* della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato. - 7. "Asilo" e "rifugio" nel mondo contemporaneo: l'adattamento della protezione alle situazioni di *displacement* globalizzato.

1. Cenni storici sull'ermeneutica dei concetti di "asilo" e di "rifugio".

L'idea di concedere asilo agli stranieri, come espressione della sovranità su di un territorio, ha origini storiche assai antiche, che retrodatano al II millennio a.C., quando iniziarono a svilupparsi in Oriente forme di organizzazione sociale dotate di un territorio dai confini precisi e rette da un'autorità¹. Gli storici del diritto fanno risalire a questo periodo le prime intese tra popolazioni vicine sul trattamento degli stranieri e, in particolare, degli esuli e dei rifugiati. Viene sovente menzionata, ad esempio, la dichiarazione di un re ittita che, all'atto di concludere un accordo con una comunità limitrofa, avrebbe, per la prima volta, enunciato un principio non dissimile da quello dell'asilo, nell'accezione in cui si

¹ Cfr. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 22.

è affermato nel diritto internazionale moderno, e sostenuto altresì una sorta di divieto di respingimento, articolato come segue:

«Per quel che riguarda i rifugiati, affermo sotto giuramento quanto segue: quando verrà un rifugiato dalla vostra terra alla mia, non dovrà esservi riconsegnato. Respingere un rifugiato dalla terra degli Ittiti non è probò»².

Nella Grecia antica, l'asilo avrebbe trovato affermazione e diffusione come istituto giuridico, acquisendo una connotazione eminentemente spaziale, legata al carattere inviolabile riconosciuto dalla comunità territoriale a determinati luoghi, soprattutto santuari, rifugiandosi presso i quali chiunque poteva ottenere protezione. La circostanza che l'invulnerabilità di tali luoghi fosse diretta proiezione della loro funzione religiosa, testimonia del fatto che la radice dell'asilo greco è mistico-mitologica, in quanto gli Dei stessi, artefici della condotta umana e capaci di indurre i mortali a commettere atti di empietà, si facevano poi carico di proteggerli, offrendo loro rifugio nei santuari³. La protezione, dunque, non era concessa dall'autorità politica, che, alla stregua di chiunque altro, era destinataria di un obbligo di contenuto negativo, consistente nel divieto di violare il luogo sacro. La stessa radice etimologica del termine asilo - composto dall' α privativo e dal sostantivo "συλον", in greco "diritto di sequestro"⁴ - contribuisce a chiarire la configurazione del diritto di asilo quale eccezione rispetto alla regola della potestà del sovrano territoriale⁵.

Questa forma di protezione, universale *ratione personarum* e permanente *ratione temporis*, tuttavia, riguardava soltanto specifici santuari di particolare importanza. Sovente, infatti, varcare la soglia di un generico luogo di culto non

² UNHCR, *The State of the World's Refugees: the Challenge of Protection*, Ch. 2 *Asylum Under Threat*, Box 2.1 *The Origins of Asylum*, Geneva, 1993, accessibile online all'indirizzo: [http://www.unhcr.org/3eeedd4a4.html]. La citazione riportata nel testo è una traduzione dell'autore della versione inglese: «Concerning a refugee, I affirm on oath the following: when a refugee comes from your land into mine he will not be returned to you. To return a refugee from the land of the Hittites is not right».

³ MASTROMARTINO, *L'asilo nella società e nella cultura greco-antica*, *L'Acropoli*, anno X, 2009, p. 173 ss.

⁴ DEVOTO, OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana*, Milano, 1975, p. 206; MONTANARI, *GI. Vocabolario della lingua greca*, Milano, 1998, p. 1893.

⁵ Cfr. TRUJILLO HERRERA, *La Union Europea y el derecho de asilo*, Madrid, 2003, p. 40; SÉGUR, *La crise du droit d'asile*, Paris, 1998, p. 15; ALLAND, TEIIGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris, 2002, p. 19; BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *Le droit d'asile*, Leiden, 1962, p. 14; CRIFÒ, *Asilo (diritti antichi)*, *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 191; CRÉPEAU, *Droit d'asile*, Bruxelles, 1995, p. 29; CAPPELLETTI, *Dalla legge di dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto di asilo*, in BILOTTA, CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto di asilo*, Padova, 2006, p. 1 ss., a p. 6; RIGSBY, *Asylia*, Berkeley, 1996, p. 31.

consentiva l'ottenimento dell'asilo, ma soltanto dell'*ἔχεσσία*⁶, ossia una sorta di immunità temporanea e provvisoria⁷, finalizzata a consentire l'accesso del "richiedente asilo" al rito della supplica⁸ per la concessione di una protezione stabile e duratura, ovvero dell'asilo vero e proprio. Come nella tradizione ebraica⁹, anche in quella ellenica, dunque, il supplice era sottoposto a una sorta di verifica, effettuata dall'autorità politica o religiosa sulla base di criteri precisi, della sussistenza dei presupposti per la concessione dell'asilo¹⁰.

A partire dal tardo periodo arcaico e con maggior incidenza nell'età classica, tale forma di protezione sarebbe stata estesa anche agli "stranieri", ovvero a coloro che non potevano vantare un nesso di cittadinanza con un'altra *polis*, essendo stati esiliati od ostracizzati per aver commesso gravi reati¹¹. Veniva in questo modo alla luce il concetto di "rifugiato", ovvero di straniero che ha perso qualsiasi tipo di legame con la propria comunità di origine, che non gode della protezione di alcuna autorità sovrana e il cui destino è perciò stesso rimesso alla

⁶ Ivi, p. 14. Anche CRIFÒ, *op. cit.*, p. 192, che indica tale istituto con il termine *ἔχεσσία*.

⁷ Ivi, p. 193 e PAOLI, *Asilo (diritto greco e romano)*, *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, p. 1035.

⁸ Per un riferimento a questo rito nella letteratura greca, si rinvia a ESCHILO, *Supplici*, trad. di RICCI, Bologna, 1952, v. 360; EURIPIDE, *Supplici*, trad. di PONTANI, Roma, 1994, v. 102; EURIPIDE, *Medea*, trad. di RICCI, Bologna, 1954, v. 710; SOFOCLE, *Antigone*, trad. di BONO, Milano, 1977, v. 1230.

⁹ Cfr. GIOSUÈ, 20:3-6 e 9; Deuteronomio, 19:4 e 11-13; nn. 35:11-12 e 24. Nella tradizione ebraica, v. anche Antico Testamento, nn. 35,9-29, dove il Signore ordina a Mosé la fondazione di sei città destinate all'asilo degli stranieri perseguitati senza colpa; Nuovo Testamento, Esodo 22,20: «Non maltrattare e non opprimere il forestiero, perché anche voi foste forestieri in terra d'Egitto»; Levitico, 19,33-34: «Quando un forestiero dimorerà presso di voi nel vostro paese, non gli farete torto [...] lo tratterete come uno di voi, che è nato nel vostro paese». Anche nella tradizione musulmana vi è il dovere di accoglienza e assistenza del rifugiato: v. Corano, cap. 8,73-75. Per quanto riguarda la tradizione cristiana, v. Vangelo secondo Matteo 25,35-40, dove Dio chiama i giusti alla sua destra e li benedice ricordando «ero forestiero e mi avete ospitato», precetto dal quale si sviluppa il diritto d'asilo ecclesiastico, di cui tratteremo in questo paragrafo, più oltre.

¹⁰ Cfr. RIGSBY, *op. cit.*, p. 10: «In practice escaping to a temple was not enough for a fugitive from the law: the god or the god's priest could refuse him».

¹¹ Cfr. DE SANCTIS, *Storia dei greci*, Firenze, 1942, pp. 548-549; BALOGH, *Political Refugees in Ancient Greece*, Roma, 1972, p. 2 e BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 288. Sulla compassione nei confronti degli stranieri cfr. PLATONE, *Le Leggi*, Libro V, trad. da SANASI, p. 51, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.ousia.it/content/Sezioni/Testi/PlatoneLeggi.pdf>]: «Bisogna inoltre ritenere che i rapporti con gli stranieri sono sacri al massimo grado: infatti tutte le colpe commesse dagli stranieri e quelle commesse nei loro confronti dipendono da un dio vendicatore più di quelle che riguardano i cittadini. Poiché infatti lo straniero è solo, senza compagni e parenti, merita più pietà da parte degli uomini e degli dèi: chi ha la possibilità di vendicarlo lo aiuta più volentieri, e chi ha questa speciale possibilità è un demone che protegge ogni straniero e un dio che si accompagna a Zeus Ospitale. Con molta precauzione, anche per chi abbia una scarsa previdenza, si può trascorrere tutta la vita sino alla fine senza compiere alcuna mancanza nei confronti degli stranieri. Ma fra tutte le colpe che riguardano gli stranieri e i conterranei, la più grave per ciascuno è quella che si commette contro i supplici: perché il supplice, attraverso le sue suppliche, chiama un dio a testimoniare i suoi voti, e questo dio diviene un protettore particolare di colui che ha subito, sicché chi ha sofferto non subirà mai senza vendetta ciò che ha sofferto».

decisione discrezionale dell'autorità presso la quale invoca rifugio¹². A questa particolare categoria di stranieri, alla quale non era in precedenza tributato alcun riguardo¹³, viene gradualmente riconosciuta una peculiare vulnerabilità, che si traduce in termini giuridici nell'affermazione di un vero e proprio diritto dell'esiliato a cercare rifugio lontano dalla patria, a ricevere accoglienza in una città straniera e a vedersi riconoscere ivi lo *status* privilegiato di "meteco"¹⁴. Questo *status*, peraltro, si distingueva dai c.d. "privilegi di *asilía*", ovvero forme di immunità accordate a titolo personale a talune particolari categorie di cittadini provenienti da altre *poleis*, a garanzia della loro libertà e dei loro interessi legittimi¹⁵. Infatti, mentre il primo aveva una radice intrinsecamente umanitaria ed era concesso su base unilaterale dal sovrano territoriale, gli *asilía* erano negoziati tra *poleis* su basi sinallagmatiche e di reciprocità. Significativamente, la medesima *ratio* umanitaria posta a fondamento della protezione degli stranieri esiliati presiedeva al diritto di asilo accordato agli schiavi che fossero riusciti a sfuggire a un padrone che attentasse alla loro vita o incolumità fisica. Dunque, in una società in cui la schiavitù rivestiva un ruolo imprescindibile per lo svolgimento della vita politica dei cittadini delle *poleis* e lo schiavo era titolare soltanto di posizioni giuridiche passive, l'istituto dell'asilo costituiva «l'unico esempio di protezione soggettiva riconosciuta a individui sprovvisti, ex jure, di diritti (di rilievo pubblico)»¹⁶.

Nei regni ellenistici, l'asilo assunse gradualmente una veste secolare: le autorità politiche acquisirono la competenza a dichiarare, attraverso veri e propri decreti, l'intangibilità di determinati luoghi sacri e perfino di intere città, che presto divennero zone franche e neutrali, immuni dalla guerra oltre che dall'ingerenza del potere sovrano¹⁷. Questi titoli di inviolabilità decadde nel momento stesso in cui ebbe inizio la *pax romana*; viceversa, l'asilo cristiano o "ecclesiastico", affermatosi a partire dal IV secolo d.C., ebbe vita più duratura, pur soggetto a limiti sempre più stringenti, imposti da Roma in reazione agli

¹² Cfr. SINHA, *Asylum and International Law*, The Hague, 1971, p. 16.

¹³ Cfr. TRUJILLO HERRERA, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴ BALOGH, *op. cit.*, p. 43; BISCARDI, *op. cit.*, pp. 86-89.

¹⁵ Sulla distinzione indicata e per rilievi in proposito cfr. PAOLI, *op. cit.*, p. 1035 ss., dove si riporta che il trattato più risalente in materia è approssimativamente del V secolo a.C. Cfr. anche BISCARDI, *op. cit.*, pp. 87-88, in cui si giustifica la funzione degli *asilía* in sostituzione del diritto di rappresaglia, ovvero del diritto dello straniero di ricorrere all'autotutela nell'impossibilità di far valere i propri diritti dinanzi agli organi della *polis*.

¹⁶ Cfr. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 173 ss.

¹⁷ Cfr. DUCLAUX, *Ad ecclesiam confugere: naissance du droit d'asile dans les eglises*, Paris, 1994, pp. 224-225.

abusi e riguardanti tanto l'individuazione dei luoghi, quanto la definizione degli aventi diritto¹⁸.

Nell'asilo cristiano, pur in tutto assimilabile a quello pagano quanto alle caratteristiche esteriori, muta il fondamento filosofico-teleologico dell'istituto e l'affermazione della perifrasi "*ad ecclesiam confugere*", in luogo del termine asilo, serve proprio a rimarcare l'idea della chiesa come luogo in cui avviene la remissione dei peccati, in cui anche al criminale che fuggiva dalla legge terrena era data la possibilità di ravvedersi e di trovare in Dio redenzione e misericordia¹⁹. L'accoglienza accordata dai religiosi, invero, rappresentava anche un vessillo della sovranità delle istituzioni ecclesiastiche di fronte al potere temporale²⁰ che, tuttavia, nel difendere le proprie prerogative, svolgevano una funzione di giustizia sociale, offrendo ai più deboli una garanzia ultima e inalienabile – l'asilo appunto – che era fondamentale in un sistema di amministrazione della giustizia affetto da gravi e sistematiche carenze e distorsioni.

Con l'affermarsi del principio di sovranità statale quale cardine delle relazioni tra le diverse entità statuali *superiorem non recognoscentes*, l'istituto dell'asilo ecclesiastico decadeva, divenendo dapprima oggetto di concordati fra potere civile e potere religioso e poi di definitiva secolarizzazione²¹.

Un evento è costantemente richiamato dagli storici del diritto come spartiacque tra la storia dell'asilo ecclesiastico e quella dell'asilo politico. Si tratta della revoca dell'Editto di Nantes, con il quale, nel 1598, Enrico IV aveva concesso agli ugonotti piena libertà di culto e un centinaio di piazzeforti. L'atto di revoca, disposto nel 1685 dal re di Francia Luigi XIV, costrinse oltre duecentomila persone a fuggire dal proprio Paese. Tali "rifugiati" *ante litteram*

¹⁸ Nel VI secolo, l'imperatore Giustiniano limitò il privilegio a coloro che non erano colpevoli di gravi reati. Si vedano i rilievi di VISMARA, *Asilo (diritto di) (diritto intermedio)*, *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 198 ss.; CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 7; SÉGUR, *op. cit.*, p. 28; CRIFÒ, *op. cit.*, p. 193; SINHA, *op. cit.*, p. 16 e BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *op. cit.*, p. 37.

¹⁹ Cfr. SÉGUR, *op. cit.*, p. 37.

²⁰ Sull'asilo religioso, e sua evoluzione, si veda CIPROTTI, *Asilo (diritto di) (diritto canonico ed ecclesiastico)*, *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 203. Viene spesso ricordato, come esempio di asilo religioso, quello ottenuto dal personaggio manzoniano Frà Cristoforo ("Lodovico", resosi responsabile di un omicidio) che si era rifugiato in una chiesa dei cappuccini, luogo «impenetrabile allora a'birri e a tutto quel complesso di cose e persone, che si chiamava giustizia». La decisione di vestire «l'abito di cappuccino» rappresentava una soluzione per gli ospiti che si trovavano in un «bell'intrigo» poiché «rimandarlo dal Convento» avrebbe significato «esporlo così alla giustizia, cioè alla vendetta de' suoi nemici» e per i cappuccini «rinunziare a' propri privilegi, screditare il convento presso il popolo, attirarsi il biasimo di tutti i cappuccini dell'universo per aver lasciato violare il diritto di tutti, concitarsi contro tutte l'autorità ecclesiastiche, le quali si consideravano come tutrici di questo diritto»; cfr. MANZONI, *I promessi sposi*, Milano, 1840, cap. IV.

²¹ Cfr. CRÉPEAU, *op. cit.*, p. 40.

trovarono rifugio nei possedimenti del Marchese di Brandeburgo che, con l'Editto di Potsdam, autorizzò gli ugonotti a stabilirvisi. Questo evento segna il principio della moderna tradizione europea dell'asilo, fondata sui rapporti fra Stati sovrani e indipendenti e sulla natura politica dell'istituto²².

Dunque, mentre si moltiplicavano gli accordi tra sovrani per regolare la consegna dei traditori e dei sovversivi²³, l'asilo veniva ad assumere i connotati di una concessione del monarca nell'esercizio delle proprie prerogative di governo. Un'embrionale codificazione di tale concetto è rinvenibile nell'articolo 120 della Costituzione francese del 1793, peraltro mai entrata in vigore, in cui si statuisce che il popolo francese «*donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans*»²⁴. Da quest'affermazione emerge chiaramente l'evoluzione che l'istituto dell'asilo ha subito tanto *ratione loci*, perdendo il legame con un luogo specifico e acquisendo rilevanza su tutto il territorio statale, quanto *ratione personae*, dal momento che il beneficio dell'asilo è riservato soltanto a coloro che fuggono dalla loro patria "per la causa della libertà", ovvero a chi è perseguitato ingiustamente a causa della propria azione politica contro i "tiranni"²⁵.

È a partire da questo momento che il diritto d'asilo inizia ad essere ricostruito attorno all'elemento politico, vale a dire attorno alla medesima radice che informa la definizione di rifugiato attualmente accettata nel diritto internazionale. Quindi, l'asilo c.d. "territoriale" si configura in epoca moderna come un istituto che attiene direttamente alla sovranità territoriale dello Stato, cui è riconosciuta dal nascente diritto della comunità internazionale piena discrezionalità in merito al trattamento degli stranieri presenti nel proprio territorio e bisognosi di assistenza materiale o di protezione giuridica. Gli Stati nazionali, quali entità sovrane e indipendenti, si arrogano il diritto di rifiutare

²² Cfr. GIARDINA, SABBATUCCI, VIDOTTO, *Il mosaico e gli specchi. Percorsi di storia dal medioevo ad oggi*, Roma-Bari, 2010, p. 132 ss.

²³ V. il Trattato di Illiabad tra il nababbo Shujahul-Dowla, il nababbo Nudjum-ul-Dowla e la English Company del 1756, art. 3 e il Trattato di Alleanza difensiva perpetua tra il Maharaja Pursojee Bhooslah e la English Company, art. 14, entrambi cit. in AITCHISON, *A Collection of Treaties, Engagements and Sanads Relating to India and Neighbouring Countries*, vol. I, Calcutta, 1909, rispettivamente a p. 89 ss. e a p. 419 ss. Più in generale, v. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, 1978, p. 143.

²⁴ Constitution française du 24 juin 1793, art. 120, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>]. Cfr. in argomento, SÉGUR, *op. cit.*, p. 89; CRÉPEAU, *op. cit.*, pp. 41-45.

²⁵ Cfr. SÉGUR, *op. cit.*, p. 96.

la consegna allo Stato di nazionalità di individui soggetti alla propria potestà d'imperio²⁶.

Se questa manifestazione di sovranità statale rappresenta l'*incipit* da cui prende le mosse lo sviluppo del regime di protezione internazionale in epoca contemporanea, un retaggio dell'antica concezione spaziale dell'asilo permane nella prassi dell'asilo diplomatico o extraterritoriale. Tale prassi accorda immunità e privilegi a coloro che si trovano nei luoghi di rappresentanza statale, sulla base della *fictio iuris* dell'extraterritorialità della sede diplomatica²⁷. L'asilo diplomatico è diffuso soprattutto in America Latina²⁸, dove è stato consacrato in numerosi strumenti pattizi²⁹.

2. Non-refoulement ed eccezione di delitto politico nei trattati di estradizione del XIX secolo.

Durante la prima metà del XIX secolo, l'esigenza statale di istituire forme di cooperazione giudiziaria in materia penale, che consentissero di perseguire gli autori di reati commessi in violazione di beni giuridici costituzionalmente rilevanti anche qualora si fossero sottratti alla potestà giurisdizionale dello Stato

²⁶ Cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3ª ed., Oxford, 2007, p. 358.

²⁷ In merito alla differenza tra asilo "diplomatico o extraterritoriale", asilo "politico o territoriale" ed asilo "neutrale" v. UNGA, *Second Report on the Expulsion of Aliens by Maurice Kamto, Special Rapporteur*, 20 July 2006, A/CN.4/573, par. 78 ss. Nel prosieguo, quando si parlerà di "asilo" tale termine si intenderà nell'accezione di "asilo politico o territoriale".

²⁸ Si rimanda, da ultimo, la Dichiarazione del Governo della Repubblica dell'Ecuador, del 16 agosto 2012, sulla richiesta di asilo di Julian Assange, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.mmrree.gob.ec/2012/com042.asp>]. In argomento, VÄRK, *Diplomatic asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange, Sisekaitseakadeemia Toimetised*, 2012, p. 240 ss.

²⁹ Tra tali strumenti si ricorda il Trattato di Montevideo sul diritto penale internazionale del 23 gennaio 1889, la Convenzione dell'Avana sul diritto di asilo del 20 febbraio 1928 e la Convenzione di Caracas sull'asilo politico e diplomatico del 1954 (OAS *Official Records*, OEA/Ser.X/I; *Treaty Series* 34). Si noti che la Corte internazionale di giustizia ha escluso l'esistenza di una consuetudine regionale sull'asilo extraterritoriale nella sentenza *Asylum Case (Colombia c. Peru)*, sent. 20 novembre 1950, *ICJ Reports*, 1950, p. 266 ss., per cui rimane incerta la natura giuridica della prassi in commento. In argomento, BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Padova, 2010, pp. 49-50, spec. nota 35; GIULIANO, *Asilo (diritto di)*, *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 204 ss, a p. 209; DE VRIES, NOVAS, *Territorial Asylum in the Americas: Latin-American Law and Practice of Extradition*, *I Am LR*, n. 5, 1963, p. 61 ss.; FRANCONI, *Asilo diplomatico: contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, Milano, 1973, p. 81 ss.

in cui la fattispecie criminosa era stata commessa, rifugiandosi all'estero³⁰, si tradusse nello sviluppo dell'istituto dell'estradizione.

L'estradizione, intesa in senso moderno³¹, si distingue dall'espulsione e dalla deportazione proprio in ragione della diversa finalità perseguita: nel primo caso, essendo quella di proteggere la comunità nazionale da una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza interna, negli altri due, quella di imporre il rispetto della legge a coloro che siano soggetti alla giurisdizione dello Stato³².

Questi sviluppi erano destinati ad arricchire di ulteriori sfumature e problematicità il discorso sull'asilo, la cui concessione era stata, fino a quel momento, frutto di una libera manifestazione della discrezionalità dello Stato territoriale, che veniva ora ad essere necessariamente temperata con le esigenze della cooperazione internazionale in materia penale, almeno tra gli Stati che avevano sottoscritto trattati in materia³³. Difatti, la regola *aut dedere aut judicare* è andata in qualche modo a comprimere la libertà dello Stato di concedere asilo, creando una tensione dialettica tra i due istituti, peraltro di difficile risoluzione date le difficoltà nel ricostruire almeno uno o entrambi i summenzionati istituti in termini di diritto consuetudinario³⁴.

Pur in questa incertezza, è possibile individuare almeno un principio nella disciplina dell'estradizione la cui natura consuetudinaria è oggi generalmente accettata³⁵: l'eccezione di delitto politico³⁶. Tale principio, sancito per la prima volta nella legge belga sull'estradizione del 1833, ottenne rapida diffusione nelle

³⁰ Cfr. *Somchai Lingsiriprasert v. United States of America*, ILM, 1990, p. 1390 ss., a p. 1396: «It was for this reason that the law of extradition was introduced between civilized nations so that fugitive offenders might be returned for trials in the country against whose laws they had offended».

³¹ Lo sviluppo dell'istituto giuridico dell'estradizione si fa risalire al 1279 a.C., quando il re egiziano Ramsete II stipulò un accordo di pace, amicizia e alleanza con il re ittita Hattushilish III, in cui erano contenute disposizioni in materia di mutuo soccorso in caso di attacco nemico e regole in materia di estradizione di rifugiati e migranti, nonché eccezioni all'estradizione e amnistie. Tale accordo è citato da SCHMITT, *The nomos of the Earth in the International Law of the «ius publicum europaeum»*, New York, 2003, p. 52. Più in generale, sullo sviluppo dell'istituto in esame, v. QUADRI, *Estradizione (diritto internazionale)*, Enc. dir., vol. XVI, Milano, 1967, p. 7 ss.; LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Torino, 2006, p. 6.

³² STEIN, *Extradition*, MPEPIL, vol. 2, 1995, p. 327 ss.

³³ GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, Stockholm-London-New York, 1980, p. 18.

³⁴ Sull'asilo v. FRANCONI, *op. cit.*, p. 6. Sull'estradizione v. QUADRI, *op. cit.*, p. 4 ss.; DEL TUFO, *Estradizione*, III) *Diritto internazionale*, Enc. giur., vol. XIII, Roma, 1989, p. 2.

³⁵ CALVO, *Dictionnaire de droit international public et privé*, Berlin-Paris, 1885, p. 332; HAMBRO, *Extradition and Asylum*; A Note, *Jahrbuch fur Internationales Recht*, vol. 11, 1962, p. 106 ss., a p. 107; IDI, *Nouveaux problèmes en matière d'extradition*, art. II, 1983, accessibile online all'indirizzo: [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1983_camb_03_fr.PDF].

³⁶ ROLIN, *Quelques questions relatives à l'extradition*, RdC, vol. 1, 1923, p. 177 ss.

successive legislazioni nazionali³⁷ e nei trattati internazionali in materia di estradizione, primo tra i quali il trattato bilaterale tra Francia e Belgio del 1834³⁸. Esso si sostanzia nella possibilità di non dar seguito a una richiesta di estradizione quando la fattispecie criminosa che determina la richiesta di consegna del presunto reo è di natura meramente politica o è un reato di diritto comune, commesso per realizzare una finalità politica o in connessione con un delitto politico³⁹. Da questa definizione discendono due ordini di considerazioni, una riguardante la natura etica del fondamento giuridico dell'eccezione, l'altra relativa alle conseguenze giuridiche della stessa per l'individuo richiesto.

In primo luogo, affinché l'eccezione possa essere azionata è necessario che il reato fatto oggetto della domanda di estradizione sia ascrivibile alla particolare categoria di fattispecie criminose che ricomprende i delitti politici. Il *distinguo* rispetto ai reati di diritto comune, che è tale da sanare gli effetti del comportamento anti-giuridico ai fini dell'extradizione⁴⁰, è dato proprio dalla circostanza che al delitto politico sia stato attribuito, sin dall'antichità⁴¹ e – dopo la parentesi corrispondente alla fase di consolidamento dell'autorità degli Stati nazione – con accresciuta enfasi a partire dal XIX secolo, un fondamento giuridico di natura etico-ideologica. Tale fondamento discende a sua volta dalla cognizione di senso comune che nell'azione di governo, è la ragion di stato – e non la *rule of law* – a determinare ciò che è legittimo, per cui chi si oppone a scelte ritenute ingiuste, seppur qualificate come legittime dal potere sovrano, come nel caso di chi lotta per difendere i supremi valori sui quali si fonda la

³⁷ Legge del 1° ottobre 1833 sull'extradizione, Bull. Off. LXVII, n. 1195. Tale legge fu emendata nel 1874 (v. Legge del 15 marzo 1874 sull'extradizione, B.S. 17 marzo 1874) ed tuttora in vigore in Belgio in alcune sue parti (v. sezione 6 della legge richiamata). Per una panoramica storica cfr. PUENTE EGIDO, *L'extradition en droit international: problèmes choisis*, RdC, vol. 231, 1991, p. 9 ss.; BASSIOUNI, *International Extradition. United States Law and Practice*, New York, 2002, p. 29 ss.; SHEARER, *Extradition in International Law*, Manchester, 1971, p. 7 ss.; DE VRIES, NOVAS, *op. cit.*, p. 5 ss.; LENZERINI, *op. cit.*, p. 180, nota 232.

³⁸ *Convention d'Extradition des Malfaiteurs*, 22 novembre 1834, *British and Foreign State Papers*, vol. 22, p. 223 ss. p. 224, art. 5; NYPELS, *Pasinomie, Ou, Collection Complète Des Lois, Décrets, Arrêtés Et Règlements Généraux Qui Peuvent Être Invoqués En Belgique*, Bruxelles, 1868, p. 281. In argomento, BLAKESLEY, *The Practice of Extradition from Antiquity to Modern France and the United States: A Brief History*, *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 4, 1981, p. 39 ss., spec. a p. 51, nota 51.

³⁹ Queste tre distinte ipotesi sono rubricate rispettivamente sotto le categorie del c.d. "delitto politico puro", del c.d. "delitto politico relativo" e del c.d. "delitto misto". Sui criteri affermatasi nella prassi statale per determinare la politicità di un delitto si rimanda a LENZERINI, *op. cit.*, p. 181 e ss.

⁴⁰ PROAL, *Political Crime*, New York, 1898.

⁴¹ DEMOSTENE, *Peri tes atelaiais por Leptinen*, 354 a.C., par. 159, cit. da PASSAS, *Political Crime and Political Offender*, *Liverpool L.R.*, vol. 8, 1986, p. 23 ss., a p. 24.

nazione, non può essere giudicato alla stregua del criminale comune. Questa considerazione è di fondamentale importanza ai nostri fini, perché chiarisce che l'eccezione di delitto politico all'estradizione, consolidatasi a partire dal XIX secolo, e il divieto di *refoulement*, che sarebbe stato sancito per la prima volta in una convenzione internazionale un secolo dopo⁴², condividono la medesima matrice filosofico-ermeneutica, data dalla consapevolezza della fallibilità del potere sovrano nel garantire, in qualsiasi circostanza, tanto il rispetto del patto sociale su cui si fonda la vita stessa della comunità nazionale – declinazioni del quale sono appunto il rispetto dell'*habeas corpus* e delle garanzie di *due process*, che non possono dirsi rispettati nei procedimenti per reati politici – quanto la protezione dei propri sudditi, che non può dirsi garantita a un individuo che sia costretto ad abbandonare il proprio Paese per il fondato timore di essere perseguitato in ragione delle proprie caratteristiche individuali o della propria posizione politica o religiosa.

Sotto il profilo delle conseguenze giuridiche per l'individuo del richiamo alla causa di rifiuto dell'estradizione fondata sui motivi politici, è utile ricordare l'articolo 16 delle *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, adottate dall'Institut de droit international nel 1892. In tale storico documento si legge:

«L'expulsé réfugié sur un territoire pour se soustraire à des poursuites au pénal, ne peut être livré, par voie détournée, à l'Etat poursuivant, sans que les conditions posées en matière d'extradition aient été dûment observées»⁴³.

In base a questa definizione, il divieto di consegna dello straniero per delitti politici, quale condizione affinché l'estradizione sia legittima, interdice l'allontanamento dello straniero, ma non implica automaticamente la concessione di uno *status* di soggiorno allo straniero che ne beneficia. D'altronde, si è detto che lo sviluppo storico dell'istituto dell'asilo politico coincide con l'affermazione di un diritto dello Stato e non con un diritto dell'individuo straniero soggetto alla sua giurisdizione.

Il quesito che potrebbe porsi è cosa è cambiato da tale definizione del 1892 e, più precisamente, se oggi lo Stato che decide di non riconsegnare uno straniero in base all'eccezione in esame sia di conseguenza obbligato a concedergli asilo

⁴² V. *infra*, par. 6.

⁴³ IDI, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, Session de Genève 1892, accessibile online all'indirizzo: [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1892_gen_01_fr.pdf].

politico nel proprio territorio, vale a dire se sia possibile avallare il “salto logico” dall’eccezione di delitto politico al diritto all’asilo.

Sul punto è stata autorevolmente sostenuta tanto la tesi che nega che il ricorso all’eccezione imponga allo Stato che rifiuta di procedere all’extradizione di offrire asilo al presunto autore di un delitto politico⁴⁴, tanto la tesi opposta, in base alla quale l’attivazione della suddetta eccezione fornisce una prova conferente della volontà dello Stato richiesto di garantire protezione allo straniero⁴⁵, in base alla *ratio* riflessa in modo cristallino nel summenzionato articolo 120 della Costituzione francese del 1793, che riservava l’asilo a chi fuggiva perché perseguitato a causa della propria azione politica contro i “tiranni”.

Ora, è opportuno ribadire che l’eccezione di delitto politico, almeno alle origini, non poteva certo essere ricondotta a una *ratio* umanitaria⁴⁶, derivando la propria ragion d’essere dall’interesse dello Stato richiesto a non trovarsi coinvolto in conflitti politico-ideologici in essere nello Stato richiedente⁴⁷. Tuttavia, non può negarsi che, in conseguenza della decisione di non estradare lo straniero per motivi politici, lo Stato richiesto finiva automaticamente per fornirgli una sorta di protezione, almeno nella misura in cui allo straniero era consentito di evitare l’allontanamento dal territorio dello Stato.

A partire da queste premesse, nella prassi e nella giurisprudenza internazionale e nazionale più recente si è gradualmente affermata la tesi che l’eccezione di delitto politico all’extradizione sia volta a proteggere l’estraddando da una potenziale lesione dei propri diritti umani fondamentali giustificata da interessi politici di parte, indipendentemente dall’effettiva commissione di un reato in violazione di un bene giuridico rilevante⁴⁸. In questo senso, l’eccezione è stata configurata come uno strumento per la difesa dei diritti umani, in

⁴⁴ IDI, *Nouveaux problèmes en matière d’extradition*, cit.

⁴⁵ Sul punto, si rimanda all’impostazione pragmatica adottata ad es. da LENZERINI, *op. cit.*, p. 177. Più in generale, cfr. LAUTERPACHT, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, *BYIL*, vol. 21, 1944, p. 58 ss., a p. 88; GARCÍA-MORA, *International Law and Asylum as Human Rights*, Washington, 1956, p. 49.

⁴⁶ BASSIOUNI, *op. cit.*, p. 594 ss.; QUADRI, *op. cit.*, p. 38; VAN DEN WYNGAERT, *The Political Offence Exception to Extradition*, The Hague-London-NewYork, 1980; MARCHETTI, Art. 698 – *Reati politici. Tutela dei diritti fondamentali della persona*, in CHIAVARIO (a cura di), *Commentario al Nuovo Codice di procedura penale*, vol. VI, Torino, 1991, p. 696 ss.

⁴⁷ Cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, pp. 201 ss.; KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement*, Berna, 1982, p. 33 ss.; KÄLIN, CARONI, HEIM, *Article 33, para. 1 1951 Convention*, in ZIMMERMANN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, 2011, p. 1327 ss., a p. 1335.

⁴⁸ Sul punto si tornerà ampiamente nel capitolo 4, dove si darà conto dell’impatto dello sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani sull’istituto dell’extradizione.

quanto volta a scongiurare il rischio che lo Stato richiesto si atteggi a “complice” dello Stato richiedente nella persecuzione dell’estraddando, assicurando all’interessato una forma di protezione contro il proprio Stato di origine o contro quello di residenza abituale, in caso di apolidia⁴⁹. Per interpretare accuratamente questa evoluzione, non bisogna sottovalutare i riflessi che lo sviluppo del diritto dei rifugiati e dei diritti umani, avvenuto durante il XX secolo, hanno esercitato sull’interpretazione degli strumenti internazionali in materia di estradizione.

3. La prima ricostruzione del diritto di asilo e del divieto di refoulement nell’alveo dei diritti umani e del diritto umanitario.

A partire dalla metà del XX secolo, il diritto di asilo è stato sancito nella gran parte delle costituzioni nazionali⁵⁰ e previsto in ancor più numerose legislazioni sul trattamento degli stranieri, in cui, alla solenne affermazione della libertà dello Stato nella concessione dell’asilo si contrapponeva l’assenza di un diritto soggettivo dell’individuo ad ottenerlo⁵¹.

Un riflesso di tale orientamento è rinvenibile anche nei dibattiti che precedettero l’adozione della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del

⁴⁹ Cfr. DUGARD, VAN DEN WYNGAERT, *Reconciling Extradition with Human Rights*, AJIL, vol. 92, 1998, p. 187 ss. Analogo sviluppo ermeneutico hanno avuto altre due disposizioni tipiche dell’istituto dell’estraddizione, ovvero il principio di specialità e quello della doppia incriminazione che, da norme volte ad escludere la cooperazione interstatuale in relazione a disposizioni straniere di diritto penale incompatibili con quelle previste dall’ordinamento interno, sono state gradualmente intese come garanzie individuali (v. ILA, *Report of the Sixty-Seventh Conference*, Helsinki, 1996, p. 15 ss.).

⁵⁰ L’elenco di tutte le costituzioni nazionali della metà degli XX secolo, in cui è prevista una norma sull’asilo, è contenuto in FERRARI, *L’asilo nel diritto internazionale*, 2005, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.unhcr.it/news/dir/91/view/633/lasilo-nel-diritto-internazionale-63300.html>]. Più in generale v. CORDINI, *Il diritto d’asilo nelle costituzioni contemporanee e nell’ordinamento dell’Unione europea*, in CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Napoli, 2008, p. 51 ss.

⁵¹ CARLIER, *Droit d’asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, RdC, vol. 332, 2007, p. 9 ss.; HEUSER, *Is There a Right to Have Rights? The Case of the Right of Asylum*, ETMP, vol. 11, 2008, p. 3 ss. Per un’analisi più generale v. BERNARDI, *Asilo politico*, DigPub., vol. I, 4^a ed., Torino, 1987, p. 421 ss.; RIGAUX, *Droit d’asile*, Bruxelles, 1988; ALLAND, *Le dispositif international du droit de l’asile-rapport général*, SFDI, *Colloque de Caens: droit d’asile et des réfugiés*, Paris, 1997, p.13 ss.; PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*, RIDU, vol. 12, 1999, p. 694 ss.; PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell’ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune del diritto d’asilo*, Padova, 2006, p. 13 ss.; GIOIA, *Asilo*, Diz. dir. pubbl., vol. I, Milano, 2006, p. 449 ss.

10 dicembre 1948⁵², che sancisce il diritto d'asilo all'articolo 14, par. 1. Nel progetto di Dichiarazione adottato dalla Commissione dei diritti umani, il principio racchiuso in quello che era originariamente l'articolo 12 era espresso in termini alquanto diversi dalla sua formulazione definitiva. Il punto di partenza era, infatti, il seguente:

«1. Everyone has the right to seek and be granted, in other countries, asylum from persecution. 2. Prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations do not constitute persecution»⁵³.

Qualora gli Stati in seno alla Terza Commissione dell'Assemblea Generale avessero accettato questa formulazione, l'articolo 14 della Dichiarazione, pur non vincolante, avrebbe nondimeno offerto un fondamento interpretativo forte a favore di una ricostruzione del diritto di asilo alla stregua di un diritto soggettivo. Tuttavia, numerose voci si levarono contro questa ipotesi: alcuni delegati vi si opposero in base alla considerazione che nessuno Stato avrebbe ragionevolmente accettato le responsabilità derivanti dall'affermazione di un diritto individuale all'asilo⁵⁴, altri muovendo dal presupposto che non vi fosse alcuna disposizione di diritto internazionale generale sull'asilo⁵⁵, altri ancora rivendicando l'assoluta discrezionalità statale nelle decisioni relative all'ingresso e all'allontanamento dal territorio dello Stato⁵⁶.

Alla fine, dalla versione dell'articolo 14 adottata in sede plenaria erano stati espunti tanto il riferimento, contenuto al par. 1, al "*right to be granted asylum*" quanto la definizione di persecuzione, formulata *a contrario* nel par. 2⁵⁷. Era

⁵² UNGA Res. 217 A (III); UN Doc. A/810 (Dichiarazione universale). Sulla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, v. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2012.

⁵³ Sul progetto originario per la stesura dell'art. 12, cfr. la proposta di emendamento del delegato egiziano, favorevole alla previsione di un vero e proprio diritto individuale all'asilo in UN Doc. A/C.3/264. Sugli altri emendamenti proposti, cfr. UN Doc. A/C.3/285/Rev.1.

⁵⁴ Cfr. UN Doc. A/C.3/SR.121, p. 330 (Mrs. Corbet per il Regno Unito); p. 332 (Mr Plaza per il Venezuela).

⁵⁵ Ivi, pp. 336-337 (Mr. Shahi per il Pakistan, che pur favorevole allo sviluppo di un diritto individuale all'asilo, riconosce che «*the right to claim asylum was not admitted by the rules of international law*»).

⁵⁶ Ivi, p. 331 (Mr. Baroody per l'Arabia Saudita). V. anche le posizioni simili del delegato australiano Mr Watt, ivi, p. 338 ss. e l'atteggiamento di chiusura dell'Unione Sovietica (Mr Pavlov, ivi, p. 327 ss.). Per il prosieguo del dibattito sullo stesso articolo cfr. A/C.3/SR.122. In argomento v. LENZERINI, *op. cit.*, p. 102; MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, BYIL, 1949, p. 327 ss., a p. 355.

⁵⁷ Come noto, l'attuale testo dell'art. 14 della Dichiarazione universale recita: «(1) *Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution. (2) This right may not be invoked*

chiaro che, al di là dello stretto tenore letterale dell'articolo 14, che introduceva l'ambiguo concetto del "godimento" dell'asilo, il diritto di asilo era visto quale "diritto" di ciascuno Stato parte della comunità internazionale di offrire asilo e di opporre resistenza alle richieste di estradizione. Questo dato è desumibile anche dalla costruzione del par. 2 dell'articolo 14, che non lascia dubbi sul fatto che il diritto dello Stato di concedere asilo costituisse null'altro che un'eccezione agli obblighi assunti in materia di estradizione, il cui limite è rappresentato, appunto, dalla esclusione dal beneficio di coloro che si siano macchiati di gravi reati non politici e di atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite⁵⁸.

In ogni caso, sebbene la mancata previsione di obblighi positivi di accoglienza in capo agli Stati rappresentasse sicuramente il peccato originale del sistema internazionale di protezione dei rifugiati⁵⁹, ai redattori della Dichiarazione universale restava il merito di aver incluso, al par. 1 dell'articolo 14 della più importante dichiarazione sui diritti umani, il "diritto di cercare asilo dalle persecuzioni", creando la base per una duratura *liaison* tra il diritto dei rifugiati e i diritti umani⁶⁰.

La *ratio* umanitaria del diritto di asilo venne enfatizzata anche da un'importante Risoluzione dell'Institut de droit international, adottata durante la Sessione di Bath, presieduta da Raestad e Perassi, nel settembre 1950. Muovendo dalla constatazione che «*l'exode massif d'individus contraints pour des raisons politiques de quitter leur pays impose aux Etats le devoir de joindre leurs efforts en vue de pourvoir aux exigences de pareilles situations*» e che «*la reconnaissance internationale des Droits de la personne humaine commande de nouveaux et plus amples développements de l'asile*»⁶¹, tale Risoluzione operava un espresso richiamo

in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations». Sullo sviluppo della nozione di persecuzione nell'alveo del diritto dei rifugiati si rimanda all'analisi svolta nel capitolo che segue.

⁵⁸ La Convenzione di Ginevra del 1951 avrebbe ulteriormente precisato il regime giuridico rilevante ai fini della determinazione delle cause di esclusione dalla protezione, separando definitivamente l'eccezione di delitto politico, formatasi nell'alveo dei trattati sull'extradizione, dalle ipotesi di negazione della protezione internazionale, sviluppatesi nel diritto dei rifugiati. Tuttavia, pur nella diversità di approccio, avrebbe conservato la *ratio* di fondo della previsione di clausole eccezionali in materia, consistente nell'evitare forme di abuso del diritto, ovvero il ricorso allo stesso in assenza di finalità umanitarie.

⁵⁹ Cfr. LAUTERPACHT, *The Universal Declaration of Human Rights*, BYIL, vol. 25, 1948, p. 354 ss., a p. 373.

⁶⁰ EDWARDS, *Human Rights, Refugees and the Right 'To Enjoy' Asylum*, IJRL, vol. 17, 2005, p. 293 ss., a p. 297. Sugli sviluppi del diritto di asilo nell'alveo dei diritti umani v. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 694 ss.

⁶¹ IDI, *L'asile en droit international public*, Session de Bath 1950, in *Résolutions de l'Institut de droit international 1873-1956*, 1957, p. 58, cons. n. 6 e n. 5 del Preambolo.

alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo quale punto di partenza per l'approfondimento del concetto d'asilo⁶².

Tuttavia, a ciò non faceva seguito alcun avanzamento sotto il profilo della configurazione delle posizioni giuridiche dei due soggetti interessati all'asilo: lo Stato rimaneva l'esclusivo titolare della prerogativa di concedere l'asilo, mentre l'individuo mero beneficiario dell'esercizio da parte dello Stato di un proprio diritto⁶³. Al più, la finalità umanitaria dell'asilo era utilizzata per porre la decisione dello Stato di accoglienza di concedere l'asilo su un piano di inattaccabilità e lo Stato stesso al riparo da potenziali ritorsioni da parte dello Stato di nazionalità dell'asilante. A tal fine, la Risoluzione prevedeva:

«Tout Etat qui, dans l'accomplissement de ses devoirs d'humanité, accorde asile sur son territoire n'encourt de ce fait aucune responsabilité internationale»⁶⁴.

Da tale impostazione, quindi, seguiva semplicemente che, in assenza di obblighi convenzionali in materia di estradizione o non verificandosi l'ipotesi estradizionale prevista dal trattato, uno Stato non avesse alcun obbligo di riconsegna di un individuo reclamato dallo Stato di provenienza per essere sottoposto a un processo per reati comuni, qualora la concessione dell'asilo fosse legata a motivazioni umanitarie. Del tutto impregiudicato rimaneva, invece, il problema ermeneutico e definitorio del termine asilo, che era qualificato come:

«[L]a protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher»⁶⁵.

Con lo sviluppo del diritto umanitario pattizio, e grazie all'apporto delle tradizioni nazionali, soprattutto europee, il quadro giuridico di riferimento in tema di diritto dei rifugiati iniziò a svilupparsi quantitativamente e qualitativamente.

⁶² Ivi, *cons.* n. 4.

⁶³ Come affermato dalla Corte permanente di giustizia internazionale (CPJI) nel 1928, l'oggetto di un trattato internazionale poteva consistere ne «l'adoption par les parties de règles déterminées créant des droits et des obligations pour les individus», ma gli individui venivano protetti, appunto, in quanto mera emanazione della sovranità statale. V. *Compétence des tribunaux de Dantzig*, CPJI série B n. 15, pp. 17-18. In argomento SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1950.

⁶⁴ IDI, *L'asile en droit international public*, cit., art. 2, par. 1.

⁶⁵ Ivi, art. 1. Lo stesso dicasi per la condizione di rifugiato, che, nei lavori preparatori, veniva definita come una situazione di fatto, che rappresenta il presupposto dell'asilo. Cfr. *AIDI*, vol. 43, t. I, p. 133 ss. e t. II, p. 198 ss. Il *Rapport supplémentaire et projet définitif de Résolutions* è di Tomaso Perassi, cfr. ivi, p. 162 ss.

A partire dal 1949, con l'adozione della IV Convenzione di Ginevra sulla protezione dei civili in tempo di guerra⁶⁶, i rifugiati si videro riconoscere uno specifico statuto di protezione umanitaria. D'altra parte, lo speciale nesso esistente tra diritto umanitario e diritto dei rifugiati è *in nuce*, se si riflette sulle circostanze in cui si manifesta più di frequente il problema dei rifugiati, ovvero nelle situazioni di latente conflittualità interna o di conflitti armati internazionali, le cui vittime devono essere protette e assistite in modo imparziale ai sensi, appunto, delle Convenzioni di Ginevra di diritto umanitario. In particolare, ai sensi dell'articolo 4 della IV Convenzione di Ginevra, sono meritevoli di protezione «*those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals*»⁶⁷. Questa disposizione nasceva dalla consapevolezza che gli stranieri sono le prime vittime della guerra, in quanto i diritti e le libertà, loro riconosciuti in tempo di pace dallo Stato ospitante, vengono sistematicamente rimodulati al ribasso in tempo di guerra, specie quando questi ultimi vantano la cittadinanza di uno Stato nemico. La stessa Convenzione, peraltro, riconosceva, all'articolo 27, par. 4, che «*the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war*». Da questa consapevolezza, derivava anche la necessità di evitare che ai rifugiati, già privati della protezione del proprio Stato di origine, fosse riservato il medesimo trattamento destinato ai cittadini di Paesi nemici, proprio in ragione delle loro origini in tale Stato. Con questa finalità, venne inserita nella Convenzione una specifica disposizione che si occupava del problema dei rifugiati, ovvero l'articolo 44, in base al quale:

«In applying the measures of control mentioned in the present Convention, the Detaining Power shall not treat as enemy aliens exclusively on the basis of their nationality *de jure* of an enemy State, refugees who do not, in fact, enjoy the protection of any government»⁶⁸.

⁶⁶ ICRC, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (IV Convenzione di Ginevra), 12 August 1949, 75 UNTS 287.

⁶⁷ Il successivo art. 5 esclude dalla protezione gli individui sospettati di attività ostili alla sicurezza dello Stato: «*Where in the territory of a Party to the conflict, the latter is satisfied that an individual protected person is definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State, such individual person shall not be entitled to claim such rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person, be prejudicial to the security of such State*».

⁶⁸ Cfr. anche *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (I Protocollo addizionale), 8 June 1977, 1125 UNTS 3. Siffatto protocollo stabilisce la protezione di rifugiati e apolidi in base alle clausole delle Parti I e III della IV Convenzione di Ginevra.

La disposizione fotografa una prassi statale generalizzata durante i conflitti armati, ovvero quella di comprimere – spesso indebitamente – la sfera di diritti e di libertà riconosciute agli stranieri in tempo di pace, specie quando questi ultimi posseggono la cittadinanza di uno Stato nemico. Questa premessa può servire per meglio interpretare il significato dell'articolo 44, che impone agli Stati di operare un distinguo tra la posizione giuridica degli stranieri e quella dei rifugiati, che pur potendo vantare un legame di cittadinanza con uno specifico Stato straniero, non godono nella pratica della protezione che dovrebbe essere il portato principe dell'appartenenza a una determinata comunità nazionale. In altre parole, i redattori della Convenzione hanno derivato dal fatto che il rapporto tra il rifugiato e lo Stato di origine dello stesso non sia assimilabile a un "*genuine link*", ma a una costruzione fittizia svuotata di qualsiasi senso nella sostanza, la conclusione che:

«People who are in fact the first victims of the Power at war with their country of asylum and who are in certain cases in favour of the latter's cause, obviously cannot be treated as enemies. The purely formal criterion of nationality must therefore be adjusted, for it rests on an essentially legal and technical conception, and the strict application of such a contradiction would be in contradiction to human reality and contrary to justice and morality»⁶⁹.

Veniva in questo modo affermato il fondamento ermeneutico della protezione dei rifugiati nel diritto internazionale contemporaneo, riassumibile nell'assenza della protezione effettiva dello Stato di nazionalità. Tale concetto sarebbe stato ripreso nell'articolo 8 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951, nel quale si afferma:

«With regard to exceptional measures which may be taken against the person, property or interests of nationals of a foreign State, the Contracting States shall not apply such measures to a refugee who is formally a national of the said State solely on account of such nationality. Contracting States which, under their legislation, are prevented from applying the general principle expressed in this article, shall, in appropriate cases, grant exemptions in favour of such refugees»⁷⁰.

Accanto alla questione dello statuto giuridico dei rifugiati in tempo di guerra, vi era anche un altro punto da regolare per garantire una forma di

⁶⁹ PICTET (ed.), *IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: Commentary*, Geneva, 1958, p. 264, citato anche in JAQUEMET, *The Cross-Fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law*, IRRC, vol. 83, 2001, p. 651 ss., a p. 655.

⁷⁰ *Convention Relating to the Status of Refugees* (Convenzione di Ginevra), 28 July 1951, 189 UNTS 137, a p. 150, art. 8.

protezione ai rifugiati: i limiti del diritto dello Stato coinvolto in un conflitto di deportare gli stranieri presenti nel proprio territorio. Un divieto di deportazione di uno straniero o di un gruppo di stranieri, in assenza di ragioni imperative di tipo bellico o legate alla sicurezza nazionale, può essere desunto dall'articolo 45 della IV Convenzione di Ginevra, il cui paragrafo 4 sancisce a chiare lettere l'obbligo di *non-refoulement*, formulato nei seguenti termini:

«In no circumstances shall a protected person be transferred to a country where he or she may have reason to fear persecution for his or her political opinions or religious beliefs»⁷¹.

La *ratio* di tale divieto è identica a quella che avrebbe presieduto alla formulazione della norma sul *non-refoulement* nella Convenzione di Ginevra del 1951 che, come si vedrà nelle pagine che seguono, consisteva nell'esigenza, sentita dagli Stati parti, di interdire l'allontanamento dello straniero in presenza di un rischio persecutorio⁷².

Peraltro, va rilevato che l'articolo 45 estende la protezione degli stranieri contro l'allontanamento anche ad ipotesi in cui non ricorrano i presupposti del rischio persecutorio, caratterizzanti la norma della summenzionata Convenzione di Ginevra del 1951. Vieta, infatti, il trasferimento delle persone protette verso Paesi che non mostrano «*the willingness and ability*» di rispettare le altre disposizioni della IV Convenzione, riguardanti la protezione dei civili⁷³.

Infine, il medesimo articolo introduce una limitazione all'obbligo di *non-refoulement*, ritagliata attorno all'esigenza di garantire l'effettività della cooperazione intergovernativa nel settore della giustizia penale, escludendo il ricorso al principio di non respingimento come giustificazione per non assecondare una richiesta di estradizione per gravi reati di diritto comune⁷⁴. Per questa via, veniva riaffermata, anche nel diritto umanitario, la funzione dell'asilo e del divieto di *refoulement* quale reciproco dell'extradizione.

⁷¹ IV Convenzione di Ginevra, art. 45, par. 4. Cfr. anche art. 75 del I Protocollo addizionale, che però non riguarda soltanto le "persone protette", ma tutti coloro che si trovano in un luogo in cui si sta svolgendo un conflitto armato.

⁷² Cfr. *infra*, par. 6.

⁷³ IV Convenzione di Ginevra, art. 45, parr. 1-3: «*Protected persons shall not be transferred to a Power which is not a party to the Convention. This provision shall in no way constitute an obstacle to the repatriation of protected persons, or to their return to their country of residence after the cessation of hostilities. Protected persons may be transferred by the Detaining Power only to a Power which is a party to the present Convention and after the Detaining Power has satisfied itself of the willingness and ability of such transferee Power to apply the present Convention*».

⁷⁴ Ivi, par. 5, che recita: «*The provisions of this Article do not constitute an obstacle to the extradition, in pursuance of extradition treaties concluded before the outbreak of hostilities, of protected persons accused of offences against ordinary criminal law*».

4. Verso una codificazione organica di un "diritto dei rifugiati".

Con l'avvento del secolo breve, l'interesse della comunità internazionale nei confronti del problema mondiale dei rifugiati era destinato necessariamente a crescere in ragione degli squilibri demografici causati dai conflitti mondiali. Tuttavia, anche prima del 1915, si annoverano esempi di legislazioni nazionali che prevedevano specifiche disposizioni sul *non-refoulement*, come nell'*Aliens Act* emanato dal Parlamento britannico l'11 agosto 1905, la cui prima sezione, dopo aver enumerato le ipotesi in cui un immigrato dovesse essere considerato dalle guardie di confine un «*undesirable immigrant*», e quindi respinto alla frontiera, prevedeva la seguente eccezione:

«[I]n the case of an immigrant who proves that he is seeking to avoid prosecution or punishment on religious grounds or for an offence of a political character, or persecution involving danger of imprisonment or danger to life or limb on account of religious belief, leave to land shall not be refused»⁷⁵.

Al di là di isolati esempi come quello sopra riportato, tuttavia, la comunità internazionale venne messa di fronte al problema di definire il concetto giuridico di rifugiato e la protezione internazionale a esso connessa, soltanto nel primo dopoguerra. Dinanzi alle migrazioni forzate, per fame o per il rischio di persecuzione, di oltre un milione e mezzo di cittadini russi⁷⁶, infatti, andava crescendo la riluttanza degli Stati europei, già provati dalla guerra, a concedere asilo e si manifestava la tendenza a introdurre restrizioni all'ingresso di stranieri e politiche di espulsione di massa⁷⁷. Tali tendenze erano agevolate dalla circostanza che la gran parte di questi stranieri fosse priva di documenti di identità⁷⁸. Inoltre, a proposito degli stranieri di nazionalità russa va aggiunto che, anche quando in seguito al rimpatrio fossero riusciti a scampare alle

⁷⁵ Cfr. *Aliens Act 1905*, 5 Edw. 7, Chap. 13, p. 22 ss.

⁷⁶ Cfr. Conference des organisations russes, *Memorandum sur la question des réfugiés russes présenté au Conseil de la Société des Nations par la Conférence des Organisations Russes réunie a Paris en août 1921*, Paris, 1921, pp. 4-5.

⁷⁷ SKRAN, *Historical Development of International Refugee Law*, in ZIMMERMANN (ed.), *op. cit.*, p. 3 ss.; EINARSEN, *Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol*, in ZIMMERMANN (ed.), *op. cit.*, p. 37 ss.; SCHMAHL, *Article A, para. 1 1951 Convention*, in ZIMMERMANN (ed.), *op. cit.*, p. 247 ss.

⁷⁸ *Resolutions adopted by the Conference on the Question of Russian Refugees*, LN Doc. C.277.M.203.1921.VII (1921), pp. 2-3.

persecuzioni e alla fame, essi sarebbero in maggioranza rimasti apolidi, giacché con un decreto del 1921, il Comitato centrale esecutivo e il Consiglio dei commissari del popolo, avevano privato della cittadinanza tutte le persone residenti all'estero per più di cinque anni o che avessero lasciato la Russia dopo il 7 novembre 1917, senza l'autorizzazione del governo sovietico⁷⁹.

Fu in questo contesto storico che l'inquadramento giuridico della protezione dei rifugiati contro il rischio di allontanamento forzato nel Paese di origine, tradizionalmente legato alle ipotesi classiche di eccezione all'estradizione, si andò arricchendo di profili ulteriori⁸⁰. Un impulso concreto in tale direzione venne dalla Croce Rossa internazionale che, attraverso l'opera del suo Presidente, Gustav Ador, cercò di sensibilizzare la comunità internazionale sulla necessità di un intervento urgente per contenere le drammatiche conseguenze della crisi russa, attraverso la predisposizione di regole certe sul trattamento dei rifugiati, tali da sottrarre la concessione della protezione alla completa discrezionalità degli Stati.

Nel suo appello alla Società delle Nazioni, Ador pose per la prima volta la questione in un'ottica umanitaria⁸¹. In risposta, il 27 giugno 1921 la Società delle Nazioni istituì la figura dell'Alto Commissario per i rifugiati, nella persona del naturalista e diplomatico norvegese Fridtjof Nansen, cui fu attribuito il compito di garantire protezione giuridica e assistenza materiale ai rifugiati⁸². Sotto la direzione di Nansen, nel 1922 venne organizzata una conferenza a Ginevra, che si concluse con la redazione di un accordo sul rilascio di documenti di identità e di viaggio con validità internazionale ai rifugiati russi; due anni più tardi, un accordo simile fu negoziato con successo per risolvere la crisi degli armeni⁸³.

⁷⁹ Conference des organisations russes, cit., pp. 5-6. Cfr. WILLIAMS, *Denationalization*, BYIL, vol. 8, 1927, p. 45 ss.

⁸⁰ KÄLIN, CARONI, HEIM, *Article 33, para. 1 1951 Convention*, op. cit., p. 1336.

⁸¹ Cfr. PAGLIUCHI-LOR, *Profili storici della Convenzione di Ginevra: verso l'universalità della Convenzione di Ginevra (Protocollo di New York e successive adesioni)* in SAULLE (a cura di), *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, Roma, 2002, p. 28 ss.

⁸² ADAMS, *Extent and Nature of the World Refugee Problem*, *Annals AAPSS*, 1939, vol. 203, p. 26 ss.; HANSSON, *The Refugee Problem*, London, 1938; MACARTNEY, *Refugees: The Work of the League*, London, 1930; SIMPSON, *The Refugee Problem: Report of a Survey*, London, 1939.

⁸³ Si tratta rispettivamente dell'Accordo del 5 luglio 1922 e del Piano del 1924, emendati e integrati due anni dopo dall'Accordo del 12 maggio 1926 (che furono ratificati da venti Stati e che figurano tra gli accordi, convenzioni, protocolli, menzionati nell'art. 1/A/1 della Convenzione di Ginevra) e successivamente dall'Accordo del 30 giugno 1928 relativo allo status giuridico dei rifugiati russi e armeni, con l'aggiunta di altri tre gruppi di rifugiati (assiri o assiro-caldei, assimilati di origine siriana o curda, turchi), ratificato da soli dieci Stati. Cfr. *Arrangement with regard to the Issue of Certificates of Identity to Russian Refugees*, 5 July 1922, LNTS Vol. XIII, No. 355, p. 238; *Report of the Secretary General on the Future Organisation of Refugee Work*, LN Doc 1930 XIII.2, cit. anche in HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*,

Attraverso questi strumenti pattizi, Nansen riuscì a negoziare l'adozione di uno speciale documento d'identità e di viaggio per i rifugiati, in grado di ricostruirne l'identità e di favorirne l'integrazione negli Stati di accoglienza. Questo strumento, che sarebbe passato alla storia appunto come "passaporto Nansen", ebbe un successo enorme se commisurato alla delicatezza del tema e del momento storico, ottenendo un formale riconoscimento in cinquantadue Paesi⁸⁴.

Nel 1926, il Consiglio della Società delle Nazioni manifestò l'intenzione di estendere la protezione alle altre categorie di rifugiati che, come conseguenza del conflitto, si fossero venute a trovare in condizioni analoghe a quelle dei rifugiati russi e armeni⁸⁵. Tali categorie furono individuate in un rapporto dell'Alto Commissario⁸⁶ sulla base del presupposto che:

«All the other categories of refugees [...] who hitherto have had no means of subsistence and are unable in their present position to obtain any, will come within the sphere of activity of the permanent organisation of the League of Nations»⁸⁷.

Tuttavia, tale interpretazione del concetto di rifugiato venne considerata eccessivamente ampia, scontrandosi con un vasto dissenso in seno alla Società delle Nazioni⁸⁸, fondato sulla riflessione che «*there [was] a tendency to go beyond not what was reasonable, but what was possible*»⁸⁹.

Ciononostante, una breccia nel principio di discrezionalità assoluta degli Stati, in materia di ammissione/ingresso, soggiorno e movimento di stranieri nel territorio di loro giurisdizione, era stata aperta e un importante passo avanti era stato compiuto anche nella comprensione del problema dei rifugiati, che, in quegli anni, erano considerati una vera e propria "anomalia" nel diritto internazionale⁹⁰, non godendo né della condizione di reciprocità, che caratterizzava il rapporto tra Stati in merito al trattamento degli stranieri, né del

Cambridge, 2005, p. 86, nota 22. V. inoltre, NANSEN, *Armenian Refugees*, LN Doc. C. 237. 1924 e ID., *Russian Refugees: General Report on the Work Accomplished up to March 15, 1922*, LN Doc. C. 124. M. 74. 1922.

⁸⁴ JEAGER, *On the History of the International Protection of Refugees*, IRRC, vol. 83, 2001, p. 727 ss., a p. 729 ss.; CRÉPEAU, *op. cit.*, p. 58; HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto, 1991, pp. 2-3; HATHAWAY, *The Evolution of Refugee Status in International Law (1920-1950)*, ICLQ, vol. 33, 1984, p. 348 ss., a pp. 350-361.

⁸⁵ LN O.J., 8 (2), 1927, p. 155.

⁸⁶ *Report by the High Commissioner*, LN Doc. 1927.XIII.3 (1927), p. 14.

⁸⁷ Ivi, p. 7.

⁸⁸ LN O.J., 8(10), 1927, p. 1137.

⁸⁹ Ivi, p. 1138.

⁹⁰ UN DOC. E/1392, 11 July 1949, App. 1.

legame di cittadinanza con il proprio Stato di origine, che precludeva loro anche la facoltà di beneficiare della protezione diplomatica⁹¹.

La loro condizione era, dunque, esclusivamente regolata da trattati bilaterali⁹², che prevedevano non obblighi ma blande forme di cooperazione con l'ufficio tenuto da Nansen e la cui finalità era quella meramente pratica di risolvere un problema, per cui non avevano alcuna rilevanza i motivi che potevano aver indotto queste persone alla fuga. D'altra parte, ciò dipendeva anche dalla circostanza che non fosse stata elaborata una definizione di rifugiato dettagliata e generalmente accettata e che l'unico elemento individuato per connotare lo *status* di rifugiato era l'assenza di protezione da parte dello Stato di origine, con il quale erano negoziati, caso per caso, degli accordi a tutela di determinate categorie di persone⁹³.

Soltanto nel 1933 venne adottata, sotto l'egida della Società delle Nazioni, la Convenzione relativa allo statuto internazionale dei rifugiati⁹⁴, che ha rappresentato il primo esempio di trattato organico sulla materia e un modello per i redattori della successiva convenzione del 1951. In tale Convenzione era presente il principio di parità di trattamento e non discriminazione dei rifugiati rispetto ai cittadini dello Stato ospitante. Inoltre, per la prima volta in un trattato internazionale⁹⁵, venne sancito l'obbligo di *non-refoulement*. I primi due paragrafi dell'articolo 3 della Convenzione del 1933 affermavano, infatti:

«Chacune des Parties Contractantes s'engage à ne pas éloigner de son territoire par

⁹¹ HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., pp. 84-85: «The refugee is an alien in any and every country in which he may go. He does not have the last resort which is always open to the "normal alien" – return to his own country».

⁹² Ivi, p. 76-78. In realtà, vi erano esempi di trattati multilaterali in tema di asilo già sul finire degli anni Venti e nei primi anni Trenta, ma riguardavano il continente americano, dove la tradizione dell'asilo è sempre stata molto sentita. Sul punto si veda *supra*, i trattati indicati alla nota 29 e, in generale, sull'importanza dell'istituto dell'asilo in America latina v. *infra*, cap. 5.

⁹³ Come chiarito dall'UNHCR: «[T]he characteristic and essential feature of the problem was that persons classed as "refugees" have no regular nationality and are therefore deprived of the normal protection accorded to the regular citizens of the State». Cfr. *Report of the Secretary General on the Future Organisation of Refugee Work*, LN Doc 1930 XIII.2 in HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., p. 86, nota 22.

⁹⁴ *Convention relating to the International Status of Refugees*, 28 October 1933, LNTS Vol. CLIX, No. 3663, p. 200.

⁹⁵ Un precedente, sebbene confinato *ratione personarum* allo specifico caso dei russi e degli armeni, può essere individuato nella raccomandazione n. 7 adottata dalle Parti dell'accordo del 1928 (v. *supra*, nota 81), che affermava: «measures for expelling foreigners or for taking such other action against them [shall] be avoided or suspended in regard to Russian and Armenian refugees in cases where the person concerned is not in a position to enter a neighbouring country in a regular manner», escludendo ovviamente dalla protezione i rifugiati che avevano effettuato un ingresso irregolare nel territorio dello Stato. Cfr. *Arrangement of 30 June 1928 relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees*, LNTS Vol. LXXXIX, No. 2005.

application de mesures de police, telles que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés ayant été autorisés à y séjourner régulièrement, à moins que les dites mesures ne soient dictées par des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. Elle s'engage, dans tous les cas, à ne pas refouler les réfugiés sur les frontières de leur pays d'origine»⁹⁶.

Dunque, mentre il primo paragrafo configurava un divieto generale di espulsione e di *refoulement* dei rifugiati regolarmente residenti nel territorio dello Stato, il secondo paragrafo, sanciva un divieto assoluto di riconduzione dei rifugiati alle frontiere del Paese di origine, non soggetto alle limitazioni di cui al par. 1⁹⁷. La traduzione inglese del Segretario della Società delle Nazioni, del par. 2 dell'articolo 3 della Convenzione, redatta nella sola lingua ufficiale francese, suggeriva, peraltro, un'interpretazione sottilmente differente del divieto di *refoulement*, giacché prevedeva:

«[Each of the Contracting Parties] undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontier of their countries of origin»⁹⁸.

In altre parole, mentre la versione francese poneva l'accento sulla natura assoluta del divieto di rimpatrio dei rifugiati nel proprio Paese d'origine, il testo inglese appariva prospettare una sorta di "diritto" di ingresso del rifugiato che non potesse essere rimpatriato nel territorio dello Stato parte della Convenzione, soprattutto nel caso in cui il Paese ospitante confinava con il Paese di origine del rifugiato⁹⁹.

In ogni caso, il Regno Unito, che insieme alla Francia giocava un ruolo cruciale nello sviluppo del diritto internazionale in quell'epoca, appose una riserva proprio al par. 2 dell'art. 3 della Convenzione di Ginevra¹⁰⁰ che, peraltro, fu ratificata da soli otto Stati, tre dei quali apposero riserve e dichiarazioni

⁹⁶ Sui lavori preparatori della Convenzione del 1933 v. *Proces-verbaux de la Conference Intergouvernementale pour les Réfugiés*, LN Doc. C. I 13.M.41. 1934, pp. 23-24; pp. 47-48; p. 82; Doc. L.S.C. 14. 1933.

⁹⁷ La *ratio* alla base di tale previsione risiedeva nella circostanza storica che l'Unione sovietica non riammettesse i propri rifugiati che, ai sensi del codice penale di tale Stato, andavano incontro alla pena capitale se fermati in territorio russo senza autorizzazione. V. *supra*, il testo corrispondente alla nota 77.

⁹⁸ LNTS Vol. CLIX, p. 205.

⁹⁹ KÄLIN, CARONI, HEIM, *Article 33, para. 1 1951 Convention*, *op. cit.*, p. 1337. *Contra*, v. STENBERG, *Non-Expulsion and Non-Refoulement: The Prohibition Against Removal of Refugees with Special Reference to Articles 32 and 33 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, Uppsala, 1989, p. 42 ss.

¹⁰⁰ Cfr. JEAGER, *op. cit.*, p. 731.

interpretative all'atto della ratifica¹⁰¹. La fredda accoglienza riservata alla Convenzione era un chiaro segno del desiderio degli Stati di conservare la sovranità assoluta nelle questioni relative all'ingresso e al soggiorno degli stranieri, come fu peraltro comprovato dal sostanziale fallimento del successivo, seppur meno ambizioso, Accordo Provvisorio del 1936 sui rifugiati provenienti dalla Germania, cui aderirono solo sette Paesi¹⁰².

Nonostante il ridottissimo numero di ratifiche, siffatto accordo aggiunse un ulteriore tassello nella definizione di rifugiato. Infatti, accanto al divieto di *refoulement* e al diritto di accesso alla giustizia, introdusse la condizione che poi sarebbe divenuta fondamentale al fine del riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero il concetto di persecuzione politica. Inoltre, l'Accordo Provvisorio sui rifugiati provenienti dalla Germania venne trasformato, il 10 febbraio 1938, in una Convenzione¹⁰³, il cui articolo 5, par. 3, lett. a), pur senza menzione del termine "*refoulement*", accoglieva *in nuce* un principio assimilabile a quello espresso all'articolo 3 della Convenzione sullo statuto internazionale dei rifugiati del 1933¹⁰⁴.

In tal modo, sul volgere degli anni Trenta iniziavano a delinearsi i contorni del nascente alveo di tutela internazionale dei rifugiati. La seconda guerra mondiale avrebbe, tuttavia, bruscamente interrotto tale processo. Nel 1938, anche l'Ufficio Nansen per i rifugiati¹⁰⁵, costituito nell'autunno 1930 e operativo dalla primavera del 1931, come successore dell'Ufficio dell'Alto Commissario (ovvero della prima agenzia internazionale istituita dalla Società delle Nazioni

¹⁰¹ L'Italia, l'Egitto e il Regno Unito apposero riserve. V. UNSG, UN Doc. E/1112 (1949), p. 78 ss. Cfr. GOODWIN-GILL, *The Principle of Non-Refoulement. Its Standing and Scope in International Law. A Study prepared for the Division of International Protection, UNHCR, 1993*, p. 7.

¹⁰² V. UNSG, UN Doc. E/1112 (1949), p. 112 ss.

¹⁰³ L'accordo provvisorio del 4 luglio 1936 venne trasformato, il 10 febbraio 1938, in una Convenzione ed esteso l'anno successivo ai rifugiati austriaci vittime di persecuzioni naziste come Protocollo del 14 settembre 1939. Quest'ultimo, tuttavia, fu ratificato da soli tre Stati. Cfr. *Convention concerning the Status of Refugees Coming From Germany*, 10 February 1938, LNTS Vol. CXCII, No. 4461.

¹⁰⁴ *Ibid.*: «The High Contracting Parties undertake not to reconduct refugees to German territory unless they have been warned and have refused, without just cause, to make the necessary arrangements to proceed to another territory or to take advantage of the arrangements made for them with that object». In argomento v. GORTÁZAR ROTAECHÉ, *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*, Madrid, 1997, p. 289 ss.

¹⁰⁵ Cfr. *Nansen International Office for Refugees. Report by the Governing Body to the Twelfth Assembly of League of Nations* [A.27. 1931.] e *Statutes of Nansen International Office for Refugees as Approved by the Council on January 19th, 1931*, LN O.J., February 1931, pp. 309-311.

al principio degli anni Venti per gestire il problema dei rifugiati) cessò le proprie attività¹⁰⁶, lasciando i rifugiati privi di qualsiasi tutela.

5. *La creazione dell'Alto Commissariato per i rifugiati in seno alle Nazioni Unite.*

Soltanto dopo la nascita delle Nazioni Unite si tornò a dibattere delle questioni legate all'asilo e alla protezione internazionale. Un impulso determinante in questo senso provenne da una delle prime risoluzioni dell'Assemblea Generale, la Risoluzione n. 8 (1) del 12 febbraio 1946, con la quale si enunciava espressamente il principio che i rifugiati o gli sfollati, che avessero opposto validi motivi al proprio rimpatrio, non dovevano essere coattivamente deportati nel Paese di origine¹⁰⁷. A questa Risoluzione fece seguito, nello stesso anno, l'istituzione di un'importante agenzia specializzata dell'ONU: l'*International Refugee Organization*¹⁰⁸. L'IRO aveva un mandato di durata limitata¹⁰⁹, ma poteri molto estesi: in primo luogo, *ratione loci*, con il superamento dell'approccio settoriale, consistente nell'approntare specifiche tutele per determinati gruppi etnici di rifugiati, come era avvenuto nel caso dei russi, degli armeni e degli ebrei tedeschi, e l'ampliamento del raggio d'azione al

¹⁰⁶ V. *Report by M. Michael Hansson, Former President of the Governing Body of the Nansen International Office for Refugees, on the Activities of the Office from July 1st to December 31st, 1938* [A. 19. 1939. xii] (1939. xii. B.2).

¹⁰⁷ Cfr. UNGA, Res. 8(1), 12 February 1946, par. (c)(ii): «no refugees or displaced persons who have finally and definitely, in complete freedom, and after receiving full knowledge of the facts, including adequate information from the governments of their countries of origin, expressed valid objections to returning to their countries of origin and who do not come within the provisions of paragraph (d) below, shall be compelled to return to their country of origin. The future of such refugees or displaced persons shall become the concern of whatever international body may be recognized or established as a result of the report referred to in paragraphs (a) and (b) above, except in cases where the government of the country where they are established has made an arrangement with this body to assume the complete cost of their maintenance and the responsibility for their protection».

¹⁰⁸ Cfr. *Constitution of the International Refugee Organization*, 20 August 1948, 18 UNTS 283 (Annex II). L'IRO sostituì l'UNRRA (United Nations Relief and Rehabilitation Administration), organizzazione fondata il 9 novembre 1943, durante la Conferenza di Washington, alla quale aderirono quarantaquattro nazioni, con lo scopo di «plan, co-ordinate, administer or arrange for the administration of measures for the relief of victims of war in any area under the control of any of the United Nations through the provision of food, fuel, clothing, shelter and other basic necessities, medical and other essential services». Cfr. *UNRRA Agreement*, artt. 1-2. In argomento, v. WOODBRIDGE, *UNRRA: the History of the United Nations Relief and Rehabilitation Administration*, New York, 1950, p. 12.

¹⁰⁹ L'IRO cessò di esistere nel gennaio 1952. Cfr. HOLBORN, *The International Refugee Organization: A Specialized Agency of the United Nations, Its History and Work 1946-1952*, Oxford, 1956, p. 200.

fine di consentire all'organizzazione di gestire il problema complessivo dei rifugiati europei al termine del secondo conflitto mondiale. Inoltre, i poteri dell'IRO apparivano rilevanti anche *ratione materiae*, essendo il primo organismo internazionale in grado di occuparsi non soltanto del rimpatrio dei rifugiati, ma anche del loro reinsediamento¹¹⁰. Anche in questo caso, la comunità degli Stati non si mostrò pronta ad alienare neppure minime porzioni di sovranità a favore di un'agenzia specializzata posta a tutela di interessi individuali¹¹¹.

Tuttavia, il problema dei rifugiati iniziava a incancrenirsi e a minare le fondamenta del potere di controllo dei confini statuali in buona parte dei Paesi europei, il che spinse l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nel dicembre del 1949, ad istituire una nuova agenzia internazionale per la gestione del problema dei rifugiati, l'Ufficio dell'Alto Commissariato per i rifugiati¹¹², il cui statuto fu adottato con la Risoluzione 428 (V) del 14 dicembre 1950¹¹³. In quella stessa data, con la Risoluzione 429 (V) l'Assemblea decise di conferire alla Conferenza dei Plenipotenziari il mandato per redigere il testo della Convenzione sullo *status* di rifugiato¹¹⁴.

L'Alto Commissariato nacque come organo sussidiario dell'Assemblea Generale, istituito *ex* articolo 22 della Carta delle Nazioni Unite¹¹⁵ con lo scopo statutario di gestire il problema internazionale dei rifugiati europei dopo il secondo conflitto mondiale. Il suo mandato, generale e universale, era

¹¹⁰ Nelle sue funzioni rientravano l'identificazione, la registrazione, la classificazione, l'assistenza, la protezione giuridica e politica dei rifugiati e, come *extrema ratio*, il loro rimpatrio. Tra il 1947 e il 1951, l'IRO rimpatriò appena settantatré mila persone, assistendo un milione a reinsediarsi in Paesi terzi come le Americhe, Israele, Sud Africa e Oceania. Cfr. HOLBORN, cit., p. 365 ss.

¹¹¹ Ad esempio, la politica dei reinsediamenti in Paesi terzi fu aspramente avversata dai Paesi del blocco orientale, i quali sostennero che offrire rifugio a gruppi sovversivi avrebbero costituito una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale. Inoltre, la maggior parte degli Stati membri non concluse accordi di mandato con l'IRO, con il conseguente limite operativo derivante dalla necessaria previa richiesta di autorizzazione *ad hoc* dello Stato interessato. Soltanto Francia, Belgio, Italia e Lussemburgo diedero seguito agli obblighi derivanti dall'adesione all'IRO. Cfr. HOLBORN, cit., p. 489 ss.

¹¹² UN Doc. A/RES/319 (IV), 3 December 1949.

¹¹³ UN Doc. A/RES/428 (V), 14 December 1950 (Statuto UNHCR).

¹¹⁴ UN Doc. A/RES/429 (V), 14 December 1950.

¹¹⁵ Per una riflessione sulla natura dell'ente, v. KANAKO, *Genuine Protection of International Refugees: A Study of the Influence of Western States on the Mandate of the UNHCR*, *Asian YIL*, vol. 11, 2003-2004, p. 89 ss., a p. 97; SMRKOLJ, *International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination*, in BOGDANDY ET AL. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, 2010, p. 165 ss., a p. 178.

inizialmente a scadenza triennale¹¹⁶, ed è stato di volta in volta rinnovato dall'Assemblea Generale sino al 2004, quando si è deciso di estenderlo «*until the refugee problem is solved*»¹¹⁷. All'Alto Commissariato fu inizialmente affiancato un Comitato consultivo, nominato dal Consiglio Economico e Sociale con il compito di fornire pareri¹¹⁸. Nel 1954, tale Comitato fu sostituito da un organo esecutivo con funzione d'indirizzo dell'UNHCR nell'espletamento del suo programma¹¹⁹, che solo quattro anni più tardi avrebbe assunto la propria configurazione definitiva come Comitato esecutivo del Programma dell'Alto Commissariato, incaricato di determinare gli indirizzi generali alla base della pianificazione, dello sviluppo e dell'amministrazione dei programmi e dei progetti dell'UNHCR¹²⁰.

6. Il non-refoulement nei travaux préparatoires della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato.

La Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato venne adottata il 28 luglio 1951 ed entrò in vigore nel 1954 al deposito del sesto strumento di ratifica. Il sistema internazionale di protezione dei rifugiati fu completato, nel 1967, con l'adozione del Protocollo di New York¹²¹, attraverso il quale sono state in parte rimosse le limitazioni spaziali e temporali, previste dall'articolo 1 B della Convenzione, in base alle quali la nozione di rifugiato era applicabile ai soli individui che fossero divenuti tali in seguito a eventi accaduti entro i confini europei prima del gennaio 1951 ed era lasciata alle Alte Parti contraenti la facoltà di dichiarare l'accettazione degli obblighi convenzionali anche altrove¹²².

¹¹⁶ Res. 319 A (IV), cit., Annex, par. 9.

¹¹⁷ UN Doc. A/RES/58/153, 24 February 2004, par. 9.

¹¹⁸ UN Doc. E/RES/393 (XIII), 10 September 1951.

¹¹⁹ UN Doc. A/RES/832 (IX), 21 October 1954.

¹²⁰ UN Doc. E/RES/672 (XXV), 30 April 1958.

¹²¹ *Protocol relating to the Status of Refugees of 31 January 1967* (Protocollo di New York), 606 UNTS 267 / [1973] ATS 37.

¹²² Come noto, tali limitazioni erano state introdotte su pressione di taluni Stati, come gli Stati Uniti, che temevano che una definizione troppo generale di rifugiato diventasse una sorta di "assegno in bianco" ("*blank check*") per i potenziali beneficiari (v. UN Doc. E/AC.32/SR.3, par. 37). Nel 1964, l'Alto Commissario Schnyder, appoggiato dal delegato belga nell'ExCom, aveva proposto la convocazione di un gruppo di esperti per risolvere il problema della protezione di nuove categorie di rifugiati, la cui tutela non poteva essere fatta rientrare nei termini della Convenzione di Ginevra. Gli esperti, riunitisi a Bellagio dal 21 al 28 aprile 1965 nel *Colloquium on Legal Aspects of Refugee Problems*, decisero di rimuovere i limiti contenuti all'articolo 1 B della

Come si è avuto modo di sottolineare nelle pagine che precedono, l'adozione della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato rappresenta il coronamento del lungo e travagliato processo di sviluppo di un regime internazionale di protezione dei rifugiati, rispetto al quale la prassi degli Stati era stata sin da subito assai ambivalente, alla ricerca di una quadratura del cerchio tra l'esigenza di approntare un regime internazionale di protezione di coloro che fuggivano dalle persecuzioni, resa più urgente dal recente trauma del secondo conflitto mondiale, e la manifestazione di una risoluta volontà di conservare piena discrezionalità in materia di asilo. Siffatta ambivalenza giocò un ruolo importante anche in sede di negoziati per l'adozione della Convenzione di Ginevra del 1951. I negoziati si svolsero in prima battuta in seno a un Comitato *ad hoc* dell'ECOSOC¹²³ e all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite¹²⁴ e successivamente alla Conferenza dei plenipotenziari sullo

Convenzione attraverso lo strumento di un Protocollo opzionale. Tale proposta venne approvata dall'ExCom nel novembre 1966. La rimozione del limite geografico si rivolge esclusivamente a quegli Stati che hanno ratificato la Convenzione prima dell'adozione del Protocollo, mentre gli Stati che hanno aderito al sistema di Ginevra dopo l'entrata in vigore del Protocollo hanno dovuto accettare il testo convenzionale senza potersi avvalere di alcuna riserva spazio-temporale. L'accordo ha lasciato impregiudicate le dichiarazioni rese, in base all'articolo 1 B (1) (a) della Convenzione di Ginevra, dagli Stati membri originari e non ritirate (in base all'articolo 1 B (2)), alla data di entrata in vigore del Protocollo. La scelta di utilizzare un Protocollo piuttosto che procedere con un emendamento della Convenzione era stata dettata dalla difficoltà di emendare la Convenzione. Cfr. Colloquium on the Legal Aspects of Refugee Problems, Note by the High Commissioner, A/AC.96/INF.40, 5 May 1965. In argomento v. LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003, p. 87 ss., a p. 101 ss.

¹²³ I negoziati si svolsero in seno a un Comitato *ad hoc*, istituito l'8 agosto 1949 dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (cfr. ECOSOC, *Resolution 248 B (IX) of 8 August 1949*), con l'incarico di «*consider the desirability of preparing a revised and consolidated convention relating to the international status of refugees and stateless persons and, if they consider such a course desirable, draft the text of such a convention*». Il Comitato si riunì in due sessioni, durante la prima nella veste di Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems (dal 16 gennaio al 16 febbraio 1950). Durante questa sessione, il Comitato decise, *inter alia*, di concentrarsi sul problema dei rifugiati, rimandando le questioni relative agli apolidi a un successivo sforzo codificatorio, che si sarebbe concluso con l'adozione della *Convention relating to the Status of Stateless*, adottata il 28 settembre 1954 dalla Conferenza dei plenipotenziari convocata dall'ECOSOC con Risoluzione 526 A (XVII) del 26 aprile 1954; entrata in vigore il 6 giugno 1960 in conformità all'articolo 39 (cfr. ECOSOC, *Summary Record of the Twentieth Meeting, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session*, UN Doc. E/AC.32/SR.20, (1950), 11-12, parr. 54-55). Per la bozza di convenzione sui rifugiati prodotta dal Comitato in prima sessione, cfr. ECOSOC, *Report of the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Provisional draft of parts of the definition article of the preliminary draft convention relating to the status of refugees, prepared by the Working Group on this article* (E/AC.32/L.6 and Corr. 1 and Rev.1, 23 January 1950).

¹²⁴ La bozza di Convenzione del Comitato *ad hoc* istituito dall'ECOSOC, fu rivista da quest'ultimo che si occupò soprattutto del preambolo e dell'articolo 1 sulla definizione di rifugiato (E/1703, Add. 1 to 7, E/1704, Corr.1 and 2, E/SR.399, A/SR.406-407). L'ECOSOC riunì

status dei rifugiati e degli apolidi, cui fu conferito l'incarico di perfezionare il testo dell'accordo dall'Assemblea Generale stessa nel dicembre 1950¹²⁵.

I lavori preparatori della Convenzione offrono una pluralità di visioni e di chiavi di lettura dei concetti alla base del diritto dei rifugiati, dei quali non si può e non si vuole dar conto in questa sede, nella consapevolezza della quantità e della qualità degli studi che si sono occupati di offrirne una rilettura critica¹²⁶. Ai nostri fini, è tuttavia utile richiamare l'attenzione sul contesto storico in cui tale negoziato si svolse, in quanto esso spiega in larga misura le difficoltà incontrate nella codificazione di meccanismi duraturi di protezione dei rifugiati¹²⁷. Nell'articolo 2 della Carta delle Nazioni Unite si affermava, infatti, l'irrinunciabilità dei principi di sovranità, indipendenza e non ingerenza negli affari interni degli Stati. La preminenza di questi valori fondanti il nuovo ordine mondiale trovava, come si è ricordato sopra¹²⁸, un riflesso - in relazione al trattamento degli stranieri - nell'articolo 14, par. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ovvero nella mancata affermazione di obblighi internazionali in capo agli Stati in materia di asilo. Questa è la chiave di lettura dei motivi per cui la Convenzione di Ginevra non contiene alcun riferimento all'asilo e non chiarisce il rapporto giuridico tra il concetto di asilo e quello di rifugio, limitandosi a imporre agli Stati parti il riconoscimento di uno

nuovamente il Comitato *ad hoc* in seconda sessione, ora nella veste di Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons (ECOSOC, Res. 319 B (XI), 11 August 1950), che operò dal 14 al 25 agosto 1950) e sottopose infine la versione integrata del testo all'attenzione dell'Assemblea Generale (E/1850, annex, A/AC.32/8, annex) e della Terza Commissione (A/C.3/SR.324 a 330, 332, 334, 337 e 338).

¹²⁵ UNGA, Res. 429 (V), cit. Con la decisione di conferire l'incarico a una Conferenza dei Plenipotenziari, che si tenne a Ginevra dal 2 al 25 luglio 1951, senza limitarsi a un comitato di esperti, seppure rappresentanti dei governi, si voleva garantire la più ampia convergenza sul testo della Convenzione, evitando, così, di incorrere negli errori del passato. Il testo fu adottato con ventiquattro voti a favore e le due astensioni dell'Iraq e degli Stati Uniti. Gli Stati partecipanti erano: diciassette europei (Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Principato di Monaco, Repubblica Federale di Germania, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, Santa Sede, Svezia, Svizzera, Turchia e Jugoslavia) cinque americani (Brasile, Canada, Colombia, Stati Uniti, Venezuela), due asiatici (Israele e Iraq), uno Stato africano (Egitto) e uno Stato dell'Oceania (Australia). Per la versione definitiva del testo adottato dai plenipotenziari cfr. UN Docs. A/CONF.2/108/Rev.1, A/CONF.2/102/Add.2 e A/CONF.2/105.

¹²⁶ Su tutti cfr. WEIS, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analyzed with Commentary*, Cambridge, 1995; GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951: Article 2-11, 13-37*, vol. III, UNHCR, Geneva, 1963; TAKKENBERG, TAHBAZ, *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Amsterdam, 1990; EINARSEN, *op. cit.*, p. 37 ss.

¹²⁷ Cfr. GOODWIN-GILL, *Convention Relating to the Status of Refugees. Protocol Relating to the Status of Refugees*, in *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2008, p. 1, accessibile online all'indirizzo: [www.un.org/law/avl].

¹²⁸ V. *supra*, par. 3.

status di protezione ai rifugiati¹²⁹. Le medesime ragioni storiche possono tornare utili per comprendere la funzione assegnata all'istituendo regime di protezione internazionale dei rifugiati, ovvero quella di risolvere il problema pratico e contingente dei movimenti forzati transfrontalieri dopo la seconda guerra mondiale, secondo un approccio "reattivo", che per definizione non poteva contemplare né la protezione dei "futuri" rifugiati, né dei c.d. "sfollati interni" ed escludeva altresì un'azione di prevenzione del problema.

L'adozione di una definizione del termine "rifugiato" offrì un primo saggio delle difficoltà che si sarebbero incontrate, in sede di lavori preparatori, nel tentativo di codificare un regime coerente e armonico di protezione internazionale. Difatti, la formulazione del concetto di rifugiato rappresenta il principale compromesso alla base della Convenzione di Ginevra. Essa fu il frutto di una mediazione tra la posizione degli Stati che desideravano istituire un sistema di protezione ispirato alla logica degli strumenti pattizi in materia, sviluppatasi negli anni Trenta, ovvero articolato in categorie o gruppi di individui bisognosi di protezione¹³⁰, e quella dei Paesi, soprattutto europei, che desideravano imprimere alla definizione di rifugiato gli indirizzi emergenti dal nascente diritto internazionale dei diritti umani¹³¹. L'importante risultato del superamento della logica della protezione di specifici gruppi e categorie e dell'accettazione di una definizione generale del termine rifugiato, dunque, non fu ottenuto senza una contropartita, consistente nella formulazione estremamente generica del termine rifugiato, la cui unica caratterizzazione era rappresentata dal concetto di "*fondato timore di persecuzione*" per motivi politici e religiosi. Inoltre, per scongiurare la temuta evenienza che la Convenzione estendesse le garanzie di protezione ai futuri rifugiati, staccando il neonato

¹²⁹ La contestualizzazione della Convenzione dà anche la misura del rilievo assunto dall'obbligo di *non-refoulement* nel trattato. Infatti, pur attribuendo al richiedente asilo il diritto di presentare la domanda, l'articolo 1 della stessa non offriva alcuna garanzia che la medesima venisse accolta dalle autorità competenti presso lo Stato di destinazione. Al contrario, il divieto di respingimento s'imponesse in modo del tutto oggettivo allo Stato stesso, qualora ricorressero le condizioni indicate all'articolo 33, perciò stesso superando il *vulnus* originario della mancata affermazione di obblighi internazionali in capo agli Stati in materia di asilo, che caratterizzava l'articolo 14, par. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

¹³⁰ I capofila erano gli Stati Uniti, la preoccupazione di evitare la codificazione di una nozione generale del termine "rifugiato". Sui dibattiti in merito all'art. 1 della Convenzione in Assemblea Generale delle Nazioni Unite, tanto in seduta plenaria che nella Terza Commissione, cfr. UN Docs. A/C.3/L.131/Rev.1, A/1682, annex, A/PV.325.

¹³¹ Si tratta dei diritti contenuti nella Dichiarazione universale e, in particolare, dell'art. 2, sul principio di eguaglianza e non discriminazione nel godimento dei diritti; dell'art. 9 sull'*habeas corpus*; dell'art. 13, sulla libertà di movimento e sull'obbligo di riammissione dei proprio cittadini in capo allo Stato di nazionalità; e, ovviamente, dell'art. 14, di cui si è parlato nel paragrafo 3 del presente capitolo.

regime di protezione internazionale dalla logica della temporaneità e della gestione del problema contingente¹³², furono previste le due importanti limitazioni operative di cui si è già detto: una riserva temporale, volta ad escludere dal beneficio della protezione le persone che, pur rientrando nella definizione adottata dalla Convenzione, erano divenute rifugiate a seguito di avvenimenti posteriori al 1° gennaio 1951; e una riserva geografica, che autorizzava gli Stati contraenti a circoscrivere gli obblighi assunti mediante la ratifica della Convenzione alla protezione dei rifugiati europei. Ciononostante, in base all'articolo 42 della Convenzione, alcuna riserva poteva essere apposta alla norma contenuta nell'articolo 1 sulla definizione di rifugiato, né all'altra norma cardine del trattato: l'articolo 33.

La determinazione del contenuto, della portata, degli effetti giuridici e delle eccezioni di quest'ultima, rappresentò l'altro nodo cruciale attorno al quale si raccolse l'interesse dei partecipanti ai lavori preparatori. Già durante i lavori del Comitato *ad hoc* sull'apolidia e i problemi connessi, infatti, era emersa la difficoltà di raggiungere una posizione comune attorno alla necessità di prevedere un divieto assoluto di *refoulement*. La bozza di disposizione contenente tale norma, l'articolo 24 - rubricato «*Exclusion and Non-Admittance*»¹³³ e statuente siffatto obbligo in termini assoluti al par. 3 - fu oggetto di una proposta di emendamento proveniente dal Regno Unito e volta a prevedere un'eccezione al divieto di *refoulement* per ragioni di sicurezza nazionale¹³⁴. Tale proposta venne, tuttavia, accantonata poiché si disse che, se accolta, avrebbe sostanzialmente svuotato di significato la tutela prevista¹³⁵. Dunque, la bozza successiva, contenuta nell'articolo 28, non contemplava eccezioni al divieto di *refoulement* posto in capo alle Alte Parti contraenti. Essa era formulata nei termini che seguono:

¹³² Secondo Goodwin-Gill, l'introduzione delle due limitazioni era prova lampante della «*reluctance of States to sign a "blank cheque" for unknown numbers of future refugees*». Cfr. ID., *Convention Relating to the Status of Refugees Protocol Relating to the Status of Refugees*, cit., p. 2.

¹³³ La bozza di articolo 24 così recitava: «*Each of the High Contracting Parties undertakes in any case not to turn back refugees to the frontiers of their countries of origin, or to territories where their life or freedom would be threatened on account of their race, religion, nationality or political opinions*». V. Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, UN Doc. E/AC.32/2 Annex (1950), p. 45.

¹³⁴ V. Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, UN Doc. E/AC.32/SR. 20 (1950), p. 4, parr. 10-12.

¹³⁵ Ivi, parr. 13-15 per l'intervento del delegato belga, Cuvelier, supportato da quello statunitense, Henkin.

«No Contracting State shall expel or return a refugee in a manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality or political opinion»¹³⁶.

L'opportunità di prevedere un'eccezione al divieto assoluto di *refoulement* fu ridiscussa durante la seconda sessione del Comitato *ad hoc*, in seguito all'opposizione di taluni Stati all'adozione di una norma che non prevedesse, in via di eccezione, la possibilità di escludere dal beneficio del *non-refoulement* i criminali internazionali e gli individui che potessero costituire una minaccia per l'ordine pubblico¹³⁷; tuttavia, nell'impossibilità di coagulare il consenso attorno a una o all'altra impostazione dell'articolo 28, la questione venne lasciata aperta, al fine di essere dibattuta in sede di Conferenza dei Plenipotenziari¹³⁸.

Il secondo paragrafo dell'articolo, che esclude dal beneficio del *non-refoulement* il rifugiato rispetto al quale ci siano «*reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country*», venne aggiunto durante la Conferenza dei Plenipotenziari, sulla scorta di due proposte di emendamento, una anglo-francese¹³⁹, l'altra svedese¹⁴⁰. Mentre quest'ultima riformulava l'intero testo della norma, estendendo la protezione ai "membri di un particolare gruppo sociale", contemplando l'ipotesi di *refoulement* c.d. "a catena" e introducendo un'eccezione nel solo caso in cui il rifugiato costituisse una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, la prima lasciava intatto il par. 1 dell'articolo e si limitava ad aggiungerne un secondo, in cui erano articolate le

¹³⁶ Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, UN Doc. E/AC.32/L.32 (1950), p. 12; UN Doc. E/AC.32/SR.25 (1950), p. 12, par. 53.

¹³⁷ Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, UN Doc. E/AC.32/L.40 (1950), p. 30 ss. e p. 57 per la posizione favorevole all'introduzione dell'eccezione del Regno Unito e UN Doc. E/AC.32/SR.40 (1950), p. 31 ss. per la posizione favorevole della Svizzera e per le posizioni contrarie di Stati Uniti, Francia e Danimarca.

¹³⁸ Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, UN Docs. E/1850 e E/AC.32/8 (1950), p. 13.

¹³⁹ Conference of Plenipotentiaries, UN Doc. A/CONF.2/69 (1951): «*The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is residing, or who, having been lawfully convicted in that country of particularly serious crimes or offences, constitutes a danger to the community thereof.*».

¹⁴⁰ Conference of Plenipotentiaries, UN Doc. A/CONF.2/70 (1951): «*No Contracting State shall expel or return in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion, or where he would be exposed to the risk of being sent to a territory where his life or freedom would thereby be endangered. By way of exception, however, such measures shall be permitted in the case where the presence of a refugee in the territory of a Contracting State would constitute a danger to national security or public order.*».

due distinte ipotesi di esclusione del rifugiato dal beneficio del *non-refoulement* che, con risibili aggiustamenti, sarebbero poi state adottate nel testo definitivo dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra¹⁴¹.

Va notato che la previsione dell'eccezione poneva l'articolo 33 nel solco della tradizionale esclusione dal beneficio della protezione internazionale di coloro che non potevano esserne ritenuti meritevoli. Peraltro, l'esegesi dell'eccezione al divieto di *refoulement* sarebbe stata sin da subito complicata dall'esistenza, all'articolo 1 (F), di una causa eccezzuativa strutturata in modo simile, seppur riguardante la definizione di rifugiato¹⁴². A sua volta, quest'ultima norma trovava un precedente nell'articolo 14, par. 2 della Dichiarazione universale, nella Risoluzione n. 8 (1) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 12 febbraio 1946, nello Statuto dell'IRO, e in quello dell'UNHCR¹⁴³. Inoltre, come si vedrà nei capitoli che seguono, la presenza delle clausole eccezzuative della protezione legate alla commissione di gravi reati di diritto comune o di gravi violazioni dei fondamentali principi di umanità caratterizza pressoché tutti gli strumenti internazionali in materia di rifugiati sviluppatisi sul modello della Convenzione di Ginevra¹⁴⁴.

L'introduzione di queste clausole, così come dell'eccezione al divieto di *refoulement*, risponde alla logica di evitare un abuso del diritto di asilo e di proteggere le comunità nazionali del Paese ospitante. Come affermato dal delegato francese Rochefort:

¹⁴¹ Il testo emendato fu approvato con diciannove voti favorevoli e tre astensioni. V. UN Doc. A/CONF.2/SR.16 (1951), p. 17.

¹⁴² In merito al potenziale *overlap* tra l'art. 33, par. 2 e l'art. 1, lett. F) della Convenzione di Ginevra del 1951, cfr. Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Summary Record of the Thirty-fifth Meeting*, 3 December 1951, spec. la posizione del delegato britannico Mr Hoare sulla necessità di qualificare l'eccezione di cui al par. 2, dell'art. 33 nel senso da escludere la protezione solo nei confronti di rifugiati accusati da una giurisdizione di ultima istanza di aver commesso un grave delitto nel Paese di asilo, il problema posto dal delegato svedese Petren della potenziale commissione di un reato grave in un Paese di transito, le perplessità sollevate dal delegato francese Rochefort sulla formulazione delle due norme, in ragione di una «*distinct and somewhat uncomfortable inconsistency between the provisions of paragraph 1 of article 33 and those of article 1*». Sull'argomento si tornerà nel capitolo 2 del presente scritto.

¹⁴³ Tali strumenti sono stati esaminati nei paragrafi 3 e 5 del presente capitolo. In particolare l'art. 7 (d) dello Statuto dell'UNHCR recita: «*According to Article 7(d) of the UNHCR's Statute, the competence of the High Commissioner shall not extend to a person in respect of whom there are serious reasons that he has committed a crime covered by the provisions of the treaties of extradition or a crime mentioned in Article VI of the London Charter of the International Military Tribunal or by the provisions of Article 14, Paragraph 2, of the Universal Declaration of Human Rights*».

¹⁴⁴ V. ad es. art. 1, par. 5 della OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (Convenzione OUA), 10 September 1969, 1001 UNTS 45. In argomento KAPFERER, *Article 14(2) of the Universal Declaration of Human Rights and Exclusion from International Refugee Protection*, RSQ, vol. 27, 2008, p. 53 ss.

«[T]he possibility of a refugee committing a crime in a country other than his country of origin or his country of asylum could not be ignored. No matter where a crime was committed, it reflected upon the personality of the guilty individual, and the perpetrator was always a criminal. What was required was that a distinction should be made between real criminals and genuine refugees»¹⁴⁵.

Tuttavia, dalla natura ontologicamente umanitaria della protezione internazionale discendeva la necessità di un'esegesi restrittiva dell'eccezione¹⁴⁶, che non andasse ad intaccare il principio in base al quale «*a refugee who may not be sent back must be allowed to stay somewhere in some way or another*»¹⁴⁷. E, d'altra parte, questo era un punto fondamentale, giacché la previsione contenuta all'articolo 33, par. 1 rappresentava il principale strumento codificato nella Convenzione per ottenere il raggiungimento dell'obiettivo e dello scopo della stessa.

La previsione e l'interpretazione di una causa di esclusione dal beneficio del *non-refoulement* non fu l'unico tavolo di dibattito in relazione all'articolo 33. L'altra questione spinosa riguardò la possibilità di includere tra i beneficiari gli individui che chiedevano asilo alla frontiera e che quindi fossero privi di un regolare titolo di soggiorno¹⁴⁸. Tale questione si era già posta all'attenzione dei partecipanti durante la prima sessione dei lavori del Comitato *ad hoc*, in cui diversi delegati avevano sostenuto che la norma non potesse essere interpretata in modo tale da offrire protezione soltanto agli stranieri regolarmente residenti nel territorio dello Stato parte¹⁴⁹. Di contro, in seconda sessione si era andata rafforzando un'interpretazione restrittiva della stessa, avallata dal rappresentante della Svizzera sulla base delle posizioni dell'IRO¹⁵⁰.

Durante la Conferenza dei Plenipotenziari, i fautori di un'interpretazione che escludesse dalla protezione i rifugiati che non si trovavano già nel territorio di uno Stato parte fecero leva sulla versione inglese del testo, e quindi sul significato letterale dei verbi "*expel*" e "*return*", mentre coloro che sostenevano l'esigenza di includere i rifugiati che premevano sulle frontiere si appellarono al

¹⁴⁵ Conference of Plenipotentiaries, UN Doc. A/CONF.2/SR.16 (1951), p. 6 ss. e 8, per la posizione simile del Regno Unito.

¹⁴⁶ Così, i plenipotenziari di Canada e Danimarca. V. UN Doc. A/CONF.2/SR.16 (1951), p. 8.

¹⁴⁷ Cfr. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951: Article 2-11, 13-37*, cit., p. 138.

¹⁴⁸ Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, UN Doc. E/AC.32/SR.40 (1950), p. 32 ss.

¹⁴⁹ Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, UN Doc. E/AC.32/SR.20 (1950), pp. 11-13, parr. 54-56 (USA); parr. 60-63 (Francia e Israele).

¹⁵⁰ UN Doc. E/AC.32/SR.40 (1950), p. 33. Cfr. WEIS, *The Refugee Convention, 1951*, cit., p. 341 ss.

termine “*refouler*” contenuto nella versione francese¹⁵¹. Alla fine, prevalse quest’ultima posizione, sebbene con l’espressa esclusione dal beneficio del *non-refoulement* dei flussi di massa di rifugiati¹⁵². E, d’altra parte, è indubbio che il termine francese “*refoulement*” evochi *in primis* l’ipotesi di respingimento alla frontiera, secondo la tradizionale accezione venutasi a sviluppare a partire dalla sua prima statuizione in uno strumento pattizio internazionale, ovvero nella Convenzione relativa allo statuto internazionale dei rifugiati del 1933, in cui gli Stati parti si impegnavano «*dans tous les cas, à ne pas refouler les réfugiés sur les frontières de leur pays d’origine*»¹⁵³.

Come si è avuto modo di sottolineare, l’obbligo era stato successivamente declinato in un’accezione ancor più ampia nella Risoluzione 8 (a) adottata dall’Assemblea Generale durante la sua prima sessione¹⁵⁴, in cui si prescriveva che: «*refugees with valid objections should not be compelled to return to their country of origin*»¹⁵⁵. In questa formulazione, il *refoulement* aveva già perso la connotazione territorialista e la caratterizzazione alla stregua di una mera modalità di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato distinta dall’espulsione e dall’extradizione quanto a presupposti procedurali, ma simile quanto ai fini perseguiti. La *ratio* umanitaria dell’obbligo di *non-refoulement* avallava, infatti, un’esegesi della norma che anteponesse l’esigenza di evitare che il rifugiato fosse esposto a un rischio persecutorio alle valutazioni circa il *locus* dal quale questi rischiasse di essere allontanato. In altre parole, imponeva uno spostamento dell’enfasi dal luogo a partire dal quale lo Stato procedeva al respingimento (ovvero, dai propri confini) al luogo verso il quale il rifugiato veniva respinto, che non poteva essere il Paese d’origine, dal quale era fuggito per il timore di essere perseguitato.

La Convenzione del 1951, dunque, non poteva che seguire l’approccio inaugurato dall’Assemblea Generale. Difatti, da una lettura sistematica dell’articolo 1 (A) (2) della Convenzione, contenente la definizione di rifugiato, e dell’articolo 33 della stessa si desume che nella Convenzione perdeva qualsiasi rilevanza il fatto che i territori verso i quali il rifugiato era respinto si trovassero o meno nella giurisdizione dello Stato d’origine, rilevando

¹⁵¹ Conference of Plenipotentiaries, UN Doc. A/CONF.2/SR.16 (1951), p. 6 ss. Alla posizione della Svizzera si contrapponeva quella della Francia, dei Paesi Bassi, dell’Italia, della Svezia, della Germania e del Belgio.

¹⁵² Conference of Plenipotentiaries, UN Doc. A/CONF.2/SR.35 (1951), p. 21.

¹⁵³ Convenzione di Ginevra, art. 3, par. 2.

¹⁵⁴ Cfr. UNGA, Res. 8(1), cit.

¹⁵⁵ Ivi, par. (c)(ii).

meramente il fatto che, a mezzo del *refoulement*, il rifugiato venisse esposto a un reale rischio persecutorio¹⁵⁶.

Naturalmente, «*the prohibition against expelling or returning a refugee to a country of persecution does not in itself constitute an obligation to allow the refugee in question to take up residence in the territory of the State concerned*»¹⁵⁷. Tuttavia, esso dava diritto a una sorta di “asilo provvisorio” a chiunque non potesse essere respinto o deportato perché negli unici Stati disposti ad accoglierlo la sua vita e la sua libertà sarebbero state in pericolo¹⁵⁸.

7. “Asilo” e “rifugio” nel mondo contemporaneo: l’adattamento della protezione alle situazioni di displacement globalizzato.

Come si è detto in apertura del presente capitolo, nell’etimologia greca il contenuto normativo del termine “asilo” è rappresentato dal diritto di poter stare in un “luogo sicuro”, in cui l’individuo è protetto dalla razzia. Dall’*excursus* tracciato nelle pagine che precedono si evince che la comune matrice etica dello sviluppo dei concetti di asilo, rifugio e *non-refoulement* è data dall’esigenza di garantire protezione a colui che fugge dalla razzia, dalla persecuzione, dalla privazione, dunque, dei propri diritti naturali. È proprio da quest’ultima considerazione, ovvero dalla constatazione della particolare situazione di vulnerabilità¹⁵⁹ in cui viene a trovarsi un individuo che non possa godere della protezione di alcuno Stato, che prende avvio l’elaborazione giuridica che approda al riconoscimento della peculiarità dello *status* di rifugiato, cui la comunità degli Stati assegna una specifica forma di protezione,

¹⁵⁶ GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951: Article 2-11, 13-37*, cit., p. 137: «Whereas Article I (A) (2) of the Refugee Convention defines as a refugee a person who is outside his country of origin “owing to well-founded fear of being persecuted” [in this country], Article 33 refers to “territories where his life or freedom would be threatened” on account of the same grounds as set out in Article I (A) (2) [avoiding any reference to the country of origin]».

¹⁵⁷ Ivi, pag. 138.

¹⁵⁸ STOYANOVA, *The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory*, *IJHRL*, vol. 3, 2008, p. 1 ss., a p. 8.

¹⁵⁹ Sul concetto di “peculiare vulnerabilità”, come collegato al divieto di discriminazione v. *Resolution on Protection of Migrants*, UN Doc. A/RES/54/166, 24 February 2000, parr. 4-5-17. In argomento v. BUSTAMANTE, *Immigrants’ Vulnerability as Subjects of Human Rights*, *IMR*, vol. 36, 2002, p. 333 ss.; DE VARENNES, *Strangers in Foreign Lands – Diversity, Vulnerability and the Rights of Migrants*, UNESCO-MOST Working Paper 9, Paris, 2003, p. 9. Per una disamina degli sviluppi del concetto nella giurisprudenza internazionale si rimanda alla parte seconda del presente scritto.

di natura internazionale, sussidiaria e temporanea rispetto alla protezione derivante dalla cittadinanza¹⁶⁰.

Nell'ambito di questa forma di protezione internazionale, il diritto di "poter stare" in un luogo sicuro (ovvero in cui l'individuo è libero da persecuzione) viene garantito dall'obbligo degli Stati parti della Convenzione di Ginevra di non consegnare il rifugiato alle autorità di uno Stato entro la cui *jurisdiction* tale straniero non sia "al sicuro", ovvero dall'obbligo di *non-refoulement*.

Come si vedrà nella prima parte del lavoro, gli sviluppi normativi e giurisprudenziali che hanno interessato il regime di protezione internazionale dei rifugiati hanno profondamente inciso non soltanto sul contenuto e sulla portata del divieto di *refoulement*, ma altresì sulla natura dello stesso, che si è accreditato nella prassi internazionale come il principale dei diritti riconosciuti ai rifugiati dal diritto internazionale. Siffatta protezione, pur con i limiti e le zone d'ombra che la contraddistinguono, testimonia il raggiungimento di un importante traguardo di civiltà giuridica da parte della comunità internazionale in uno dei settori in cui gli Stati sono tradizionalmente più gelosi delle proprie prerogative sovrane.

Dalla fine della guerra fredda¹⁶¹, la fluidità del contesto sociale globale, in cui i movimenti di persone interessano una fetta della popolazione mondiale più ampia che in qualsiasi altro momento della storia¹⁶², e le migrazioni internazionali sono tra le «*major global issues*» all'attenzione della comunità internazionale¹⁶³, ha imposto un adattamento delle forme di tutela ai mutati fattori di rischio. Tale adattamento è stato necessario per garantire l'effettività del presupposto della protezione internazionale, vale a dire del diritto a restare

¹⁶⁰ L'aggettivo "internazionale" che qualifica la protezione offerta ai rifugiati, ribadisce la responsabilità che la comunità internazionale si assume in situazioni in cui lo Stato di provenienza non voglia o non possa offrire protezione. La premessa argomentativa della protezione internazionale, infatti, è rappresentata dal c.d. *surrogacy principle*, in base al quale scopo della protezione stessa è offrire a coloro che ne siano privi un surrogato della protezione nazionale, che rimane la regola. Dalla stessa premessa discende il carattere di temporaneità della protezione. In argomento v. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., pp. 4-5; 13-14; 85 ss.

¹⁶¹ UNHCR, *Summary Conclusions on International Protection of Persons Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence; Roundtable 13 and 14 September 2012*, Cape Town, South Africa, 20 December 2012, par. 1

¹⁶² THOMPSON, *Opening Remarks, MDSA Ministerial Conference, Enhancing Labour Migration and Migration Management in the SADC Region*, Maputo, 12 luglio 2013.

¹⁶³ *Statement at the Council of the International Organization for Migration*, Geneva, 6 dicembre 2011, p. 1.

in un luogo sicuro. Ciò ha reso necessario rispondere, di volta in volta, a una domanda fondamentale: cosa si intende per “luogo sicuro”?¹⁶⁴

È stato necessario accettare che la categoria giuridica di “rifugiato”, per quanto estendibile attraverso lo strumento dell’interpretazione evolutiva, è legata ai vincoli definitivi contenuti nella Convenzione del 1951. Di conseguenza, a latere dello status di rifugiato, il diritto internazionale ha ricostruito altre forme di protezione internazionale, al fine di attribuire un “diritto di poter restare in un luogo sicuro” a nuove categorie di beneficiari. Anche nell’ambito di queste forme alternative di tutela, di cui si parlerà nella parte seconda e terza del lavoro, il divieto di allontanamento ha svolto la funzione di garantire il “diritto di poter restare in un luogo sicuro”, e la nozione di “luogo sicuro” si è evoluta, escludendo dal suo ambito qualsiasi luogo in cui l’individuo possa subire gravi violazioni dei propri diritti umani fondamentali. Tale risultato rappresenta un enorme passo in avanti nella tutela di coloro che sono costretti a fuggire, rispetto a quando, non molti anni fa, «[a]ll discussions about the refugee problems revolved around this one question: How can the refugee be made deportable again?»¹⁶⁵.

È chiaro, quindi, che l’effettività del *non-refoulement* e gli sviluppi futuri della protezione dipenderanno dalla risposta che la comunità internazionale vorrà dare, di volta in volta, in relazione a cosa debba intendersi per “luogo sicuro”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ UNHCR, *Safe at Last? Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence*, 27 July 2011, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e2ee022.html>].

¹⁶⁵ ARENDT, *The Origins of Totalitarianism. Part II: Imperialism*, 2^a ed., Cleveland/New York, 1958, p. 284, dove l’A. continua: «*The Second World War and the DP camps were not necessary to show that the only practical substitute for a nonexistent homeland was an internment camp. Indeed, as early as the Thirties this was the only “country” the world had to offer the stateless.*».

¹⁶⁶ È chiaro, altresì, che tale dinamica complica l’individuazione delle diverse tipologie di potenziali beneficiari della protezione internazionale contro il *refoulement*. Ai fini della trattazione che segue, potrà farsi riferimento alle definizioni giuridiche riportate e problematizzate nel glossario allegato al presente lavoro, che sono state estrapolate da quelle contenute nel Secondo Rapporto in tema di espulsione di stranieri del *Rapporteur* speciale Kamto (*Second Report on the Expulsion of Aliens*, cit., parr. 45-122), nel rapporto *Global Trends 2008* dell’Alto Commissariato per i rifugiati (UNHCR, *2008 Global Trends*, Geneva, June 2009, pp. 3-6 («persons of concern»), accessibile online all’indirizzo: [<http://www.unhcr.org/4a375c426.html>]) e nel Glossario sull’asilo e la migrazione pubblicato dalla Commissione europea nel 2012 (Commissione europea, Rete europea sulle migrazioni – EMN, *Glossario sull’asilo e la migrazione. Uno strumento utile per un approccio comparato*, 2^a ed., Lussemburgo, 2012).

PARTE PRIMA

*L'obbligo di non-refoulement nel regime giuridico dei rifugiati:
aspetti problematici e tendenze evolutive*

CAPITOLO II

L'OBBLIGO DI NON-REFOULEMENT NELLA CONVENZIONE DI GINEVRA E NELLA PRASSI RELATIVA

*L'orateur ne voudrait pas inciter les membres d'un comité technique
à sortir du domaine du droit.
Toutefois, il tient à dire qu'il n'est pas de pire catastrophe,
pour un individu qui est parvenu, au prix de maintes difficultés,
à quitter un pays où il est soumis à des persécutions,
que de se voir renvoyé dans ce pays,
sans parler des représailles que l'y attendent.*

Mr. Juvigny
Convenzione sullo *status* di rifugiato, *Travaux préparatoires*
(UN Doc. E/AC.32/SR.40)

SOMMARIO: 1. Il regime giuridico di protezione internazionale dei rifugiati. - 2. La nozione di rifugiato nella Convenzione di Ginevra. - 3. Gli elementi della definizione di rifugiato: la persecuzione. - 4. (*segue*) Le clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato. - 5. (*segue*) Il carattere forzato dell'allontanamento e la natura dell'agente di persecuzione. - 6. (*segue*) Le clausole di cessazione dello *status* di rifugiato e la prassi dell'eccezione di protezione interna. - 7. (*segue*) Il carattere internazionale dell'allontanamento. - 8. Il "catalogo" dei diritti e degli obblighi dei rifugiati. - 9. L'obbligo di *non-refoulement* nella fase di accesso al territorio. - 10. (*segue*) *Non-refoulement* e (assenza del) diritto di asilo. - 11. L'obbligo di *non-refoulement* nella fase di allontanamento. - 12. (*segue*) Il divieto di *refoulement* come "ponte" tra le procedure di asilo e quelle di estradizione. - 13. Le garanzie procedurali legate al *non-refoulement*.

1. Il regime giuridico di protezione internazionale dei rifugiati.

Quella dell'instaurazione di un regime di protezione internazionale dei rifugiati¹ è una vicenda complessa, sia sotto il profilo giuridico che politico. I rifugiati rappresentano una componente numericamente minoritaria, ma pur sempre rilevante, dei migranti che abbandonano il proprio Paese per le più svariate ragioni. Di conseguenza, la protezione internazionale dei rifugiati va

¹ Sul concetto di "regime internazionale di protezione dei rifugiati" v. SOHN, BUERGENTHAL (eds.), *The Movement of Persons Across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, No 23, Washington D.C., 1992, p. 99 ss., p. 99: «*Refugees [...] are also subject to a special international regime under which they are accorded protection by the competent international organizations and by the States through which they transit or in which they seek temporary refuge or permanent settlement.*».

inquadrata nella più ampia tematica delle migrazioni internazionali, tematica di per sé politicamente sensibile, in quanto attinente alla indipendenza degli Stati nazionali². Di riflesso, come si è già accennato, il diritto internazionale generale riconosce agli Stati piena libertà nel regolamentare il fenomeno migratorio e, quindi, nell'allontanare i cittadini di Paesi terzi che si trovano nel territorio statale, con l'unica accortezza di evitare modalità di allontanamento che risultino oltraggiose per lo straniero e di concedere a quest'ultimo un lasso di tempo ragionevole per regolare le proprie pendenze e abbandonare il Paese³.

Il significato dell'istituzione e dello sviluppo del regime pattizio di protezione internazionale dei rifugiati nel secondo dopoguerra non va, dunque, ricercato nella dinamica dei rapporti tra lo Stato e il "non-cittadino". La sua essenza riposa, infatti, sulle differenze intrinseche che distinguono lo straniero dal rifugiato, sulle quali sono stati costruiti i diversi concetti di asilo che si sono andati affermando sin dall'antichità, concetti che abbiamo brevemente ricostruito nel capitolo precedente⁴. Sebbene non sia che uno straniero, e quindi non possa vantare un *genuine link* con lo Stato che lo ospita⁵, il rifugiato è «*un étranger étrange, parce que ne jouissant de la protection d'aucun gouvernement*»⁶.

Lo strumento principe del diritto internazionale pattizio in materia è la Convenzione di Ginevra, che accoglie la prima definizione organica di rifugiato, le forme di protezione e di assistenza ad esso accordate e i diritti sociali che il

² BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6^a ed., Oxford, 2003, p. 293.

³ V. ad es., Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti, *Yeager c. Repubblica islamica dell'Iran*, AWD 324-10199-1, dec. 2 novembre 1987; *Rankin c. Repubblica islamica dell'Iran*, AWD 326-10913-2, dec. 3 novembre 1987, analizzate in LEIGH, *Yeager v. Islamic Republic of Iran*. AWD 324-10199-1; AND *Rankin v. Islamic Republic of Iran*. AWD 326-10913-2, *AJIL*, vol. 82, 1988, p. 353 ss., p. 355: «Turning to the lawfulness of the expulsion, Chamber One found that this expulsion went beyond a State's broad discretion to expel foreigners, since giving Yeager only 30 minutes to prepare for departure violated the state's duty to give a foreigner adequate time to wind up his affairs». Oltre agli obblighi generali riconosciuti dal Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti nelle decisioni richiamate, vi sono, poi, numerosi accordi internazionali, le c.d. "convenzioni di stabilimento", con cui ciascuna Parte contraente si obbliga a riservare alle persone fisiche e giuridiche appartenenti all'altra o alle altre Parti condizioni di particolare favore, sia in tema di ammissione sia per quanto concerne l'esercizio di attività imprenditoriali o professionali. Cfr. ad es., la Convenzione di stabilimento italo-albanese, firmata a Roma il 29 febbraio 1924, in *Trattati e Convenzioni*, vol. XXXI, p. 165 ss.

⁴ V. *supra*, cap. 1, parr. 1 ss.

⁵ In merito alla teoria del *genuine link*, ai concetti di cittadinanza effettiva e di adeguato radicamento sociale v. ICJ, *Notteböhme Case (Liechtenstein c. Guatemala)*, sent. 6 aprile 1955, ICJ Reports 1955, p. 4 ss., pp. 13-18.

⁶ Cfr. BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *op. cit.*, p. 63. V. anche *Communication from the International Refugee Organization to the Economic and Social Council*, UN Doc. E/1392, App. I: «The refugee is an alien in any and every country to which he may go. He does not have the last resort which is always open to the "normal alien" – return to his own country. The man who is everywhere an alien has to live in unusually difficult material and psychological conditions».

rifugiato dovrebbe vedersi riconoscere dagli Stati aderenti all'accordo, nonché gli obblighi del rifugiato nei confronti dei governi ospitanti.

A partire dalla Convenzione di Ginevra, il regime internazionale dei rifugiati è andato sempre più a divaricandosi da quello dei migranti⁷, sulla scorta del presupposto dell'assenza di protezione "nazionale" del rifugiato e sulla base della considerazione che «*l'extension du droit et du devoir d'asile aux immigrés clandestins est un moyen inopérant et même nocif, pour lutter contre la faim, la misère et le chômage*»⁸: inoperante, in quanto condurrebbe a un flusso inarrestabile di migranti economici che cercano di aggirare le politiche nazionali di immigrazione mediante la domanda di asilo; nocivo, perché finirebbe per compromettere la protezione dei "veri" rifugiati, creando una eccessiva e ingestibile pressione sui sistemi nazionali di accertamento dello *status*.

Ciò detto, occorre altresì riconoscere che la Convenzione si limita a delineare i tratti fondamentali della nozione di rifugiato, lasciando all'interprete nazionale un certo margine di discrezionalità rispetto a una serie di questioni rilevanti, tra cui il contenuto della nozione di persecuzione, la portata delle clausole eccezionali al regime di protezione internazionale e il rapporto che, a seguito della Convenzione, viene a instaurarsi tra rifugio e asilo negli Stati che ne sono parte. Questi profili sono analizzati nelle pagine che seguono, in quanto strumentali a chiarire la funzione e il contenuto dell'obbligo di *non-refoulement* nel sistema di Ginevra⁹.

2. La nozione di rifugiato nella Convenzione di Ginevra.

L'adozione della Convenzione di Ginevra del 1951, e del Protocollo di New York del 1967 che la completa, ha rappresentato il più compiuto e sistematico esercizio di codificazione in materia di diritto dei rifugiati a livello universale cui, a sessant'anni dall'adozione e con centoquarantasette ratifiche, è stata riconosciuta «*the continuing relevance and resilience of this international regime of rights and principles*»¹⁰. Tali strumenti hanno segnato uno spartiacque rispetto al

⁷ KARATANI, *How History Separated Refugee and Migrant Regimes: In Search of Their Institutional Origins*, IJRL, vol. 17, 2005, p. 517 ss.

⁸ TIBERGHEN, *La protection des réfugiés en France*, Paris, 1984, préface de André Jacomet.

⁹ V. *infra*, par. 4 ss.

¹⁰ L'affermazione riportata nel testo fu pronunciata durante un incontro ministeriale degli Stati parti, svoltosi a Ginevra nel dicembre 2001 e organizzato dal Governo svizzero per celebrare i cinquant'anni della Convenzione. Cfr. *Declaration of States parties to the 1951 Convention and/or its*

diritto precedente per una molteplicità di motivi, in primo luogo, dal punto di vista definitorio, giacché il diritto dei rifugiati si è dotato per la prima volta di una definizione generale delle persone rifugiate.

Come si è accennato nel capitolo che precede, nel diritto pattizio elaborato nel corso dei trent'anni che vanno dal primo al secondo conflitto mondiale, il concetto di "rifugio" è stato declinato in una pluralità di modi. Così, mentre nel primo dopoguerra, in risposta all'esigenza di razionalizzare i movimenti transfrontalieri di apolidi e di migranti economici irregolari, la definizione prevalente di "rifugio" era basata sui requisiti formali che distinguono un rifugiato da un migrante, negli anni Trenta, dinanzi agli esodi di massa causati dalla politica di annientamento nazista, gli Stati ritennero di dover estendere la protezione internazionale ai membri degli specifici gruppi etnici maggiormente colpiti dalle persecuzioni. Nell'immediato secondo dopoguerra, per alleviare il dramma sociale dell'immane flusso di profughi che premevano sulle frontiere degli Stati occidentali e, dopo lo "scoppio" della guerra fredda, come forma di ingerenza (seppur indiretta) negli affari interni dei regimi comunisti, l'Occidente promosse la codificazione di una nuova definizione di rifugiato in grado di ricomprendere tutti coloro che, a causa di un reale rischio persecutorio, non potessero o non volessero assoggettarsi alla giurisdizione del proprio Stato di cittadinanza.

Le molteplici articolazioni della definizione di "rifugiato", affermatesi nel periodo considerato, riflettevano la diversa tipologia di problematiche che la comunità internazionale si trovava ad affrontare nella gestione dei flussi migratori e la diversa disposizione della comunità internazionale rispetto al tema dell'accoglienza di popolazioni allogene¹¹. Il concetto giuridico di "rifugiato", forgiato a partire da queste premesse, ha acquisito una natura estremamente dinamica e malleabile e, almeno sino alla Convenzione di Ginevra del 1951, è stato utilizzato come un contenitore nel quale far rientrare categorie di individui molto diverse tra loro, rispetto alle quali l'unico *trait d'union* era costituito dal dato fattuale che non potessero vantare la protezione

1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, Ministerial Meeting of States Parties, Geneva, 12-13 December 2001, UN Doc. HCR/MMSP/2001/09, 16 January 2002, *cons.* 4. La Dichiarazione era avvenuta dopo la risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/57/187, adottata il 18 dicembre 2001, in merito alla quale v. *infra*, par. 4. V. anche ExCom, *Accession to International Instruments and Their Implementation, Conclusion No. 42 (XXXVII)*, 1986, par. (c); ExCom, *International Protection, Conclusion No. 74 (XLV)*, 1994, par. (c); ExCom, *International Protection, Conclusion No. 90 (LII)*, 2001, par. (a); ExCom, *The Provision on International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, Conclusion No. 103 (LVI)*, 2005, *cons.* 1.

¹¹ *Second Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 57.

dello Stato di cittadinanza e che si trovassero fuori dai confini dello stesso, costituendo un problema internazionale di cui la comunità degli Stati intendeva farsi carico¹².

Nella Convenzione di Ginevra, la nozione di rifugiato è slegata dal presupposto dell'appartenenza a una determinata categoria di persone e trova fondamento nel concetto di persecuzione individuale, subita o temuta. Ai sensi dell'articolo 1, lettera (A), par. 1, rientra nella nozione di rifugiato qualsiasi persona possa considerarsi un rifugiato in base agli strumenti internazionali preesistenti¹³. Il par. 2 del medesimo articolo, a seguito delle modifiche apportate dal Protocollo di New York, ricomprende nell'ambito applicativo *ratione personae* dell'accordo qualsiasi rifugiato¹⁴ si trovi al di fuori del proprio Paese di origine e che non voglia o non possa farvi ritorno, o avvalersi della sua protezione, a causa del fondato timore di essere ivi perseguitato in ragione della propria razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale, opinione politica.

3. *Gli elementi della definizione di rifugiato: la persecuzione.*

Gli elementi che connotano la definizione di rifugiato su cui poggia il sistema di protezione convenzionale sono: la condotta persecutoria, ovvero l'esistenza di un fondato timore di persecuzione, che impedisce al rifugiato di tornare in patria; il carattere forzato della migrazione, dovuto all'impossibilità per l'individuo di beneficiare della protezione del proprio Stato di origine; l'allontanamento, temporaneo o permanente, dallo Stato d'origine e la natura transfrontaliera della migrazione, il che implica che il rifugiato abbia già attraversato la frontiera amministrativa dello Stato di provenienza o di quello in cui è avvenuta o potrebbe avvenire la persecuzione.

Il "fondato timore" di persecuzione è sicuramente l'elemento principale della definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione, essendo l'allontanamento dal Paese di provenienza e l'assenza di protezione da parte di

¹² Ivi, par. 58.

¹³ Si pensi, ad esempio, alla Convenzione del 1933 relativa allo *status* internazionale dei rifugiati, che è stata esaminata nel capitolo precedente, v. *supra*, cap. 1, par. 4.

¹⁴ Ai sensi dell'articolo in commento, la definizione del termine "rifugiato" si estende anche agli apolidi, nel caso in cui l'ente persecutore, o il luogo della persecuzione, sia lo Stato di residenza abituale e non quello di nazionalità.

quest'ultimo fattori funzionali a provare l'esistenza del primo. Esso costituisce, inoltre, il *discrimen* tra la condizione di rifugiato, determinata da una fonte di persecuzione individuale e tendenzialmente politica (in quanto qualificata in base alla razza, alla religione, alla nazionalità, e via discorrendo), e quella di profugo (o *displaced person*), ossia di una persona che fugge da una situazione di violenza oggettiva e generalizzata, che non è tutelata dalla Convenzione di Ginevra¹⁵.

È interessante notare, in primo luogo, che la struttura e la formulazione linguistica della norma esclude la possibilità di limitare la titolarità della protezione internazionale ai casi in cui il rischio di persecuzione sia attuale o passato, ben potendo tale rischio essere meramente potenziale e futuro. Inoltre, l'espressione "ben fondato timore" implica necessariamente la valutazione di un elemento soggettivo e di uno oggettivo: il primo, consistente nel timore, il secondo nella necessità che tale timore sia fondato. In altri termini, la valutazione soggettiva dell'interessato, soprattutto nei casi in cui la persecuzione non abbia già avuto luogo, diventa determinante nella stima del rischio. Tuttavia, giacché gli individui percepiscono il rischio in modi differenti, è necessario ancorare la valutazione della fondatezza dello stesso a criteri oggettivi¹⁶. Tale ampia formulazione *ratione temporis* del rischio persecutorio pone problemi pratici di non secondaria importanza, dal momento che gli Stati parti alla Convenzione devono necessariamente individuare criteri di verifica

¹⁵ Nella Convenzione di Ginevra, la persecuzione è qualificata in base a determinanti individuali, in modo da distinguere, nell'ambito delle vittime di conflitti o di situazioni di violenza generalizzata, coloro che siano altresì vittime di violenza in ragione della propria razza, religione, nazionalità, appartenenza a un gruppo sociale e opinione politica. EDWARDS, HURWITZ, *Introductory Note to the Arusha Summary Conclusions on Complementarities between International Refugee Law, International Criminal Law, and International Human Rights Law*, IJRL, vol. 23, 2011, p. 856 ss., p. 858; EINARSEN, *Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol*, p. 67. Tale impostazione è confermata dai lavori preparatori. Si veda in particolare Aide Memoire on the Refugee Question. Statement submitted by the International Committee on the Red Cross, 4 July 1951, UN Doc. A/CONF./NGO.2, 1, dove i redattori della Convenzione di Ginevra rigettavano la proposta della Croce Rossa internazionale di includere nella nozione di rifugiato «[e]very person forced by grave events to seek refuge outside his country of ordinary residence is entitled to be received». Analogamente v. UN Doc. A/CONF.2/SR.22, 6, dove il delegato israeliano osservava che la definizione di rifugiato «obviously [does not] cover all man-made events. There was no provision, for example, for refugees fleeing from hostilities unless they were otherwise covered by article 1 of the Convention».

¹⁶ UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV. 3, December 2011, p. 9.

oggettivi dell'effettività del rischio di persecuzione per individuare le persone meritevoli di protezione internazionale¹⁷.

Peraltro, lo stesso termine "persecuzione" non è chiarito dal dettato convenzionale, se non *per relationem*, attraverso il collegamento tra la stessa e la razza, la religione, la nazionalità, l'appartenenza a un particolare gruppo sociale o l'opinione politica della vittima, né può essere ricavato *a contrario* da un'interpretazione sistematica delle norme contenute nella Convenzione¹⁸. Tuttavia, il contenuto materiale della condotta persecutoria ai sensi della Convenzione di Ginevra, non può che essere individuato a partire dal diritto internazionale dei diritti umani.

Difatti, è, in ogni caso, da escludere l'accoglimento di una definizione di persecuzione il cui contenuto materiale rientri nella nozione di *gross violations*¹⁹, e che sia ricostruita attraverso i parametri contenuti nell'articolo 7, par. 1, lett. h) e par. 2, lett. g), dello Statuto della Corte penale internazionale²⁰. Sebbene, come autorevolmente sostenuto²¹, la nozione di *crimina juris gentium* sia andata progressivamente affrancandosi dalla sistematica del diritto internazionale dei conflitti armati, per avvicinarsi a quella delle norme che disciplinano la coesistenza e la cooperazione tra sistemi penali nazionali, la sovrapposizione tra la materia dei crimini internazionali e gli istituti che regolano, ad esempio,

¹⁷ Cfr. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law: Refugee character*, vol. I, Leiden, 1966, p. 173 ss.

¹⁸ PIRJOLA, *Shadows in Paradise: Exploring "Non-Refoulement" as an Open Concept*, IJRL, vol. 19, 2007, p. 639 ss., p. 645: «Persecution is a fluid concept and depends on the details of particular, concrete cases».

¹⁹ *Review of Further Developments in Fields with which the Sub-Commission has been concerned. Definition of Gross and Large-Scale Violations of Human Rights as an International Crime (Working paper submitted by Mr. Stanislav Chernichenko in accordance with Sub-Commission decision 1992/109)*, UN Docs. E/CN.4/Sub.2/1993/10, 8 June 1999 e E/CN.4/Sub.2/1993/10/Corr.1, 11 August 1993. Cfr. anche *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Maastricht, 11-15 March 1992. SIM Special No. 12, p. 17: «[T]he notion of gross violations of human rights and fundamental freedoms includes at least the following practices: genocide, slavery and slavery-like practices, summary or arbitrary executions, torture, disappearances, arbitrary and prolonged detention, and systematic discrimination. [...] [V]iolations of other human rights, including violations of economic, social and cultural rights, may also be gross and systematic in scope and nature, and must consequently be given all due attention in connection with the right to reparation».

²⁰ Cfr. *Rome Statute of the International Criminal Court*, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998: «'Persecution' means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity».

²¹ CASSESE, *Lineamenti di diritto penale internazionale*, vol. I. *Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, p. 11 ss.

l'estradizione, la condizione giuridica dello straniero e l'efficacia nello spazio della legge penale, non può essere sostenuta *de plano*²².

In via teorica, la trasposizione nel diritto dei rifugiati della nozione di "persecuzione" sviluppata dai tribunali penali internazionali nella giurisprudenza relativa ai crimini contro l'umanità²³, e codificata nell'articolo 7 dello Statuto di Roma come "*intenzionale e grave privazione dei diritti fondamentali in violazione del diritto internazionale, per ragioni connesse all'identità del gruppo o della collettività*", potrebbe essere prospettata solo qualora la singola condotta persecutoria si inserisse in un contesto di sistematica violazione dei diritti umani di un gruppo²⁴. Tuttavia, il ricorso alla nozione di persecuzione sviluppata dal diritto internazionale penale imporrebbe un onere probatorio eccessivo sull'individuo, il che sarebbe contrario alla natura umanitaria della protezione internazionale.

In realtà, l'elencazione delle motivazioni qualificanti la persecuzione, considerate rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale dei rifugiati, rimanda a una formulazione tipica degli strumenti internazionali in materia di diritti umani²⁵. Peraltro, assume un certo rilievo la tesi che l'indeterminatezza del contenuto dell'*actio* persecutoria sia stata volutamente concepita dai redattori della Convenzione per rendere flessibile e adattabile ai tempi il regime pattizio di Ginevra. Come sottolineato dall'Alto Commissariato per i rifugiati, nel non definire il termine persecuzione, i redattori della Convenzione «*intended that all future types of persecution should be encompassed by the term*»²⁶.

²² CATENACCI, "Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano 2003, p. 11.

²³ ICTY, *Procuratore c. Kupreskić et al.*, IT-95-16-T, sent. 14 gennaio 2000, parr. 567-636; *Procuratore c. Limaj et al.*, IT-03-66-T, sent. 30 novembre 2005, par. 191 ss.

²⁴ BROWLIE, *op. cit.*, p. 562 ss.

²⁵ Il legame tra l'impianto di Ginevra e la produzione normativa internazionale sui diritti umani emerge dalla lettura del Preambolo della Convenzione del 1951, in cui è vi è un espresso richiamo all'articolo 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. V. il primo *considerando* della Convenzione di Ginevra: «*Considering that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10 December 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination*»; il secondo *considerando*: «*Considering that the United Nations has, on various occasions, manifested its profound concern for refugees and endeavoured to assure refugees the widest possible exercise of these fundamental rights and freedoms*»; il quinto *considerando*: «*Expressing the wish that all States, recognizing the social and humanitarian nature of the problem of refugees, will do everything within their power to prevent this problem from becoming a cause of tension between States*».

²⁶ UNHCR, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, April 2001, p. 5.

E, difatti, negli sviluppi della prassi, l'indeterminatezza della nozione di persecuzione si è rivelata funzionale a favorire un'interpretazione evolutiva della norma. In particolare, tra le cause di persecuzione, l'appartenenza a una "categoria sociale" è stata quella la cui interpretazione ha consentito un maggior ampliamento del novero dei beneficiari della protezione. Ad esempio, in una sentenza francese, l'albinismo, vale a dire una malattia congenita, è stato qualificato alla stregua di un fatto qualificante un "gruppo sociale" ai sensi della definizione convenzionale di rifugiato²⁷.

A partire dagli anni Ottanta, il filone interpretativo preponderante ha riguardato le persecuzioni basate sul genere (c.d. *gender-based persecutions*)²⁸. Pur trattandosi di riconoscimenti a macchia di leopardo, essi hanno avviato un significativo processo di espansione della protezione internazionale dei rifugiati²⁹. Si pensi, ad esempio, alla protezione delle ex vittime di tratta³⁰ che, se rimpatriate, possono incorrere in nuove forme di tratta, rappresaglie da parti delle reti criminali alle quali erano sfuggite, ostracismo, esclusione sociale, intimidazioni e discriminazioni di ogni sorta³¹. Il riconoscimento dello *status* di rifugiato alle vittime di tratta è avvenuto attraverso la loro configurazione come gruppo sociale perseguitato, avvenuta a partire dalla constatazione che in determinate società, le donne non sposate, vedove, divorziate, separate o i

²⁷ Francia, C-445756, "FS", (Comm'n des Recours des Réfugiés, 1 décembre 2005).

²⁸ TÜRK, *Ensuring Protection to LGBTI Persons of Concern*, IJRL, vol. 25, 2013, p. 120 ss.

²⁹ V. ad es., l'*Aliens Act (2004)* della Finlandia, in cui si riconosce espressamente il genere come categoria rientrante nell'ambito della protezione riconosciuta dalla Convenzione di Ginevra sotto l'etichetta di "gruppo sociale". V. la decisione belga VB/04-1680/E530 (Perm. Appls. Bd. for Refs., Belg., Dec. 2, 2004), in cui si riconosce come gruppo sociale quello delle donne mongole che si oppongono agli antichi taboo radicati nella loro cultura. Similmente v. i seguenti casi giurisprudenziali francesi: C-534159, "LO" (Comm'n des Recours des Réfugiés, 19 september 2005); C-497003 (Comm'n des Recours des Réfugiés, 2 mars 2005); C-496775, "B" (Comm'n des Recours des Réfugiés, 15 février 2005); C-513490, "SD" (Comm'n des Recours des Réfugiés, 10 janvier 2005). In Germania, v. a livello normativo: *Grundgesetz*, par. 16a, 1; *Ausländergesetz*, art. 51, 1; *Immigration Act*, (2005). A livello giurisprudenziale: BVerwG, C-9 C 48/92, 18 januar 1994; BVerwG, C-9 C 278/86, 15 märz 1988; VGH, Hessen, C-13 TH 1094/87, 14 november 1988; VGH, Hessen, C-10 UE 1538/86 15 märz 91; VG, Dresden, C-A 7 K 31131/03, 1 februar 2005; VG, Frankfurt am Main, C-5 E 7021/03.A(3), 19 februar 2004; VG, Frankfurt am Main, C-9 E 30919/97.A(2), 29 märz 1999; VG, Frankfurt am Main, C-5 E 33532/94.A(3), 23 oktober 1996; VG, Magdeburg, C-1 A 185/95, 20 juni 1996.

³⁰ In merito alla definizione di vittime di tratta v. l'articolo 3, lett. (a) del Protocollo addizionale alla Convenzione Onu contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000 (*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, UNGA Res. 55/25, Annex II, U.N. Doc. A/45/49 (2001)), nonché l'art. 4 della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'azione contro la tratta di esseri umani DEL 2005 (*Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, CETS 197).

³¹ OIM, *Handbook on Direct Assistance for Victims of Trafficking*, accessibile online all'indirizzo: [www.iom.int/jahia/Jahia/cache/offonce/pid/1674?entryId=13452].

minori abbandonati od orfani, vanno incontro a un rischio di traffico maggiore, data la loro maggiore vulnerabilità. Di conseguenza, l'esperienza passata della tratta, e non il timore di persecuzioni future, costituisce uno degli elementi che definiscono il gruppo ai fini della protezione internazionale³².

Analogamente, il concetto di persecuzione per motivi politici è stato ampiamente reinterpretedo, ai fini dell'eleggibilità allo *status* di rifugiato, sino a ricomprendere anche coloro che subiscono violenze familiari e la mutilazione dei genitali femminili³³. Da ultimo, la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ha sancito, nell'articolo 60, rubricato "*Gender-based asylum claims*": «1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that gender-based violence against women may be recognised as a form of persecution within the meaning of Article 1, A (2), of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees»³⁴.

Ciò detto, se per un verso l'indeterminatezza della nozione di "persecuzione" nella Convenzione di Ginevra ha consentito l'ampliamento della portata della protezione, essa ha al contempo permesso all'interprete statale di godere di un ampio margine di discrezionalità nel valutare l'integrazione del requisito nel caso di specie, discrezionalità che si è tradotta di

³² UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 7: The Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons at Risk of Being Trafficked*, UN Doc. HCR/GIP/06/07, 7 April 2006.

³³ V. ad es., la sentenza francese nel caso 550032, "MS" (Comm'n des Recours des Réfugiés, 20 décembre 2005), in cui l'infibulazione è stata qualificata alla stregua di una forma di persecuzione ai sensi della protezione internazionale. V. inoltre, Canadian Council for Refugees, *International Conference on Refugee Women Fleeing Gender-Based Persecution: Conference Proceedings*, Montreal, Canada, 4-6 maggio 2001. Cfr. *amplius*, SPIJKERBOER, *Gender and Refugee Status*, Aldershot, 2000; TWIBELL, *The Development of Gender within the Particular Social Group Definition Under the United Nations Refugee Convention and United States Immigration Law: Case Studies of Female Asylum Seekers from Cameroon, Eritrea, Iraq and Somalia*, GILJ, vol. 24, 2010, p. 189 ss.

³⁴ CdE, *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention)*, CETS 210, 11 May 2011, art. 60. Nel prosieguo, "Convenzione di Istanbul". Il par. 1 stabilisce anche che tale violenza debba essere considerata «as a form of serious harm giving rise to complementary/subsidiary protection». I successivi paragrafi dell'articolo richiamato affermano: «2. Parties shall ensure that a gender-sensitive interpretation is given to each of the Convention grounds and that where it is established that the persecution feared is for one or more of these grounds, applicants shall be granted refugee status according to the applicable relevant instruments. 3. Parties shall take the necessary legislative or other measures to develop gender-sensitive reception procedures and support services for asylum-seekers as well as gender guidelines and gender-sensitive asylum procedures, including refugee status determination and application for international protection». Sulla nozione di "danno grave" ai fini della protezione complementare v. cap. 4, par. 9; cap. 5, spec. par. 13; cap. 6, par. 2 e 7. Sulla violenza contro le donne migranti v. MORRONE, *La violenza contro le donne migranti, tra strumenti normativi di cooperazione e prassi internazionale*, DUDI, vol. 7, 2013, p. 55 ss., p. 61.

sovente nell'adozione di soluzioni giuridiche dissimili in casi del tutto simili quanto a presupposti fattuali e diritto applicabile. Questo è accaduto, ad esempio, in un caso in cui l'interpretazione evolutiva della nozione di "gruppo sociale" e di "persecuzione politica" è stata finalizzata al riconoscimento della protezione internazionale a persone giuridicamente inesistenti. Si tratta di coloro che sono definiti in Cina i "black children" – bambini illegali – ovvero nati in tale Stato al di fuori della politica governativa di pianificazione delle nascite, che impone un unico figlio per famiglia, e perciò discriminati e esclusi dal godimento della gran parte dei diritti fondamentali. Per evitare loro tale destino, è invalsa la prassi dei genitori di farli espatriare illegalmente in tenera età, di modo che possano chiedere asilo in altri Paesi.

La questione si è posta, ad esempio, nel caso *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*³⁵, dove la High Court australiana ha interpretato la nozione di "persecuzione" ai sensi della Convenzione di Ginevra nel senso che «[w]hether or not conduct constitutes persecution in the Convention sense does not depend on the nature of the conduct [but] [...] on whether it discriminates against a person because of race, religion, nationality, political opinion or membership of a social group»³⁶. Da tale *reasoning* ha ricavato che i bambini nati in Cina, in violazione della normativa sul controllo delle nascite e richiedenti asilo in Australia, costituiscono un "gruppo sociale"³⁷ meritevole di protezione internazionale³⁸ in quanto, qualora rimpatriati, riceverebbero un trattamento discriminatorio equipollente a persecuzione, che si tradurrebbe, in particolare, nel mancato godimento dei diritti la cui fruizione prevede l'accesso alle prestazioni sociali minime³⁹. Peraltro, al contrario delle giurisdizioni australiane, quelle statunitensi hanno rigettato le domande di asilo aventi ad

³⁵ Australia, *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2000) HCA 19.

³⁶ Ivi, par. 20, dove la Corte riporta quanto affermato dal giudice McHugh nel caso *A v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs*, (1997) HCA 4, e aggiunge, al par. 29 che: «Whether the different treatment of different individuals or groups is appropriate and adapted to achieving some legitimate government object depends on the different treatment involved and, ultimately, whether it offends the standards of civil societies which seek to meet the calls of common humanity. Ordinarily, denial of access to food, shelter, medical treatment and, in the case of children, denial of an opportunity to obtain an education involve such a significant departure from the standards of the civilized world as to constitute persecution. And that is so even if the different treatment involved is undertaken for the purpose of achieving some legitimate national objective».

³⁷ Australia, *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, cit., par. 32: «Once it is accepted that "black children" are a social group for the purposes of the Convention, that they are treated differently from other children and that, in the case of the appellant, the different treatment he is likely to receive amounts to persecution, there is little scope for concluding that that treatment is for a reason other than his being a "black child"».

³⁸ Ivi, par. 22.

³⁹ Ivi, par. 31.

oggetto la medesima fattispecie, reputando non integrato il requisito della persecuzione, ma soltanto quello della discriminazione⁴⁰.

Questo approccio riflette le cautele espresse dall'Alto Commissariato, in tempi risalenti, sulla possibilità di equiparare il rischio persecutorio a quello discriminatorio, che partivano dalla presa d'atto che «*difference in treatment of various groups do exist to a greater or lesser extent in many societies. Persons who receive less favourable treatment as a result of such differences are not necessarily victims of persecution*»⁴¹. In ossequio a tale interpretazione restrittiva, si è per lungo tempo ritenuto che un rischio di discriminazione nel Paese di destinazione del rifugiato potesse essere considerato alla stregua di una persecuzione solo quando esso fosse tale da compromettere il godimento di diritti assoluti e inviolabili, inerenti alla stessa vita e alla libertà della persona umana⁴².

La prassi giurisprudenziale degli Stati parti della Convenzione ha contribuito a evidenziare la relazione tra persecuzione e discriminazione⁴³, ma anche a generalizzarla⁴⁴. Infatti, dall'esame di tale prassi emerge la tendenza a considerare alla stregua di fenomeni persecutori, tali da giustificare il riconoscimento dello *status* di rifugiato, le violazioni gravi dei diritti umani fondamentali, risultanti da un complesso di ragioni, interessi e misure lesive della dignità umana, spesso corredate da una precisa volontà di discriminare

⁴⁰ V. Stati Uniti, *Xiu Fei Wang v. U.S. Attorney Gen.*, 222 F. App'x 176, 178 (3rd Cir. 2007), in cui viene negato l'asilo al minore in questione. In argomento, v. EDSTROM, *Assessing Asylum Claims from Children Born in Violation of China's One-Child Policy: What the United States can Learn from Australia*, WILJ, vol. 27, 2009, p. 139 ss.

⁴¹ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979, par. 54.

⁴² Cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, pp. 90 ss.

⁴³ UNHCR, *Agents of Persecution. UNHCR Position*, 14 March 1995; *Opinion of UNHCR Regarding the Question of "Non-State Persecution", As Discussed With the Committee on Human Rights and Humanitarian Aid of the German Parliament (Lower House) on 29 November 1999*, 29 November 1999, parr. 45-49; CRÉAC'H, *Les évolutions dans l'interprétation du terme réfugié, Hommes et Migrations*, n. 1238, 2002, p. 65 ss.; WILSHER, *Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?*, IJRL, vol. 15, 2003, p. 68 ss., a p. 70 ss. Per un esempio di giurisprudenza sul punto, cfr. Francia, C-42074, "CE" (Dankha, 27 mai 1983); Canada, *Rajudeen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.); *Surujpal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1985), 60 N.R. 73 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, (1993), 2 S.C.R. 689; Regno Unito, *Horoath v. Secretary of State for the Home Department*, (2000) UKHL 37; Nuova Zelanda, *New Zealand Refugee Status Appeal Authority, Refugee Appeal No. 71427/99*, (2000) NZLR 545; Australia, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, (2000) FCA 1130.

⁴⁴ Per simili rilievi si rinvia agli ultimi paragrafi del capitolo 5 del presente scritto, che riguardano il rilievo assunto dal principio di non discriminazione nell'ambito del riconoscimento di forme di protezione complementare.

specifici gruppi di individui⁴⁵. Così, lo *status* di rifugiato è stato riconosciuto nel caso in cui lo straniero rimpatriato non possa godere, in condizione di parità con i propri connazionali, del diritto all'istruzione, alla sanità, alla partecipazione sociale, alla libertà religiosa. Ad esempio, la Corte federale del Canada, avendo garantito l'asilo a una donna di nazionalità cinese costretta a subire una sterilizzazione forzata⁴⁶, ha sancito che anche alla figlia minore della donna dovesse essere riconosciuta la protezione internazionale, non soltanto nell'interesse alla preservazione dell'unità del nucleo familiare, ma altresì in quanto, qualora la minore fosse stata rimpatriata, «*she would, in her own right, experience such concerted and severe discrimination, including deprivation of medical care, education and employment opportunities and even food, so as to amount to persecution. [...] As such, she is a member of a particular social group, that is, second children*»⁴⁷.

Emblematico di tali sviluppi è il diritto dell'Unione europea, che prevede, affinché si abbia il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi dell'articolo 1, lett. (A) della Convenzione di Ginevra, che gli atti di persecuzione debbano: «*a) essere «sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della [CEDU]; oppure b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a)*»⁴⁸, potendo tra l'altro assumere la forma di azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie⁴⁹.

Quanto ai motivi che possono indurre alle condotte persecutorie⁵⁰, tale normativa specifica che il requisito dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale deve considerarsi integrato quando «*i membri di tale gruppo condividono una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, e [...] tale gruppo*

⁴⁵ GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 92; HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 101 ss.; GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, cit., p. 189 ss.

⁴⁶ Canada, *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1993) 2 FC 314 (F.C.A.).

⁴⁷ Ivi, a p. 325. In argomento, EDSTROM, *op. cit.*, p. 140 ss.

⁴⁸ Direttiva 2004/83/CE (Dir. qualifiche 2004) del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, GUCE L 304 del 30/09/2004, pp. 12-23, art. 9, par. 1, lett. a) e b).

⁴⁹ Ivi, art. 9, par. 2, lett. c).

⁵⁰ Ivi, art. 9, par. 3.

possiede un'identità distinta nel paese di cui trattasi, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante»⁵¹. A partire da queste premesse, in una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione, è stato sostenuto, ad esempio, che l'esistenza di una legislazione nazionale sproporzionata e discriminatoria nel Paese di origine del richiedente asilo, che qualifichi, alla stregua di reati, gli atti omosessuali e commini una pena detentiva, che trovi effettivamente applicazione nei casi concreti, è sufficiente a soddisfare il requisito della persecuzione ai fini dell'accertamento della qualità di rifugiato⁵². Significativamente, la Corte ha altresì aggiunto che «[i]n sede di valutazione di una domanda diretta ad ottenere lo status di rifugiato, le autorità competenti non possono ragionevolmente attendersi che, per evitare il rischio di persecuzione, il richiedente asilo nasconda la propria omosessualità nel suo paese d'origine o dia prova di riserboatezza nell'esprimere il proprio orientamento sessuale»⁵³.

4. (segue) Le clausole di esclusione dallo status di rifugiato.

L'esistenza di una persecuzione implica che vi sia una vittima. La condanna all'espiazione di una pena, comminata a un individuo in seguito a un procedimento giudiziario regolarmente celebrato, quindi, non può essere inclusa nella nozione di "persecuzione" ai fini della protezione internazionale⁵⁴.

Per tale ragione, il trattato contempla espressamente clausole eccezionali, finalizzate a escludere dai benefici della protezione internazionale determinate categorie di persone che, pur rispondendo ai requisiti previsti per l'acquisizione dello status di rifugiato, non possono essere considerati alla stregua di "vittime" di persecuzione. Invero, nell'ottica pragmatica che domina l'architettura del

⁵¹ Ivi, art. 10, par. 1, lett. d).

⁵² CGUE, *Minister voor Immigratie en Asiel c. X (C-199/12) e Y (C-200/12) e Z c. Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12)*, sent. 7 novembre 2013, par. 79, punto 2.

⁵³ Ivi, punto 3. In argomento SAVY, *Il diritto di asilo di individui omosessuali e gli incerti contorni del divieto di discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, DUDI, 2014, p. 261 ss. Si noti che, a differenza di questo caso, in cui era la stessa normativa del Paese di destinazione dello straniero che si atteggiava in maniera discriminatoria rispetto alla condizione del richiedente, nella gran parte delle ipotesi, la valutazione delle domande di asilo in relazione al rischio di discriminazione è tutt'altro che semplice, dal momento che, la discriminazione è sovente radicata in prassi amministrative consolidate, ma spesso assai poco note e conoscibili.

⁵⁴ *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., p. 14, par. 56: «Persecution must be distinguished from punishment for a common law offence. Persons fleeing from prosecution or punishment for such an offence are not normally refugees. It should be recalled that a refugee is a victim – or potential victim – of injustice, not a fugitive from justice».

sistema di tutela convenzionale dei rifugiati, la concessione dello *status* di rifugiato a un individuo la cui condotta risulti pericolosa per lo Stato di rifugio costituirebbe un abuso del diritto stesso⁵⁵.

La principale di siffatte eccezioni è regolamentata all'articolo 1, lett. (F) della Convenzione, che si occupa degli individui nei confronti dei quali sussistano "serie motivazioni" per ritenere che si siano macchiati, prima dell'ingresso nello Stato ospitante, di un crimine di guerra, ai sensi del diritto internazionale umanitario; di un crimine contro l'umanità, ai sensi della Convenzione sul genocidio; di un gravissimo crimine comune; o, infine, di atti contrari ai fini delle Nazioni Unite⁵⁶.

Il contenuto dell'eccezione riflette il contesto storico in cui il trattato è stato elaborato. Il ricordo dei processi di Norimberga era quanto mai vivido e si andava affermando un comune sentire nella comunità internazionale sull'esigenza di punire i trasgressori dell'ordine internazionale e dei valori che esso esprime⁵⁷. Da qui, la formulazione dell'articolo 1, lettera (F), che è preposto a escludere *ab initio* la tutela convenzionale nei confronti del rifugiato che sia accusato di aver commesso un reato al di fuori dei confini dello Stato di accoglienza e prima del formale riconoscimento dello *status*.

Invero, la lettera della norma lascia ampia discrezionalità agli Stati nella verifica dei presupposti alla base dell'esclusione dal riconoscimento dello *status*,

⁵⁵ Come noto, nella Convenzione di Ginevra, vi sono anche clausole che escludono la protezione di coloro che fruiscono dell'assistenza di un'agenzia specializzata delle Nazioni Unite diversa dall'UNHCR (art. 1, lett. (D)) o che si vedono riconoscere, dalle autorità competenti del Paese ospitante, diritti e obblighi analoghi a quelli che derivano dal possesso della cittadinanza (art. 1, lett. (E)). Qui la *ratio* dell'eccezione è diversa e discende dalla non necessità della protezione internazionale. Ne consegue, ad esempio, che la Convenzione escluda dalla propria portata i rifugiati palestinesi, almeno nella misura in cui essi continuino a ricevere protezione dalle agenzie Onu. Cfr. GOODWIN-GILL, *Convention relating to the Status of Refugees. Protocol relating to the Status of Refugees*, cit., p. 4, LAWAND, *The Right to Return of Palestinians in International Law*, IJRL, vol. 8, 1996, p. 532 ss.

⁵⁶ In argomento, VAN KRIEKEN, *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, Cambridge, 2001.

⁵⁷ In base ai *travaux préparatoires*, l'articolo 1, lettera (F) venne incluso nell'articolato della Convenzione per due ragioni principali: in primo luogo, perché la credibilità del movente umanitario del sistema di protezione internazionale dei rifugiati sarebbe risultata irrimediabilmente compromessa qualora non fossero stati esclusi dai benefici dell'asilo gli individui che avevano avuto condotte moralmente e giuridicamente repressibili; in secondo luogo, in quanto era sentito il timore che il nascente sistema d'asilo potesse trasformarsi in uno strumento nelle mani dei responsabili delle stragi naziste per ottenere l'impunità. Quest'ultima preoccupazione era talmente forte da indurre i delegati impegnati nella stesura della bozza di convenzione a introdurre nel testo convenzionale un esplicito riferimento all'esclusione dalla protezione delle persone convenute dinanzi al tribunale militare internazionale di Norimberga. Cfr. GILBERT, *Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 427 ss.; MUSALO ET. AL, *Refugee Law and Policy: a Comparative and International Approach*, Durham, 2002, p. 700.

non richiedendo alcuna prova formale della commissione del reato e, anzi, accontentandosi della presenza di meri elementi indiziari⁵⁸. Di conseguenza, sebbene l'intento dell'introduzione della deroga fosse di tipo punitivo, non può dedursi dall'articolo 1, lett. (F) della Convenzione di Ginevra un obbligo in capo agli Stati parti, che ospitano rifugiati esclusi dalla protezione, di perseguirli penalmente. Il più pregnante ostacolo in tal senso riguarda, infatti, proprio il differente *standard* probatorio esistente tra il diritto dei rifugiati e il diritto penale, dal momento che lo *standard* della prova per l'incriminazione di un individuo è necessariamente più elevato di quello necessario per escludere uno straniero dal godimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra⁵⁹.

La determinazione del contenuto specifico delle singole ipotesi derogatorie è indispensabile per circoscrivere la discrezionalità statuale nella fase di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Invero, come osservato nelle linee guida dell'Alto Commissariato sull'applicazione delle clausole eccezionali⁶⁰, la giurisprudenza relativa alla prima ipotesi – quella in cui il rifugiato abbia commesso un crimine contro la pace, contro l'umanità o un crimine di guerra – è la più ricca e coerente, in quanto esistono diversi strumenti pattizi che assistono nella determinazione della natura, della portata e del contenuto dei crimini rubricati sotto l'articolo 1, lettera (F) (a)⁶¹.

Quindi, un dubbio sull'interpretazione può sorgere piuttosto in rapporto ai delitti di diritto comune e alle azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite. I primi sono evidentemente reati non politici, di una gravità tale da rientrare nelle categorie per le quali gli ordinamenti nazionali prevedono le pene più severe.

La giurisprudenza relativa all'articolo 1, lettera (F) (b) è meno univoca di quella sull'articolo 1, lettera (F) (a), essendo i parametri interpretativi della

⁵⁸ *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., p. 28 ss., parr. 140-163.

⁵⁹ SIMEON, *Ethics and the Exclusion of Those Who Are 'Not Deserving' of Convention Refugee Status*, in JUSS, HARVEY (eds.), *Research Companion to Migration Theory and Policy*, Farnham, 2013, p. 258 ss., p. 282 ss., spec. p. 284.

⁶⁰ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses – Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/GIP/03/05, 4 September 2003, par. 10.

⁶¹ Si pensi allo Statuto della Corte penale internazionale e alla IV Convenzione di Ginevra di diritto umanitario (strumento cui si è già fatto accenno nelle pagine che precedono), ma anche alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 78 UNTS 277, 9 December 1948). In argomento, UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 5*, cit., parr. 149-150. In generale, LANCIOTTI, *La Corte Penale Internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, Torino, 2013, p. 44 ss.

nozione di “grave reato di natura non politica” meno stringenti. In alcuni casi, la giurisprudenza ha determinato il requisito della gravità del reato e la natura non politica dello stesso facendo riferimento alle norme contenute in trattati bilaterali di estradizione⁶², rischiando, tuttavia, di privare la nozione di “grave reato di diritto comune” ai sensi della Convenzione della sua natura internazionalistica⁶³. Per evitare questo rischio, l’Alto Commissariato ha suggerito una definizione di “grave reato di diritto comune” come di una fattispecie criminosa il cui movente sia prevalentemente di natura personale e ha anche offerto esempi di gravi reati che possono ricadere sotto la clausola eccezionale in commento, quali l’omicidio e lo stupro⁶⁴.

In ogni caso, ciò che appare necessario, al fine dell’attivazione della clausola di cui all’articolo 1, lett. (F) (b) della Convenzione di Ginevra, è che il richiedente asilo sia accusato di un delitto che non è di natura politica. In caso contrario, risulterebbe compromessa la stessa *raison d’être* del regime internazionale di protezione dei rifugiati, ontologicamente legata all’esigenza di tutelare gli stranieri che abbiano commesso delitti politici⁶⁵.

Quest’affermazione pone la questione dell’escludibilità dalla protezione internazionale dei presunti terroristi mediante il ricorso all’articolo 1, lett. (F) (b) della Convenzione, questione che a sua volta solleva la più ampia e complessa problematica della definizione del terrorismo nel diritto internazionale contemporaneo, problematica che esula dalla presente analisi⁶⁶.

Giova, tuttavia, ricordare in questa sede che la questione *de qua* si è posta, nella prassi, dopo l’11 settembre 2001, in conseguenza delle politiche di lotta al terrorismo adottate da numerosi Stati. Peraltro, lo stesso Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, nella risoluzione 1373/2001⁶⁷, con la quale espresse la propria ferma condanna degli atti terroristici e la determinazione a prevenire il diffondersi della minaccia terroristica mediante l’adozione di misure atte a

⁶² HATHAWAY, HARVEY, *Framing Refugee Protection in the New World Disorder*, Cornell ILJ, vol. 34, 2001, p. 257 ss., pp. 279 e 285.

⁶³ SAUL, *Exclusion of Suspected Terrorists from Asylum: Trends in International and European Refugee Law*, Institute for International Integration Studies, Discussion Paper No. 26, July 2004.

⁶⁴ *Guidelines on International Protection No. 5*, cit., parr. 14-15. Com’è ovvio, tuttavia, in assenza di un *consensus* tra gli Stati parti alla Convenzione in merito alla nozione in esame, la posizione dell’Alto Commissariato, pur autorevole, rimane meramente raccomandatoria.

⁶⁵ ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, IJRL, vol. 13, 2001, p. 533 ss., p. 545.

⁶⁶ In argomento, NIGRO, *La definizione di terrorismo nel diritto internazionale*, Napoli, 2013; CHERUBINI, voce “Terrorismo (diritto internazionale)”, *Enc. dir.*, 2012, p.1213 ss.

⁶⁷ UNSC, *Resolution 1373*, 28 sett. 2001, UN Doc. S/RES/1373 (2001).

colpire tutti coloro che finanzino, pianifichino, supportino e commettano atti terroristici⁶⁸, ha offerto una sponda a queste politiche.

Difatti, ha imposto agli Stati di adottare, in accordo col diritto dei rifugiati e con i diritti umani, specifiche precauzioni nell'ambito delle procedure nazionali di esame delle domande di asilo «*for the purpose of ensuring that the asylum-seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts*»⁶⁹ e di assicurare «*that refugee status is not abused by the perpetrators, organizers or facilitators of terrorist acts, and that claims of political motivation are not recognized as grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists*»⁷⁰.

Da ultimo, l'articolo 1, lettera (F) (c) sancisce l'esclusione dalla protezione del rifugiato che si sia reso colpevole di atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite, ovvero ai principi fondamentali che governano la vita di relazione internazionale e i rapporti tra gli Stati membri. Dunque, questa deroga trova fondamento normativo nelle disposizioni contenute nel Preambolo della Carta Onu e nei suoi primi articoli. Tuttavia, la formulazione della stessa lascia impregiudicati i criteri attraverso i quali procedere all'individuazione dei destinatari. In conseguenza dell'estrema genericità della definizione contenuta all'articolo 1, lett. (F) (c), alla deroga in commento è stata riconosciuta natura residuale⁷¹.

Nelle linee guida dell'Alto Commissariato sull'applicazione delle eccezioni, si sostiene che tale clausola possa venire in rilievo soltanto «*in extreme circumstances by activity which attacks the very basis of the international community's coexistence*»⁷². Del pari, la dottrina maggioritaria ha sostenuto che la previsione in esame non possa riguardare qualsiasi individuo, ma soltanto persone «*formally entrusted with domestic implementation of UN principles and purposes*»⁷³. In tal senso, la nozione di "azioni contrarie ai fini e ai principi della Carta ONU" finisce sostanzialmente per sovrapporsi a quella di *crimina juris gentium*, dal momento che soltanto un individuo che abbia occupato un posto di potere nel governo del proprio Paese può essersi trovato in condizione di commettere

⁶⁸ Ivi, par. 2, (c).

⁶⁹ Ivi, par. 3, (f).

⁷⁰ Ivi, par. 3 (g).

⁷¹ Ivi, par. 163, dove si afferma che la formula delle "azioni contrarie ai fini e ai principi della Carta ONU" è stata immaginata come un contenitore in cui far ricadere tutte le fattispecie di abuso del diritto al rifugio che non potessero essere facilmente collocate nelle ipotesi di commissione di un grave crimine internazionale e di un delitto di diritto comune.

⁷² *Guidelines on International Protection No. 5*, cit., par. 17.

⁷³ HATHAWAY, HARVEY, *op. cit.*, p. 267.

azioni in violazione dei principi fondanti l'ordine pubblico internazionale⁷⁴. In tal senso è stato osservato, «*there is considerable overlap between Article 1 F (a) and (c), in that crimes against peace, war crimes and crimes against humanity are all, of course, contrary to the 'purposes and principles of the United Nations'*»⁷⁵.

Nella prassi questa deroga ha trovato scarsissimo utilizzo⁷⁶. Anzi, in alcuni casi il giudice nazionale ha formalmente escluso la possibilità di ricorrere all'articolo 1, lettera (F) (c) ai fini dell'esclusione di un rifugiato dal beneficio della protezione internazionale, come nel caso dei "bambini soldato", dove peraltro ricorrono ulteriori valutazioni in materia di tutela dei minori⁷⁷.

5. (segue) *Il carattere forzato dell'allontanamento e la natura dell'agente di persecuzione.*

Per quanto riguarda il carattere forzato della migrazione, la Convenzione afferma che il rifugiato può essere "*unable or unwilling to return*". Le due ipotesi vanno esaminate separatamente, giacché la prima riguarda il caso in cui lo Stato di nazionalità non sia in grado di proteggere il rifugiato, vale a dire una circostanza che sfugge al controllo dell'individuo stesso, come una guerra o una rivoluzione, mentre la seconda discende dal timore di persecuzione che l'individuo nutre, ossia dalla sua valutazione soggettiva del rischio cui andrebbe incontro una volta rientrato in patria, che gli fa rifiutare la protezione approntata dallo Stato di nazionalità⁷⁸.

⁷⁴ SANTALLA VARGAS, *Ensuring Protection and Prosecution of Alleged Torturers: Looking for Compatibility of Non-Refoulement Protection and Prosecution of International Crimes*, EJML, vol. 8, 2006, p. 41 ss.; HANDMAKER, *Seeking Justice, Guaranteeing Protection and Ensuring Due Process: Addressing the Tensions between Exclusion from Refugee Protection and the Principle of Universal Jurisdiction*, NQHR, vol. 21, 2003, p. 677 ss., a p. 681; FITZPATRICK, *The Post-Exclusion Phase: Extradition, Prosecution and Expulsion*, IJRL, vol. 12, 2000, p. 272 ss., a p. 274.

⁷⁵ SIMEON, *op. cit.*, p. 284.

⁷⁶ Si rinvia al caso dei Paesi Bassi, descritto in HATHAWAY, HARVEY, *op. cit.*, p. 271. V. anche *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship & Immigr.)*, [1998] 1 S.C.R. 982, mod. 1 S.C.R. 1222; *K.K. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] INLR 124, [2004] UKIAT 101, cit. in WORSTER, *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law*, BJIL, vol. 30, 2012, p. 94 ss., a p. 103, nota 32.

⁷⁷ Si veda in proposito la decisione della corte distrettuale di Arnhem, nei Paesi Bassi, in relazione a un bambino soldato dell'UNITA nel caso AWB 03/26654, del 18 ottobre 2004, cit. anche in WORSTER, *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law*, cit., p. 103, nota 33. In argomento UNHCR, *Background Note on Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, IJRL, vol. 17, 2003, p. 293 ss., parr. 91-93.

⁷⁸ *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., p. 16.

La previsione della formula “*unable or unwilling*” offre numerosi spunti di riflessione. In primo luogo, dal momento che il temporaneo legame che s’instaura, tra lo Stato di accoglienza e il rifugiato, è funzionale alla preservazione di un bene giuridico che non può essere garantito dal vincolo di cittadinanza, lo Stato ospitante dovrà evitare di cooperare con lo Stato di origine per risolvere il problema del rifugiato.

D’altra parte, è plausibile che, anche qualora lo Stato di accoglienza ricerchi un confronto con lo Stato di origine sulla questione del rifugiato, sia quest’ultimo a rifiutare il dialogo. Infatti, nel riconoscimento della qualità di rifugiato a un proprio cittadino è pur sempre insita una dichiarazione politica di incapacità o di disinteresse dello Stato di origine all’espletamento di una delle funzioni chiave che attengono alla sovranità. Per questo motivo l’esistenza di prove o testimonianze di tale “*inability or unwillingness*” di uno Stato ad adempiere all’obbligo giuridico di proteggere i propri cittadini, sia a livello interno che internazionale, ha sostanziato una presunzione di verosimiglianza del rischio persecutorio e della fondatezza dell’asserito timore individuale di subire vessazioni⁷⁹.

Inoltre, riconoscere che un individuo non possa far ritorno in patria poiché lo Stato di origine non riesce ad assicurargli protezione significa estendere la protezione internazionale ai casi in cui l’individuo sia vittima di condotte materiali di enti non statuali, il che pone il problema dell’individuazione di un criterio che consenta di ricostruire il prerequisito della natura discriminatoria dell’azione persecutoria rispetto a condotte che, generalmente, ne sono sprovviste.

Nell’accertamento del *fumus persecutionis*, rispetto alle potenziali vittime di condotte materiali di enti non statuali, occorrerebbe domandarsi se lo Stato di accoglienza debba previamente accertare l’avvenuta violazione, da parte dello Stato di origine, dell’obbligo di proteggere il proprio cittadino e quali siano – se ve ne sono – le conseguenze di tale accertamento sotto il profilo della responsabilità internazionale degli Stati per mancata *due diligence*⁸⁰. Problema, questo, la cui soluzione è complicata dalla circostanza che la norma primaria, la cui violazione rappresenta il *primum movens* per tentare di ricostruire il fatto illecito in questione, venga qualificata soltanto in termini assai generici come un

⁷⁹ Cfr. WEIS, *The Refugee Convention, 1951*, cit., p. 9.

⁸⁰ Cfr. PISILLO MAZZESCHI, *Due diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989.

dovere dello Stato di controllare il proprio territorio⁸¹, le cui conseguenze in termini di responsabilità internazionale non sono qualificate alla stregua di obblighi giuridici secondari⁸².

Sul punto, né la Convenzione né i lavori preparatori soccorrono⁸³ e, d'altra parte, stante la *ratio* umanitaria sottesa all'impianto del sistema di Ginevra, non può meravigliare che le modalità di accertamento del "fondato timore" di persecuzione delineate nella Convenzione prescindano dall'indagine sull'imputabilità allo Stato d'origine della fattispecie che ammonta a persecuzione.

Nella giurisprudenza degli Stati parti del trattato sono quindi emersi due approcci distinti. Le corti di alcuni Stati parti della Convenzione⁸⁴, hanno ricostruito il requisito della c.d. "*failure of state protection*" che, insieme all'accertamento della violazione dei diritti fondamentali del richiedente, costituirebbe la *conditio sine qua non* del riconoscimento della protezione in assenza di un diretto coinvolgimento dello Stato d'origine nelle azioni persecutorie. Il ricorso al requisito dell'assenza di protezione statale ha svolto, in tale giurisprudenza, una funzione suppletiva, sopperendo alla difficoltà di ricostruire il carattere di gravità e sistematicità della condotta materiale persecutoria nel caso di agenti privati. Il parametro di riferimento normativo in

⁸¹ Cfr. UN Docs. A/RES/63/148; A/RES/62/124; A/RES/61/137; A/RES/60/129, A/RES/59/170; A/RES/58/151; A/RES/57/187; A/RES/56/137; A/RES/53/125; A/RES/52/103. In argomento, HOFMANN, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, ZAÖRV, 1985, p. 694 ss. L'autore ritiene che sussista la responsabilità dello Stato di origine, sul piano internazionale, nei casi in cui abbia concorso a creare fenomeni di esodo in massa di rifugiati.

⁸² Ad es., sull'esistenza di un obbligo di riparazione in capo allo Stato di origine nei confronti del rifugiato cfr. UNGA, Res. 194 (III), 11 December 1948, par. 11. V. anche UN Doc. A/RES/36/148 del 16 dic. 1981, par. 3. In argomento TOMUSCHAT, *State Responsibility and the Country of Origin*, in GOWLLAND-DEBBAS (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, The Hague, 1995, p. 60 ss., che sul punto conclude in termini negativi.

⁸³ Sul punto cfr. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, cit., p. 189 ss.; KÄLIN, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect*, GILJ, vol. 15, 2000-2001, p. 415 ss.; LAMBERT, *The Conceptualisation of "Persecution" by the House of Lords: Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, IJRL, vol. 13, 2001, p. 16 ss.; MATHEW, HATHAWAY, FOSTER, *The Role of State Protection in Refugees Analysis*, IJRL, vol. 15, 2003, p. 444 ss.; NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, The Hague, 2003, p. 49 ss.

⁸⁴ Cfr. *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, cit., p. 18. Sulla giurisprudenza tedesca e svizzera si rimanda a TÜRK, *Non-State Agents of Persecutions*, in CHETAIL, GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *Switzerland and the International Protection of Refugees*, The Hague, 2002, p. 95 ss., a p. 99. Sull'incertezza delle posizioni australiane e statunitensi cfr. rispettivamente: Australian High Court, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Ibrahim*, jud. 26 October 2000 e MOORE, *From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents*, Columbia HRLR, vol. 1, 1999, p. 82 ss., a p. 110 ss. Sull'ambiguità del diritto dell'Unione europea, cfr. ECRE, *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection*, October 2008.

base al quale si è accertata la sussistenza o meno della protezione statale è stato, dunque, quello delle misure di prevenzione e repressione dei fenomeni persecutori messe in atto dallo Stato di origine nel singolo caso di specie, valutate alla luce degli *standard* internazionali in materia di responsabilità dello Stato per mancata *due diligence*⁸⁵.

Altrove, al contrario, si è stabilita l'irrelevanza dell'origine statale dell'agente di persecuzione ai fini dell'accesso alla protezione internazionale e si è utilizzato come unico *discrimen* la fondatezza del timore di persecuzione (c.d. "*protection approach*")⁸⁶. In questo approccio, attualmente maggioritario, il riconoscimento dello *status* di rifugiato prescinde, quindi, dall'accertamento della responsabilità internazionale dello Stato d'origine per mancata *due diligence* e dalla valutazione del nesso causale esistente tra l'*actio* persecutoria e l'imputabilità della stessa allo Stato di origine del richiedente asilo⁸⁷.

Il *protection approach* ha sicuramente il merito di rispecchiare maggiormente la natura umanitaria della protezione internazionale, anche se ha posto e continua a porre problemi di certezza del diritto e di disparità di trattamento, data l'assenza di un organo competente a interpretare in maniera autoritativa la Convenzione di Ginevra e i conseguenti rischi di frammentazione della nozione di persecuzione ai fini dell'accesso alla protezione internazionale⁸⁸. D'altra parte, allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale generale, non sembra possibile discostarsi dalla tesi dell'irrelevanza dell'imputabilità allo Stato d'origine degli atti persecutori, in quanto una diversa conclusione comporterebbe necessariamente la possibilità per gli Stati parti alla Convenzione di attribuire allo Stato d'origine la responsabilità internazionale

⁸⁵ Cfr. sul punto Corte inter.am., *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, sent. 29 luglio 1988, Serie C, No. 4; Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, n. 23452/94, sent. 28 ottobre 1998, parr. 115-116; Australian High Court, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Respondent S152/2003*, jud. 21 April 2004, par. 27. In dottrina v. su tutti HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 112, dove l'autore ricava il contenuto normativo della nozione di "persecuzione" dall'incapacità dello Stato di origine del rifugiato di rispettare gli obblighi contenuti nei principali trattati internazionali in materia di diritti umani.

⁸⁶ V. Canada, Federal Court, *Zalzali v. Minister of Employment and Immigration*, jud. 30 April 1991, 2 FC 605; Regno Unito, House of Lords (Judicial Committee), *R v. Secretary of State for the Home Department (ex parte Adan)*, jud. 2 April 1999; Court of Appeal, *Soazas v. Secretary of State for the Home Department*, jud. 31 Jan 2002; House of Lords (Judicial Committee), *R v. Secretary of State for the Home Department (ex parte Bagdanavicius)*, jud. 26 May 2005.

⁸⁷ MOORE, *Whither the Accountability Theory: Second-Class Status for Third-Party Refugees as a Threat to International Refugee Protection*, IJRL, vol. 13, 2001, p. 32 ss., p. 34 ss.

⁸⁸ BONAFÈ, *La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato*, in CALIGIURI, CATALDI, NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, p. 277 ss., p. 289.

per gli stessi, conclusione che non appare il linea né con l'oggetto e lo scopo della Convenzione, né con l'importanza che gli Stati annettono al rispetto della propria immunità dalla giurisdizione straniera⁸⁹.

Nella prassi dell'Alto Commissariato per i rifugiati l'opportunità di adottare il *protection approach* è stata sostenuta a partire dall'ampia formulazione dell'articolo 1, lettera (A), par. 2, che consente l'inclusione nell'alveo della tutela internazionale delle situazioni in cui vi sia un affievolimento, anche localizzato, del potere di controllo statale, tale per cui le pubbliche autorità non siano in grado di evitare la persecuzione del proprio cittadino⁹⁰.

In ultima analisi, quindi, come ribadito dall'UNHCR nell'ultima versione dell'*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* del dicembre 2011, anche alla luce dei lavori preparatori e dell'oggetto e lo scopo della Convenzione di Ginevra, la nozione di persecuzione copre tanto le condotte statali quanto quelle private e, di conseguenza, non è necessario, ai fini dell'attivazione della protezione internazionale, che l'agente di persecuzione sia statale, ben potendo la grave violazione dei diritti dell'individuo dipendere da una condotta attiva di enti non statuali e meramente omissiva dello Stato di origine o di residenza abituale⁹¹.

6. (segue) Le clausole di cessazione dello status di rifugiato e la prassi dell'eccezione di protezione interna.

Dal momento che l'elemento cardine del regime di tutela internazionale dei rifugiati è da ricercarsi proprio nella rottura del legame sociale ordinario esistente tra lo Stato di appartenenza e l'individuo che cerca rifugio, in ossequio

⁸⁹ Cfr. da ultimo ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germania c. Italia)*, sent. 3 febbraio 2012, ICJ Reports 2012, p. 99 ss.

⁹⁰ V. *amplius*, UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 2: "Membership of a Particular Social Group" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/GIP/02/02, 7 May 2002, par. 23; *Global Consultation on International Protection. Summary Conclusions: Membership of a Particular Social Group. Expert Roundtable Organized by the United Nations High Commissioner for Refugees and the International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Italy, 6-8 September 2001*, par. 6.

⁹¹ *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., par. 65: «Persecution is normally related to action by the authorities of a country. It may also emanate from sections of the population that do not respect the standards established by the laws of the country concerned. [...] Where serious discriminatory or other offensive acts are committed by the local populace, they can be considered as persecution if they are knowingly tolerated by the authorities, or if the authorities refuse, or prove unable, to offer effective protection». Cfr. anche la medesima pubblicazione del 1995, al par. 3 e quella originaria del 1979, sempre al par. 65.

alla logica di provvisorietà che ne caratterizza la condizione e che discende dalla natura sussidiaria della protezione internazionale, la Convenzione di Ginevra enuncia anche alcune condizioni alle quali un rifugiato cessa di essere tale⁹². Le clausole di cessazione possono riguardare un mutamento della situazione personale del rifugiato, conseguente a una sua iniziativa volontaria, come nel caso della riacquisizione della cittadinanza effettiva del Paese di origine, o basarsi su considerazioni oggettive, come nel caso in cui i mutamenti intervenuti nello Stato di origine abbiano fatto venir meno le ragioni in forza delle quali il soggetto era stato riconosciuto come rifugiato.

Tali clausole, come quelle eccezionali, si fondano sulla considerazione che la protezione internazionale non deve essere accordata o mantenuta quando non sia più necessaria o giustificabile⁹³. La valutazione della necessità o della giustificabilità della protezione internazionale spetta agli Stati parti della Convenzione, che la effettuano durante la procedura di riconoscimento della *status* o successivamente.

Nell'ambito di siffatta valutazione, la discrezionalità degli Stati è limitata sia dal dato testuale relativo alle clausole eccezionali e di cessazione, costruito in negativo, sia da un'interpretazione sistematica delle norme contenute nella Convenzione, da cui discende che si tratta di eccezioni, tali per cui nessun'altra ragione può essere invocata in via analogica per giustificare la mancata concessione o la revoca dello *status*.

In proposito, si ricorda che la revoca dello *status* non va confusa con l'annullamento della qualifica di rifugiato, che può essere dichiarato dall'autorità statale preposta all'esame della domanda di asilo quando, terminata la procedura con esito positivo, emergano ulteriori indizi che invalidano il riconoscimento dello *status*, quali il travisamento dei fatti da parte del richiedente o il possesso di una doppia o plurima cittadinanza, o ancora la sussistenza dei presupposti per l'attivazione di una delle clausole di esclusione.

Ad esempio, in caso di cittadinanze multiple, l'accesso alla protezione internazionale è possibile solo qualora sia dimostrabile la scarsa effettività, sotto il profilo della tutela nazionale, di ciascuno dei vincoli di cittadinanza vantati dall'individuo⁹⁴. In caso contrario, ovvero qualora i vincoli di cittadinanza

⁹² V. Convenzione di Ginevra, art. 1, lett. (C).

⁹³ Cfr. UNHCR, *Summary Conclusions: Cessation of Refugee Status, Expert Roundtable*, May 2001; *Note on the Cancellation of Refugee Status*, November 2004.

⁹⁴ Sulla questione dell'espulsione di individui con cittadinanze plurime, si rinvia a WORSTER, *International Law and the Expulsion of Individuals with More than One Nationality*, UCLA JILFA, vol. 14, 2009, p. 423 ss.

vantati dallo straniero si rivelino effettivi, spetterà alle normative nazionali di diritto internazionale privato regolamentare il concorso successivo di criteri di collegamento per determinare il vincolo di appartenenza preferenziale. Nell'ordinamento giuridico italiano la questione è risolta dall'articolo 19, relativo alle questioni dell'apolidia, del rifugio e delle cittadinanze multiple, della Legge 31 maggio 1995, n. 218, che ha riformato il sistema italiano di diritto internazionale privato⁹⁵. Come noto, infatti, in base a tale disposizione, ogni qual volta tra i diversi vincoli di cittadinanza vantati dall'individuo non sia annoverata quella italiana, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale questi vanta il collegamento più stretto.

Giova ricordare, in questa sede, che, accanto alle eccezioni alla protezione internazionale che trovano fondamento nelle norme della Convenzione di Ginevra, si sono affermate in via di prassi altre ipotesi di esclusione dalla titolarità dello *status* di rifugiato, che si basano su un ricorso atecnico alle nozioni di annullamento della qualifica o di revoca della stessa per negare la protezione ai richiedenti che, prima di fuggire all'estero, non abbiano cercato una alternativa di protezione c.d. "interna"⁹⁶. Tale prassi può sostanziarsi, quindi, tanto nel rigetto di una domanda di protezione internazionale, nei casi in cui il richiedente asilo sarebbe potuto sfuggire alla persecuzione spostandosi all'interno dei confini dello Stato di cittadinanza o di residenza abituale (c.d. "*internal protection alternative*" o "*internal flight alternative*"), quanto nella dichiarazione di cessazione della protezione internazionale, nei casi in cui una parte del territorio del Paese di provenienza del rifugiato, diversa da quella in cui questi risiedeva prima della fuga, sia considerata come "sicura" ai fini del rimpatrio dello stesso (c.d. "*internal relocation alternative*")⁹⁷.

Naturalmente, tale prassi riguarda i casi in cui l'agente di persecuzione sia un ente non statale, che al più eserciti una forma di controllo su una porzione del territorio da cui il rifugiato scappa, ponendo il problema di determinare se questi possa evitare il rischio persecutorio cercando rifugio in un'area del territorio statale diversa da quella controllata dai ribelli.

⁹⁵ V. Suppl. ord. GU Serie gen. 128 del 3 giugno 1995. In argomento, BATCHELOR, *Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status*, IJRL, vol. 10, 1998, p. 156 ss.

⁹⁶ Per una disamina della prassi v. UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/GIP/03/04, 23 July 2003; WORSTER, *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law*, cit., p. 141 ss.

⁹⁷ HATHAWAY, FOSTER, *Internal Protection/Relocation/Flight Alternative As An Aspect of Refugee Status Determination*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 357 ss., p. 358.

A partire dalla configurazione della protezione internazionale come surrogato di quella nazionale, che si attiva solo in mancanza e in vece di quest'ultima (considerata l'*optimum* giuridico), la *ratio* di tale prassi è quella di introdurre una "scorciatoia" procedurale nella decisione circa l'ammissibilità delle domande di asilo⁹⁸, limitando l'abuso del diritto. Tuttavia, come si vedrà nel commentare il diritto dell'Unione europea che la codifica⁹⁹, tale prassi extra-convenzionale può comportare un'indebita compressione della portata della definizione di rifugiato ai sensi dell'articolo 1 (A) della Convenzione di Ginevra, la violazione dell'obbligo di *refoulement*, nonché il ridimensionamento degli *standard* minimi di protezione assicurati dalla Convenzione di Ginevra¹⁰⁰.

7. (segue) *Il carattere internazionale dell'allontanamento.*

Se l'origine della persecuzione non appare decisiva al fine del riconoscimento dello *status* di rifugiato, affinché la protezione internazionale possa concretizzarsi è senz'altro necessario che il rifugiato abbia attraversato la frontiera amministrativa dello Stato di appartenenza. Come affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel 1950 in relazione al caso *Asilo (Colombia c. Peru)*, «*the refugee is within the territory of the State of refuge*»¹⁰¹, ovvero solo allorquando l'individuo abbandona il territorio dello Stato di nazionalità o di residenza abituale a causa di un insanabile conflitto con un centro di potere nazionale, e cerca rifugio dalle persecuzioni in uno Stato parte della Convenzione, può essergli riconosciuta la protezione internazionale.

Se l'attraversamento di un confine internazionale consente l'internazionalizzazione di una vicenda che, altrimenti, rimarrebbe puramente interna, allora è chiaro che la Convenzione non trova applicazione nei confronti degli sfollati interni¹⁰², che fuggono da situazioni di violenza generalizzata

⁹⁸ *Summary Conclusions: Internal Protection/Relocation/Flight Alternative. Expert roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees and the International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Italy, 6-8 September 2001*, in FELLER, TÜRK NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 418-419, a p. 418.

⁹⁹ V. *infra*, cap. 6.

¹⁰⁰ HATHAWAY, FOSTER, *op. cit.*, p. 392.

¹⁰¹ V. ICJ, *Asylum Case*, cit., p. 274.

¹⁰² Secondo la definizione contenuta nei *Guiding Principles on Internal Displacement* (UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 February 1998), presentati dal Relatore del Segretario Generale delle Nazioni Unite, Francis Deng, alla cinquantaquattresima Sessione della Commissione dei diritti umani: «*For the purposes of these Principles, internally displaced persons are persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in*

spostandosi entro i confini statuali e restando, quindi, sotto la giurisdizione del proprio Stato. Tali individui vengono a trovarsi in una situazione peggiore anche rispetto a quella dei profughi, in quanto il diritto di Ginevra sacrifica la loro protezione alla riaffermazione del principio del *domaine réservé* dello Stato, almeno nella misura in cui gli effetti di un conflitto o di una situazione generalizzata di violenza non siano tali da portare all'attivazione della comunità internazionale per evitare o interrompere la commissione di *gross violations*¹⁰³.

La questione, tuttavia, non rileva in altri sistemi regionali di protezione dei rifugiati, in cui la definizione di "rifugiato" è stata ampliata in modo da ricomprendere categorie di persone che non fuggano da un rischio persecutorio o che non integrino il requisito della transnazionalità della migrazione (si pensi alla Convenzione OUA del 1969 che, come si vedrà nel capitolo che segue, include nella definizione di rifugiato anche coloro che fuggono da conflitti e gli sfollati interni)¹⁰⁴.

8. Il "catalogo" dei diritti e degli obblighi dei rifugiati.

La "qualità" di rifugiato, ai sensi della Convenzione di Ginevra, comporta il riconoscimento di una serie di diritti e obblighi che rappresentano uno *standard* minimo di trattamento, non derogabile *in pejus*, per gli Stati parti del trattato¹⁰⁵. Il riconoscimento di siffatta qualità e della tutela che ne deriva, in uno Stato

particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognised State border». Cfr. anche UN Doc. A/60/L. 1, 132 e, sulla responsabilità degli Stati per la protezione delle *displaced persons*, v. UN Docs. A/RES/53/148; A/RES/62/124; A/RES/61/137; A/RES/56/156; A/RES/54/180.

¹⁰³ Il rispetto del *domaine réservé* degli Stati, su cui si fonda tutta l'architettura giuridica dell'ordine internazionale instaurato nel secondo dopoguerra, e sancito all'art. 2, par. 7 della Carta delle Nazioni Unite, appare ancora centrale nella vita di relazione internazionale. Infatti, seppure innegabile, il ruolo giocato dallo sviluppo dei diritti umani nell'erosione della *domestic jurisdiction* degli Stati non ha modificato la struttura orizzontale della comunità internazionale, al più consentendo l'intervento negli affari interni di uno Stato solo in caso di violazioni massicce e sistematiche dei diritti dell'uomo e non certo in caso di persecuzioni individuali o di piccoli gruppi. In argomento LAGRANGE, *L'application de la Convention de Rome a des actes accomplis par les Etats Parties en dehors du territoire National*, RGDIP, vol. 112, 2008, p. 521 ss.

¹⁰⁴ V. *infra*, cap. 3, spec. par. 6.

¹⁰⁵ La natura di *minimum standard* del trattamento convenzionale si ricava dal combinato disposto dell'articolo 7, par. 1 e dell'articolo 5 della Convenzione di Ginevra. In base a quest'ultimo: «*Rights granted apart from this Convention. Nothing in this Convention shall be deemed to impair any rights and benefits granted by a Contracting State to refugees apart from this Convention*».

contraente, inoltre, esplica i propri effetti *erga omnes partes*, essendo la Convenzione di Ginevra un trattato di natura non sinallagmatica, con finalità umanitaria, in cui è prevista l'esenzione dalla condizione di reciprocità legislativa¹⁰⁶.

La protezione derivante dalla qualità di rifugiato è dettagliata agli articoli 2 e seguenti, partendo dagli "obblighi generali" del rifugiato, consistenti nel dovere di conformarsi alle leggi e alle misure prese per il mantenimento dell'ordine pubblico dal Paese ospitante¹⁰⁷.

Seguono gli articoli che contengono un catalogo dei diritti fondamentali del rifugiato, come la libertà dalle discriminazioni, la libertà religiosa, il diritto al lavoro, all'istruzione, all'alloggio, all'assistenza sociale e amministrativa¹⁰⁸. La configurazione di siffatte norme rivela la matrice essenzialmente europea degli *standard* di tutela convenzionale, la cui previsione è funzionale all'effettiva realizzazione dell'obiettivo dell'integrazione del rifugiato, previsto all'articolo 34¹⁰⁹. Al perseguimento dell'obiettivo di legare il rifugiato all'ordinamento giuridico dello Stato ospitante presiedono altresì le disposizioni contenute agli articoli 27 e 28, che riguardano la concessione ai rifugiati, che ne siano privi, di documenti d'identità e di titoli di viaggio validi.

La condizione giuridica del rifugiato è regolata al capo II del trattato che gli riconosce il diritto di associazione, di proprietà e il diritto alla tutela giurisdizionale¹¹⁰. Tale capo disciplina, all'articolo 12, lo statuto personale del rifugiato, che è determinato in base alla legge del Paese di domicilio o, in mancanza, in base alla legge del Paese di residenza. Questa disciplina dei criteri

¹⁰⁶ Convenzione di Ginevra, par. 2 dell'articolo 7. A tal proposito, si rimanda anche agli artt. 8 e 9: il primo esenta i rifugiati dall'applicazione di "misure eccezionali" che possano altrimenti colpirli in ragione della loro nazionalità, il secondo fa salvo il diritto degli Stati parti di adottare misure provvisorie, necessarie per preservare la sicurezza nazionale, nei confronti di una particolare persona, ma soltanto nelle more della decisione in merito alla sua domanda di asilo e nella misura in cui la minaccia alla sicurezza nazionale perduri. In argomento, SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, DUDI, vol. 4, 2010, p. 487 ss., dove l'Autore esplora le conseguenze giuridiche della qualificazione della Convenzione di Ginevra alla stregua di un "trattato-regime".

¹⁰⁷ Convenzione di Ginevra, Capo I: Disposizioni generali (artt. 1-11); Capo II: Condizione giuridica (artt. 12-16); Capo III: Attività lucrativa (artt. 17-19); Capo IV: Benessere sociale (artt. 20-24); Capo V: Provvedimenti amministrativi (artt. 25-34); Capo VI: Disposizioni esecutive e transitorie (artt. 35-37); Capo VII: Disposizioni finali (artt. 38-46).

¹⁰⁸ Ivi, rispettivamente artt. 3, 4, 17-19, 22, 21, 23-24, 25.

¹⁰⁹ Cfr. GOODWIN-GILL, *Convention relating to the Status of Refugees*, cit., p. 5. Un ampio repertorio della dottrina che si è occupata degli obblighi statali nei confronti dei rifugiati, discendenti dalla Convenzione di Ginevra, è contenuto in CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2012, p. 96, nota 420.

¹¹⁰ Convenzione di Ginevra, rispettivamente artt. 15, 13-14, 16.

di collegamento sociale, quando quello della cittadinanza non può trovare applicazione nella individuazione della legge applicabile per la determinazione dello statuto personale del rifugiato, rimanda, peraltro, all'articolo 12 della Convenzione di New York del 28 settembre 1954 relativa allo *status* degli apolidi¹¹¹ ed ha spesso ispirato il Legislatore nazionale, come, ad esempio, nel caso della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, che ha "nazionalizzato" la soluzione convenzionale nell'articolo 19 della Legge 31 maggio 1995, n. 218¹¹².

In ordine al grado di tutela accordato ai rifugiati, l'impianto generale della Convenzione riflette i limiti di una visione dei diritti fondamentali tipica del XX secolo, in cui il principio di universalità dei diritti umani si è affermato di pari passo con la previsione di eccezioni e limiti al godimento da parte degli stranieri di taluni diritti fondamentali, previsione a sua volta sorretta dall'assenza del legame di cittadinanza¹¹³.

A ciò si aggiunge che i redattori della Convenzione di Ginevra hanno rinunciato a fondare il regime di protezione internazionale dei rifugiati su un vero e proprio diritto soggettivo all'asilo e hanno preferito predisporre un catalogo di diritti (derivanti in capo al rifugiato dall'accertamento della sua qualità nel Paese ospitante), il cui contenuto tutelare e di garanzia è determinato dagli Stati parti, in assenza di un organo investito dell'interpretazione autentica del trattato.

Non vi è, invero, né una protezione armonizzata né un regime unico di protezione per tutti i rifugiati, essendo talvolta prevista la clausola del "trattamento più favorevole", riservato nelle medesime circostanze agli stranieri regolarmente residenti¹¹⁴, e solo in alcuni casi il c.d. "trattamento nazionale"¹¹⁵.

¹¹¹ Convenzione relativa allo *status* degli apolidi, art. 12: «*Personal status. 1. The personal status of a stateless person shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence*».

¹¹² Nel sistema previgente, l'apolidia era regolata dall'articolo 29 delle preleggi, in base al quale si applicava la legge del luogo dove il soggetto risiedeva. L'ipotesi dei rifugiati era invece regolata dalla Convenzione di Ginevra del 28 ottobre 1933, in base alla quale si applicava la legge del domicilio.

¹¹³ Per una riflessione generale su questi profili si rinvia a NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013, p. 29 ss. e p. 47 ss. Più precisamente, sul principio di universalità e le limitazioni ai diritti degli stranieri v. VILLANI, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, in MARCELLI (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 273 ss, pp. 273-275.

¹¹⁴ La Convenzione di Ginevra prevede la clausola del "trattamento più favorevole" per quanto riguarda la libertà di associazione e il diritto a un lavoro dipendente. V. art. 15 e art. 17, par. 1. Quest'ultima norma è stata peraltro oggetto di numerose riserve ed è stata interpretata

Queste forme di protezione più estesa sono riservate ai rifugiati che vantano un legame più stabile con lo Stato ospitante, ovvero che ivi risiedono "regolarmente" o "abituamente"¹¹⁶, in seguito all'espletamento delle procedure per il riconoscimento dello *status* o alla concessione di un titolo di soggiorno non temporaneo. Ne sono esclusi, invece, i rifugiati "legalmente presenti" nello Stato ospitante, cioè quelli il cui ingresso e la cui permanenza sono avvenuti nel rispetto della normativa nazionale sull'immigrazione, e che sono in attesa dell'accertamento del proprio *status*. A *fortiori*, non ne godono i rifugiati il cui ingresso è avvenuto in modo irregolare o che si sono trattenuti oltre i termini di scadenza di un titolo di soggiorno temporaneo.

A queste ultime due categorie di rifugiati, gli Stati parti non possono comunque concedere un trattamento deteriore di quello concesso agli stranieri in generale¹¹⁷; inoltre, a tutti i rifugiati, senza alcuna distinzione, è riconosciuta la protezione contro il *refoulement* ai sensi dell'articolo 33, rubricato «*Prohibition of Expulsion or Return ("refoulement")*». Il paragrafo 1 di questo articolo statuisce:

«No Contracting State shall expel or return ("*refouler*") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion»¹¹⁸.

largamente dagli Stati come un auspicio e una raccomandazione, più che come un vero e proprio obbligo giuridico. Cfr. GOODWIN-GILL, *Convention relating to the Status of Refugees*, cit., p. 5.

¹¹⁵ Il cosiddetto "trattamento nazionale", ossia l'equiparazione dello statuto giuridico dei rifugiati a quello dei cittadini, è previsto per le libertà fondamentali e la maggior parte dei diritti sociali. V. Convenzione di Ginevra, artt. 4, 14, 16, 20, 22, par. 1, 23, 24, par. 1, 29.

¹¹⁶ In argomento, CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 3 ss. In particolare, l'Autore evidenzia come la condizione dei rifugiati "regolarmente residenti" sia equiparata a quella dei rifugiati che hanno la propria "residenza abituale" nello Stato parte della Convenzione di Ginevra quanto all'accesso al livello più esteso di tutela previsto dal trattato.

¹¹⁷ Convenzione di Ginevra, art. 7, par. 1: «*Except where this Convention contains more favourable provisions, a Contracting State shall accord to refugees the same treatment as is accorded to aliens generally*». Ad es., al rifugiato deve essere riconosciuto un trattamento non meno favorevole di quello riconosciuto agli stranieri anche in materia di proprietà (art. 13), di esercizio di professione non dipendente (art. 18), d'insegnamento nelle scuole che non sono scuole primarie, segnatamente all'ammissione agli studi, al riconoscimento di certificati di studio, di diplomi e di titoli universitari rilasciati all'estero, all'esenzione delle tasse scolastiche e all'assegnazione di borse di studio (art. 22, par. 2), alla libertà di movimento all'interno del territorio dello Stato parte (art. 26).

¹¹⁸ GRANT, BARKER, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, New York, 2004, p. 426: «*Refoulement [is] the expulsion or return of a refugee from one state to another where his life or liberty would be threatened. [...] It is now prohibited by Article 33 of the Convention relating to the status of refugees (28-Jul-1958) which bars the expulsion or return of refugees in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*».

Dunque, nella fase che intercorre tra l'ingresso dello straniero nello Stato ospitante e la conclusione delle procedure nazionali di riconoscimento dello *status* di rifugiato, questi non è privo di protezione, giacché il rispetto del divieto di *refoulement* impone allo Stato di non allontanarlo verso un Paese in cui possa subire una minaccia alla propria vita e incolumità.

Tale norma non rappresenta una novità assoluta nell'ambito del diritto internazionale. Piuttosto, esso riprende, qualifica e rende effettivo quanto già disposto dall'articolo 3 della Convenzione sullo statuto internazionale dei rifugiati del 1933¹¹⁹, filtrato attraverso le riflessioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite¹²⁰ e del Comitato *ad hoc* sull'apolidia e i problemi connessi, incaricato di predisporre i lavori per la Conferenza del 1951¹²¹.

L'obbligo di *non-refoulement* è a ragione considerato la norma di chiusura del sistema internazionale di protezione dei rifugiati, una sorta di *fil rouge* che riporta ad unità tutti gli elementi del sistema di protezione internazionale dei rifugiati. Tale norma assume un peculiare rilievo soprattutto nei momenti topici del contatto con il Paese presso il quale chiedono protezione, ovvero nella fase di accesso al territorio dello Stato di rifugio e di allontanamento dallo stesso¹²².

Prima di passare all'esame di questi profili, è opportuno sottolineare che il termine "*refoulement*", non trovando un perfetto corrispettivo giuridico al di fuori della lingua francese, è stato sempre più spesso utilizzato come sinonimo di "respingimento" (nella lingua inglese "*removal*"). Orbene, come noto, il respingimento, inteso come la "non ammissione" dello straniero nel territorio o la "espulsione" dello stesso dal territorio dello Stato ospitante¹²³, è di per sé un'attività meramente lecita¹²⁴ condotta dallo Stato nell'esercizio del proprio

¹¹⁹ Per un approfondimento in relazione a tale trattato, si rimanda al par. 4 del capitolo 1 del presente scritto.

¹²⁰ Come si è già ricordato nel capitolo che precede, durante la prima sessione dell'Assemblea Generale Onu nel 1946 si riconosce non soltanto l'urgenza del problema dei rifugiati, ma anche il principio in base al quale «*no refugees or displaced persons who have finally and definitely [...] expressed valid objections to returning to their countries of origin [...] shall be compelled to return*». V. Res. 8 (I), cit.

¹²¹ UN Doc. E/AC. 32/SR. 20, 1950, pp. 11-12, parr. 54-55.

¹²² UNHCR, *Note on the Principle of Non-Refoulement*, Geneva, nov. 1997, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>].

¹²³ V. *Second Report on the Expulsion of Aliens*, cit., parr. 162-164.

¹²⁴ Ad esempio, come si vedrà nella parte terza del presente lavoro, nel diritto dell'Unione europea, il respingimento è annoverato tra le misure di esclusione, insieme all'allontanamento, al rimpatrio, al divieto di rientro, alla segnalazione ai fini della non ammissione, alle decisioni del Consiglio concernenti misure restrittive nei confronti di determinati individui, alla presunzione di "non ingresso". Per un approfondimento v. SPATTI, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 24 ss.

diritto sovrano al controllo dei flussi migratori e all'interdizione dell'immigrazione irregolare¹²⁵, così come lo sono le altre forme di esclusione degli stranieri, previste dagli ordinamenti giuridici interni, ma ignorate dal diritto internazionale (si pensi al "respingimento alla frontiera" o alla "riconduzione alla frontiera" degli stranieri presenti sul territorio ma privi di un regolare titolo di soggiorno)¹²⁶.

E, invero, l'assimilazione terminologica ha inciso sul contenuto normativo del respingimento, nel senso che, a partire dalla Convenzione di Ginevra, l'attività di interdizione dell'immigrazione e controllo dei flussi di stranieri condotta dagli Stati parti ha dovuto superare il *test* del rispetto di quel particolare tipo di divieto di respingimento, precipuamente qualificato in base alle sue conseguenze, ovvero al rischio persecutorio in cui lo straniero può incorrere a seguito dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento.

Peraltro, come si vedrà nelle pagine che seguono, tale *test* è stato applicato a qualsiasi provvedimento di allontanamento adottato da uno Stato nei confronti di uno straniero - indipendentemente dalla qualifica dello stesso in termini di espulsione, deportazione, estradizione, respingimento alla frontiera, riconduzione alla frontiera, non ammissione, trasferimento o consegna¹²⁷ - con una sostanziale compressione della libertà degli Stati, in un ambito che rappresenta, tradizionalmente, la quintessenza della sovranità.

9. L'obbligo di non-refoulement nella fase di accesso al territorio.

Il divieto di *refoulement* incide, in primo luogo, sulle misure statali di allontanamento dell'individuo dal territorio dello Stato ospitante, adottabili nella fase ascendente della vicenda del rifugiato, ossia prima del formale riconoscimento dello *status* di rifugiato.

La prima questione da risolvere riguarda l'ambito di applicazione personale del *non-refoulement* nella fase di accesso al territorio dello Stato di rifugio. La

¹²⁵ IDI, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, cit., Preambolo: «Considérant que, pour chaque Etat, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance». In argomento, GAJA, *Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law*, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 283 ss., pp. 290-291.

¹²⁶ V. *Second Report on the Expulsion of Aliens*, cit., parr. 165-166.

¹²⁷ Ivi, parr. 154-177.

lettera della norma, accolta nell'articolo 33, par. 1, limita il beneficio del non respingimento ai "rifugiati", ossia a coloro che sono in possesso dei requisiti necessari ex articolo 1, lettera (A), par. 2 per ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato o che hanno già ottenuto il formale riconoscimento di tale status.

La tesi della limitazione del beneficio del non respingimento ai rifugiati c.d. "statutari" è stata sostenuta a partire dalle dichiarazioni rilasciate durante la conferenza diplomatica di Ginevra, in cui i delegati di taluni Stati optarono per una lettura restrittiva della norma per evitare che il principio in essa sancito si traducesse in uno strumento di compressione della discrezionalità statale in materia di politiche migratorie¹²⁸.

Tale tesi è, invero, suffragata dalla circostanza che la Convenzione di Ginevra non riconosce in capo al rifugiato un diritto all'asilo, né configura un correlato obbligo di ammissione del rifugiato nel territorio degli Stati parti¹²⁹. A ciò si aggiunge che la norma di cui all'articolo 33, par. 1 della Convenzione si limita a vietare l'allontanamento verso i territori in cui la vita e l'incolumità del rifugiato possano essere pregiudicati e non anche verso uno Stato terzo, che possa ritenersi "sicuro" ai fini della protezione del rifugiato stesso¹³⁰.

Tuttavia, nella prassi successiva all'entrata in vigore della Convenzione, soprattutto sulla scorta delle riflessioni dell'UNHCR, è invalsa un'interpretazione del *non-refoulement* che tende a superare gli intrinseci limiti convenzionali¹³¹. E, invero, attenendosi al canone ermeneutico contenuto nell'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹³²,

¹²⁸ V. UN Doc. E/AC. 32/SR. 21, pp. 3-7.

¹²⁹ VILLANI, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, cit., p. 277; JULIEN-LAFERRIERE, *Le droit d'asile enterré à peine découvert*, in KOUBI (sous la direction de), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, 1996, p. 209 ss., pp. 212-213: «[L]a Convention de Genève n'est pas une convention sur l'asile. Dans aucune de ses dispositions elle ne fait obligation aux Etats parties d'accorder l'asile – c'est-à-dire l'entrée de leur territoire et le maintien sur ce territoire – aux étrangers qui s'adressent à eux pour obtenir leur protection et s'y voir reconnus réfugiés, ni même à ceux qu'ils reconnaissent réfugiés».

¹³⁰ A partire da queste premesse, si è sviluppata la prassi del c.d. "Paese terzo sicuro", che è analizzata *infra*, par. 13.

¹³¹ ExCom, *Problem of Refugees and Asylum Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection*, Conclusion No. 58 (XL), 1989.

¹³² Come noto, in base all'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1155 UNTS 331), le norme pattizie vanno interpretate in base al principio oggettivistico e teleologico. Inoltre, ai sensi del par. 3 del medesimo articolo nell'interpretazione di un accordo è possibile avvalersi, oltre che del contesto, di qualsiasi altro accordo o prassi interpretativa o applicativa successiva, nonché di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti. E invero, l'estensione della protezione che deriva dal *non-refoulement* ai richiedenti asilo ha trovato consacrazione in numerosi strumenti internazionali successivi alla Convenzione di Ginevra, in cui il divieto di respingimento è

un'interpretazione sistematica e in buona fede delle norme convenzionali impedisce di avvalorare la lettura restrittiva sopra esposta, in quanto essa finirebbe per consentire allo Stato parte della Convenzione di sottrarsi all'obbligo di *non-refoulement* nella gran parte dei casi, svuotando di qualsiasi efficacia la norma in esame e compromettendo l'intero impianto di protezione internazionale dei rifugiati.

D'altra parte, l'estensione dell'obbligo di *non-refoulement* ai "richiedenti asilo", ossia a coloro che hanno richiesto, e non ancora ottenuto, l'accertamento della qualità di rifugiato, deriva dalla circostanza che tale accertamento riguarda uno "*status*", cioè una condizione che caratterizza lo straniero nel suo "essere", e da cui discende la struttura della relazione tra lo straniero e lo Stato di accoglienza, nonché il ricollegarsi di un fascio di posizioni giuridiche attive e passive¹³³. Quindi, la condizione del rifugiato è una condizione di fatto, pregiuridica, in cui l'individuo viene a trovarsi indipendentemente dalla circostanza che tale qualità gli sia riconosciuta dallo Stato ospitante¹³⁴.

Se il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha natura dichiarativa, in quanto atto formale che, ratificando la Convenzione di Ginevra, gli Stati si obbligano ad emettere nei confronti dello straniero che vanta le caratteristiche previste dall'articolo 1, lettera (A), par. 2, il riferimento al termine "rifugiato" nell'articolo 33, par. 1, non può essere volto a escludere, dall'ambito di applicazione dello stesso, i potenziali "rifugiati" che non abbiano ancora ottenuto il riconoscimento dello *status*¹³⁵. Quindi da ciò è disceso, pur in assenza di un qualsiasi obbligo di ammissione del richiedente asilo al territorio, il principio in base al quale chiunque presenti una domanda di asilo, prima di poter essere espulso, ha diritto al regolare e rapido svolgimento della procedura di esame della propria richiesta, ma soprattutto, in virtù dell'obbligo di *non-*

espressamente destinato a proteggere qualsiasi "persona che richiede asilo". Si rimanda, in proposito, alle riflessioni condotte nel capitolo che segue.

¹³³ Per un'analisi della teoria analitica degli *status* v. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905.

¹³⁴ Cfr. JAEGER, *Etude des déplacements irréguliers des demandeurs d'asile et des réfugiés. Groupe de travail sur les déplacements irréguliers des demandeurs d'asile et des réfugiés*, EC/SCP/40/Rev. 1, Geneva, 1985, p. 3: «il n'est pas nécessaire que le demandeur d'asile soit reconnu de façon formelle comme réfugié pour avoir cette qualité, qui est intrinsèque».

¹³⁵ *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., p. 9, par. 28: «A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee».

refoulement, a che tale disamina avvenga senza pregiudizio per la sua vita e la sua libertà.

Quest'ultima considerazione implica che, in caso di allontanamento del richiedente asilo verso un altro Stato, considerato "sicuro", lo Stato di prima accoglienza debba verificare che lo straniero allontanato non rischi il *refoulement* nello "Stato sicuro" che lo accoglie per esaminarne la domanda¹³⁶. Sotto il profilo materiale, da queste considerazioni è stato ricavato il divieto di *refoulement* c.d. "indiretto" o "a catena"¹³⁷, ovvero l'allontanamento del rifugiato verso i confini di territori a partire dai quali possa essere nuovamente respinto verso un Paese in cui rischi di essere perseguitato¹³⁸, nonché l'interdizione delle misure statuali di respingimento alla frontiera¹³⁹.

Secondo il Comitato esecutivo dell'UNHCR, l'obbligo di non respingimento si impone «*both at the border and within the territory of a State – of persons who may be subjected to persecution if returned to their country of origin irrespective of whether or not they have been formally recognized as refugees*»¹⁴⁰. Invero, il presupposto del corretto esplicarsi dell'*iter* di riconoscimento è l'identificazione del richiedente asilo, che sarebbe in ogni caso preclusa nelle ipotesi di respingimento alla frontiera¹⁴¹. Inoltre, il respingimento è vietato "*in any manner whatsoever*" per cui, neppure può ritenersi legittima la prassi del trattenimento, in vista dell'espulsione, degli stranieri nelle c.d. "zone di transito" degli aeroporti internazionali¹⁴², che sono state utilizzate alla stregua di zone franche in base a una *fiction iuris*, che tuttavia ha rilevanza puramente interna¹⁴³.

¹³⁶ JULIEN-LAFERRIERE, *Le droit d'asile enterré à peine découvert*, cit., p. 212: «*La seule obligation qui découle, pour les Etats, de la Convention est le "principe du non-refoulement", selon lequel [...] [I]es Etats ne peuvent donc renvoyer un demandeur d'asile – le terme "réfugié" est interprété dans un sens large, par application notamment du caractère reconnaissant de la décision d'admission au statut de réfugié – dans le pays qu'il a fui ou un pays susceptible de le renvoyer à son tour dans le pays qu'il a fui*». Sulla prassi del rinvio verso un "Paese terzo sicuro" v. *infra*, par. 13.

¹³⁷ V. ad es., Regno Unito, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay*, (1987) AC 514 UKHL, cit. anche in SOHN, BUERGENTHAL (eds.), *op. cit.*, p. 123 ss., a p. 129.

¹³⁸ WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerp/Oxford/Portland, 2009, p. 140 ss.

¹³⁹ HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, cit., p. 315 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 206 ss.; LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *op. cit.*, p. 113 ss.

¹⁴⁰ *Non-Refoulement, Conclusion No. 6, (XXVIII)*, 1977, p. 14.

¹⁴¹ *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., p. 49, par. 189. Cfr. anche MARX, *Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims*, IJRL, vol. 7, 1995, p. 383 ss., p. 401.

¹⁴² Tale prassi è esaminata nel capitolo 5 in relazione alla giurisprudenza della Corte EDU sull'articolo 3 della CEDU, che è la più incisiva sul punto.

¹⁴³ Come notato da Messineo, ad esempio, le regole sulle immunità diplomatiche non perdono efficacia in tali aree. V. ID., *Non-Refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status?*, in JUSS, HARVEY (eds.), *op. cit.*, p. 129 ss., p. 138.

Il divieto di respingimento alla frontiera, espressamente previsto in numerosi strumenti internazionali successivi alla Convenzione di Ginevra¹⁴⁴, deve necessariamente riguardare anche le azioni di contrasto all'immigrazione irregolare condotte dallo Stato parte all'esterno dei propri confini, in quanto, anche per quella via, si impedisce al richiedente asilo la presentazione della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, l'accertamento della presenza delle condizioni per l'eleggibilità allo *status* da parte delle competenti autorità nazionali e, in ultima analisi, l'accesso alla protezione internazionale¹⁴⁵.

Né può trarre in inganno l'enunciazione in senso territoriale dell'articolo 33, par. 1, che vieta il *refoulement* verso "i confini di territori", facendo supporre che il divieto di respingimento non possa estendersi, ad esempio, alle zone marine. La *ratio* logica di tale formulazione si chiarisce, infatti, se si riflette sul contesto storico in cui la Convenzione matura, contesto in cui bisognava risolvere il problema dei rifugiati provenienti dall'Europa dell'est, che si spostavano via terra attraverso i confini degli Stati.

Un'interpretazione dell'obbligo di *non-refoulement* in chiave di garanzia limitata territorialmente, peraltro, ha ottenuto una certa eco nella prassi statale risalente. Essa ha, ad esempio, ispirato la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nel celeberrimo caso *Sale v. Haitian Centers Council*¹⁴⁶, in cui tale tribunale stabilì - sulla base della rilettura dei lavori preparatori della Convenzione di Ginevra - che i rifugiati haitiani intercettati in alto mare potessero essere rimpatriati dalle autorità statunitensi senza che lo Stato incorresse in una violazione dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra in quanto, non avendo toccato il suolo americano, non potevano rientrare nelle

¹⁴⁴ A livello universale, si rimanda alla Dichiarazione sull'asilo territoriale delle Nazioni Unite (*Declaration on Territorial Asylum*, UN Doc. A/RES/2312 (XXII), 14 December 1967), art. 3, par. 1. A livello regionale, si veda, ad es., la Convenzione OUA, art. II, par. 3; la Dichiarazione di Cartagena (*Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama*, 22 November 1984, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev. 1, pp. 190-193 (1984-85)), sez. III, par. 5; i c.d. "Principi di Bangkok" (Asian-African Legal Consultative Organization, *Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees*, 31 December 1966, art. III, par. 4, e Res. 40/3, 24 June 2001, accessibili online all'indirizzo: [<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3de5f2d52.html>]). Nell'ambito del Consiglio d'Europa v. Assemblea parlamentare, *Recommendation (293) on the Right of Asylum*, 26 September 1961, art. 1, par. 3, in cui si propone l'inclusione nel Protocollo 2 allegato alla CEDU di una norma che sancisse il diritto di asilo; Comitato dei Ministri, *Resolution No. 14 on Asylum to Persons in Danger of Persecution (1967)*, 26 June 1967, par. 2.

¹⁴⁵ V. *Second Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 99.

¹⁴⁶ V. Stati Uniti, Supreme Court, *Sale v. Haitian Centers Council*, 509 U.S. 155 (1993), Opinion of 21 June 1993, *ILM*, vol. 32, 1993, p. 1052 ss., parr. 176-184-188.

garanzie previste dal trattato e quindi godere della protezione contro il *refoulement*¹⁴⁷.

Questa tesi, aspramente criticata dal giudice Blackmun¹⁴⁸, fu peraltro sconfessata anche dalla Commissione interamericana dei diritti umani, organo dell'Organizzazione degli Stati americani, che, nella decisione sul caso affermò: «*the United States Government [had] breached its treaty obligations in respect of article 33 of the Convention relating to the Status of Refugees*»¹⁴⁹ in quanto «*Article 33 had no geographical limitations*»¹⁵⁰.

Ciononostante, a oltre un decennio di distanza, il principio di territorialità del *non-refoulement* (enunciato nella decisione del caso *Sale v. Haitian Centers Council*) è stato riaffermato dalla Camera dei Lords in relazione alla legittimità dei controlli effettuati dalle autorità britanniche presso gli aeroporti di altri Stati europei e volti a “scremare” i richiedenti asilo ammissibili alla presentazione di una domanda di asilo nel Regno Unito¹⁵¹. Dopo aver richiamato anche altri esempi della prassi australiana, i Lords britannici hanno concluso:

«Art. 33 concerns refugees who have gained entry into the territory of a Contracting State, legally or illegally, but not to refugees who ask entrance into this territory. [...] In other words, if a refugee has succeeded in eluding the frontier guards, he is safe; if he has not, it is his hard luck»¹⁵².

¹⁴⁷ Si ricorda che gli Stati Uniti sono parti del Protocollo di New York e non anche della Convenzione di Ginevra. Nondimeno, ai sensi dell'articolo 1, par. 1 del Protocollo, gli Stati parti a quest'ultimo s'impegnano ad applicare nei confronti dei rifugiati gli artt. 2-34 della Convenzione di Ginevra. In argomento v. HONGJU KOH, WISHNIE, *The Story of Sale v. Haitian Centers Council: Guantánamo and Refoulement*, in HURWITZ, SATTERTHWAITTE, FORD (eds.), *Human Rights Advocacy Stories*, New York, 2009, p. 385 ss.; GLUCK, *Intercepting Refugees at Sea: An Analysis of the United States' Legal and Moral Obligations*, *Fordham LR*, vol. 61, 1993, p. 865 ss., p. 888.

¹⁴⁸ V. Stati Uniti, Supreme Court, *Sale v. Haitian Centers Council*, cit., *Dissenting Opinion of Judge Blackmun*, parr. 189 ss., spec. par. 193.

¹⁴⁹ Commissione inter.am., *Haitian Centre for Human Rights et al. c. Stati Uniti*, 10.675, Report No. 51/96, Inter.am. C.H.R./OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. p. 550 (1997), par. 158. In merito al ruolo della Commissione nel sistema regionale americano di tutela dei diritti umani si rimanda al capitolo 5, par. 6.

¹⁵⁰ Ivi, par. 157. Invero, se una limitazione geografica sussiste, essa è circoscritta al divieto di respingere un richiedente asilo verso un Paese dove la sua vita o libertà siano a rischio. In argomento GAJA, *Expulsion of Aliens*, cit., p. 291; GIBNEY, HANSEN, *Deportation and the Liberal State: the Forcible Return of Asylum Seekers and Unlawful Migrants in Canada, Germany and the United Kingdom*, UNHCR Working Paper, p. 1, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/research/openssl.pdf?tbl=RESEARCH&id=3e59de764>].

¹⁵¹ Regno Unito, *R v Immigration Officer at Prague Airport and Another, Ex parte European Roma Rights Centre and Others*, (2004) UKHL 55.

¹⁵² Ivi, par. 17, dove, a sostegno di questa tesi, sono riportate le argomentazioni di ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953, p. 163.

È chiaro, anche a rigor di logica, che ritenere legittima un'operazione d'interdizione dell'accesso al territorio dello Stato ospitante e, quindi, alla protezione internazionale, comporta un'inevitabile disparità di trattamento tra categorie di richiedenti asilo, paradossalmente premiando coloro che, essendo riusciti ad entrare in modo irregolare, godono, proprio a ragione della loro presenza sul territorio, del diritto di avere esaminata la propria richiesta di asilo¹⁵³.

Un contributo rilevante al riorientamento della prassi descritta è venuto dall'*Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* dell'UNHCR¹⁵⁴, che ha inserito il dibattito sulla portata extraterritoriale del *non-refoulement* all'interno del più ampio dibattito sul concetto di *jurisdiction* in materia di tutela dei diritti umani fondamentali¹⁵⁵ per concludere che «*[t]he obligation set out in Article 33(1) of the 1951 Convention is subject to a geographic restriction only with regard to the country where a refugee may not be sent to, not the place where he or she is sent from*»¹⁵⁶.

10. (segue) Non-refoulement e (assenza del) diritto di asilo.

Nella prassi degli Stati parti, la ricostruzione del divieto di *refoulement* come norma di *due process*, volta a consentire al rifugiato l'accesso alle procedure di riconoscimento del proprio *status*, è d'ausilio nel chiarire in che termini logico-giuridici il primo si è posto in rapporto tanto alla definizione convenzionale di rifugiato quanto all'assenza del diritto di asilo nella Convenzione di Ginevra.

Si tratta di due questioni ontologicamente connesse, ma deontologicamente distinte, giacché, in virtù dello *status* di rifugiato, questi si trova a essere protetto da disposizioni pattizie di diritto internazionale, ma gode di un vero e

¹⁵³ HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, cit., p. 336 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 247 ss.; FOSTER, *Protection Elsewhere: The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State*, *Michigan JIL*, vol. 28, 2007, p. 223 ss., p. 251 ss.

¹⁵⁴ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>].

¹⁵⁵ Ivi, par. 36 ss.

¹⁵⁶ Ivi, par. 26.

proprio diritto d'asilo soltanto nella misura in cui uno Stato decide di accordarglielo in base alla normativa interna¹⁵⁷.

La disgiunzione logico-giuridica tra i due concetti ben emerge in un progetto di Convenzione sull'asilo territoriale e diplomatico, elaborato dall'Associazione di Diritto internazionale nel 1972, il cui articolo 1 statuisce:

«Article 1, subparagraph (a): All States have a right to grant asylum to all victims of or who have a well-grounded fear of persecution and to political offenders. Article 1, subparagraph (b): The High Contracting Parties undertake to grant refuge in their territories to all those who are seeking asylum from persecution on grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group, which shall be understood to include any regional or linguistic group, or adherence to a particular opinion»¹⁵⁸.

Entro la generica dizione di “diritto di asilo” possono, dunque, essere ricondotti tre profili distinti quanto a titolarità e contenuto del diritto.

In primo luogo, il classico diritto degli Stati di “concedere asilo politico”¹⁵⁹, e quindi di ammettere lo straniero al godimento dei diritti e delle libertà sanciti dalle costituzioni nazionali¹⁶⁰.

In secondo luogo, il diritto dell'individuo di “cercare asilo” dalle persecuzioni, cui corrisponde, per gli Stati parti di trattati internazionali sui rifugiati, l'obbligo di garantire l'accesso alle procedure di esame delle domande di asilo nel proprio territorio e di rispettare uno *standard* internazionale di trattamento¹⁶¹.

In terzo luogo, il diritto soggettivo dello straniero “a godere dell'asilo” dalle persecuzioni, come enunciato all'articolo 14, par. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo¹⁶², vale a dire come “*right to have rights*”¹⁶³.

¹⁵⁷ Dichiarazione sull'asilo territoriale, art. 2: «*The situation of persons referred to in article 1, paragraph 1 [asylum granted by a State], is, without prejudice to the sovereignty of States and the purposes and principles of the United Nations, of concern to the international community*».

¹⁵⁸ ILA, Committee on Legal Aspects of the Problem of Asylum, *Report and Draft Conventions on Diplomatic and Territorial Asylum*, Fifty-Fifth Biennial Conference, New York, 1972, p. 196 ss., p. 207.

¹⁵⁹ Per asilo si intende l'asilo “territoriale” come qualificato, *supra*, nel capitolo 1. In argomento GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., spec. pp. 45-46.

¹⁶⁰ Come si è detto (v. *supra*, cap. 1, par. 3), tale diritto di impronta marcatamente statale, è previsto nella gran parte delle norme primigenie nazionali. Come noto, nell'ordinamento italiano, è sancito all'articolo 10, co. 3 della Costituzione.

¹⁶¹ V. *supra*, par. 8.

¹⁶² Dell'accezione contenuta nell'articolo 14, par. 1 della Dichiarazione universale si è parlato nel cap. 1, dove è stata altresì sottolineata l'assenza di qualsivoglia indicazione dei mezzi a disposizione dell'individuo per ottenere dallo Stato la garanzia del godimento del diritto soggettivo di asilo.

Ora, è stato sostenuto che una forma embrionale di diritto “a godere dell’asilo”, estromessa dalla porta principale dell’edificio della protezione dei rifugiati, entrerebbe dalla “porta di servizio” nella casa del rifugio¹⁶⁴, attraverso il divieto di *refoulement* inteso come presupposto materiale per l’esplicarsi di una procedura efficiente di riconoscimento della condizione di rifugiato, che si porrebbe come “cerniera giuridica” tra i concetti di “rifugio” e “asilo”¹⁶⁵.

Dal momento che gli Stati parti concedono l’ammissione temporanea del richiedente asilo al territorio dello Stato e, quindi, la protezione e l’assistenza necessarie nelle more della disamina della domanda di protezione internazionale¹⁶⁶, questa sorta di “asilo provvisorio” – seppur attenuato quanto all’accesso ai diritti e alle prestazioni sociali – in nulla si discosterebbe per natura e funzione da un diritto soggettivo all’asilo¹⁶⁷. Infatti, in modo simile al diritto di cittadinanza, portato tipico della protezione statale, l’asilo “provvisorio” rappresenterebbe la legittima aspettativa di protezione internazionale che il richiedente asilo vanta, in quanto potenziale rifugiato, nei confronti degli Stati parti della Convenzione di Ginevra¹⁶⁸.

Da un punto di vista teleologico, quindi, mentre il diritto di asilo attribuisce una protezione tendenzialmente duratura ai beneficiari, in quanto finalizzata alla loro integrazione nel tessuto sociale della comunità ospitante e di conseguenza corredata da un complesso di diritti per i quali è stabilita la completa o parziale equiparazione al trattamento dei cittadini, l’asilo “provvisorio” (*nomen est omen*) garantisce una tutela temporanea al beneficiario, strumentale all’espletamento delle procedure di accertamento dell’esistenza dei

¹⁶³ Come noto, questa celebre espressione fu usata da Hannah Arendt nella seconda parte del volume *The Origins of Totalitarianism*, dedicata agli imperialismi, dove l’A. sostenne che «*We become aware of the existence of a right to have rights [...] and a right to belong to some kind of organized community, only when millions of people emerge who had lost and could not regain these rights because of the new global political situation*». V. ID., *op. cit.*, p. 297.

¹⁶⁴ V. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 335 ss.

¹⁶⁵ BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, *Duke JCIL*, vol. 5, 1994, p. 1 ss., p. 1.

¹⁶⁶ La fase di registrazione della domanda di asilo rappresenta quindi un momento fondamentale della vicenda del rifugiato, in quanto essa «*doit être comprise comme celle où le demandeur est mis en possession par la préfecture d’un document le plaçant à l’abri de tout refoulement*». Così, Francia, *Rapport sur la réforme de l’asile remis au Ministre de l’Intérieur, le 28 novembre 2013, par Valérie Létard, Sénatrice et Jean-Louis Touraine, Député*, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.interieur.gouv.fr/Archives/Archives-des-actualites/2013/Reforme-de-l-asile>], p. 160.

¹⁶⁷ Cfr. ALLAND, *Asile*, in CARREAU, LAGARDE, SYNDET, BERNARD, BONNAFOUS (sous la direction de), *Encyclopédie juridique, Tome I. Répertoire de droit international*, Paris, 1998, p. 5. In genere sull’asilo provvisorio v. CARLIER, *Droit d’asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, *RdC*, vol. 332, 2007, pp. 9-354, p. 76 ss.

¹⁶⁸ Cfr. CREPEAU, *op. cit.*, p. 169; CARLIER, *Droits des réfugiés*, Bruxelles, 1989, p. 34.

presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o motivata dall'impossibilità di allontanarlo verso un Paese terzo sicuro.

Siffatto approccio trova conforto in numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, in cui si sancisce che "il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni" trova completamento, nella Convenzione di Ginevra, nel dovere degli Stati di consentire al richiedente asilo l'accesso alle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, *in primis* non respingendolo verso i confini di territori dove la sua vita o la sua libertà potrebbero essere minacciate¹⁶⁹.

Tuttavia, quest'affermazione merita una precisazione. Come si è più volte ricordato, la Convenzione di Ginevra non è un trattato sull'asilo, né contiene una previsione sull'asilo "provvisorio", inteso come precipitato del divieto di *refoulement*¹⁷⁰. Un tale sviluppo è, al più, ascrivibile all'interpretazione (diffusasi nella prassi statale) del combinato disposto degli articoli 33, par 1 e 31, par. 1 della Convenzione di Ginevra, vietando quest'ultimo l'irrogazione di una sanzione penale al rifugiato in relazione all'ingresso irregolare nel Paese di accoglienza. Facendo l'esempio francese:

«Cette obligation d'asile provisoire n'a été admise qu'un peu plus tard, par le Conseil d'Etat et sur le fondement d'une autre disposition de la Convention de Genève, l'article 31, § 1, aux termes duquel "les Etats contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée (...), entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière". Le Conseil d'Etat a déduit de ce texte un droit, pour les demandeurs d'asile, d'être admis à séjourner

¹⁶⁹ UNGA, Res. A/44/137, par. 3, 15 Dec. 1989; Res. A/46/106, par. 4, 16 Dec. 1991; Res. A/47/105, par. 4, 16 Dec. 1992; Res. A/48/116, par. 3, 20 Dec. 1993; Res. A/49/169, par. 4, 23 Dec. 1994. Ovviamente, tale affermazione va letta alla luce di quanto detto nel capitolo precedente in merito alla differenza tra "asilo" e "rifugio".

¹⁷⁰ JULIEN-LAFERRIERE, *Le droit d'asile enterré à peine découvert*, cit., p. 212: «Les Etats ne peuvent donc renvoyer un demandeur d'asile [...] [m]ais ils n'ont aucune obligation de l'admettre sur leur territoire, même à titre provisoire et pendant la durée de la procédure de détermination de sa qualité de réfugié». V. anche HATHAWAY, *Leveraging Asylum, Tex ILJ*, vol. 45, 2010, p. 503 ss., p. 530-531: «But the Refugee Convention is not an instrument that is organized around granting rights to a beneficiary class defined by the duty of non-refoulement. Codification of the duty of non-refoulement was actually far from the core of the Refugee Convention's purposes; indeed, as initially proposed, Article 33 would have applied only to refugees arriving with pre-authorization in a state party. [...] As a matter of historical fact, there is no basis to suggest that the Refugee Convention exists to delineate the entitlements of persons granted protection against refoulement».

en France jusqu'à ce qu'il soit définitivement statué sur leur demande (C.E., ass., 13 déc. 1991, Préfet de l'Hérault c. Dakoury et Nkodia, 2 esp.)¹⁷¹.

Anche nei termini appena descritti, peraltro, «*la référence à la Convention de Genève peut paraître passablement artificielle*»¹⁷², giacché dal divieto di sanzionare l'ingresso e il soggiorno irregolare del rifugiato non può ricavarsi *de plano* un "diritto di soggiorno" in capo a quest'ultimo. Nondimeno, a questo sviluppo della prassi va riconosciuto il merito di disinnescare il potenziale *busillis* di un sistema di protezione internazionale dei rifugiati non fondato sul diritto di asilo.

Non deve, quindi, meravigliare che nella prassi statale vi siano molti esempi di giustificazione dell'ammissione temporanea con motivazioni umanitarie¹⁷³ e che l'accesso all'asilo provvisorio di coloro che ne facciano richiesta sia stato spesso ostacolato, mediante una serie di impedimenti procedurali, come la previsione di condizioni di ricevibilità stringenti delle domande di asilo, o non adeguatamente garantito, mancando il rispetto del diritto di informazione sulle procedure di accesso alla protezione nella lingua di origine, nonché del diritto a ricevere un'intervista individuale con un funzionario preposto a tale compito, così come del diritto di comunicazione con l'Alto Commissariato, di conoscere le motivazioni della decisione di rigetto della domanda e di presentare un ricorso contro tale decisione¹⁷⁴.

In ogni caso, questo diritto di asilo provvisorio va circoscritto al tempo strettamente necessario all'esplicarsi della procedura di accertamento dello *status*, non potendosi sostenere che esso rappresenti altresì una forma di protezione minimale dei richiedenti asilo la cui istanza sia stata respinta o che non abbiano avuto affatto accesso alla procedura, in quanto lo Stato ospitante non è stato in grado di garantirgli tale accesso¹⁷⁵. In quest'ultimo caso, la

¹⁷¹ JULIEN-LAFERRIERE, *Le droit d'asile enterré à peine découvert*, cit., p. 212. Sull'articolo 31 della Convenzione di Ginevra si tornerà più oltre, nel par. 13.

¹⁷² JULIEN-LAFERRIERE, *Le droit d'asile enterré à peine découvert*, cit., p. 213.

¹⁷³ V. International Association of Refugee Law Judges, *Forced Migration and the Advancement of International Protection*, 7th World Conference, Mexico City, November 6-9, 2006, p. 53 ss.

¹⁷⁴ Cfr. LAMBERT, *Seeking Asylum. Comparative Law and Practice in Selected European Countries*, Dordrecht-Boston-London, 1995, p. 8 ss. In particolare, «*la notion de "demande d'asile manifestement infondée" est ainsi conçue comme un instrument de régulation des flux des demandeurs d'asile, qui permet aux Etats de procéder à un filtrage préalable des demandes d'asile aux fins de l'admission au séjour*». Cfr. CHETAIL, FLAUSS (sous la direction de), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, p. 3 ss., p. 22.

¹⁷⁵ Come si vedrà nel capitolo che segue, l'obbligo di predisporre e rendere accessibile al richiedente asilo una procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato, immediatamente dopo il suo ingresso, viene di fatto garantito in maniera inappropriata e discontinua nei diversi

configurazione di un vero e proprio diritto soggettivo all'asilo provvisorio in capo all'individuo si scontra, come abbiamo già rilevato, con la circostanza che l'articolo 33, par. 1 non osta all'allontanamento, limitandosi a enunciare una garanzia in merito al Paese di destinazione, nel quale il richiedente asilo non deve subire una minaccia alla propria vita e libertà¹⁷⁶.

A una diversa conclusione non può giungersi neppure in relazione alla situazione dei richiedenti asilo la cui domanda è stata rigettata, tenendo conto del rapporto che intercorre tra le due norme portanti della Convenzione di Ginevra: quella che contiene la definizione di rifugiato sulla base della quale avviene il riconoscimento dello *status* e quella sul divieto di *refoulement*. Infatti, dall'analisi di questa relazione, emerge chiaramente che la seconda non è che una forma di protezione individuale che scaturisce dalla prima¹⁷⁷.

Peraltro, per meglio spiegare siffatta affermazione è necessario dissipare una latente confusione concettuale, che può sorgere dalla diversa qualificazione del rischio cui il potenziale rifugiato non può essere esposto ai sensi dell'articolo 1, lett. (A), par. 2 ("rischio di persecuzione") e dell'articolo 33, par. 1 ("minaccia alla vita e alla libertà") della Convenzione di Ginevra. Secondo un approccio, invero risalente e minoritario, affinché l'articolo 33, par. 1, trovi applicazione, sarebbe necessaria, oltre a una "minaccia alla vita e alla libertà", altresì la sussistenza di un rischio persecutorio individuale, qualificato sulla base delle

contesti geografici e in relazione alle diverse situazioni storiche in cui la protezione si colloca. Peraltro, contro questa tendenza si è autorevolmente pronunciato il Comitato esecutivo dell'Alto Commissariato già negli anni Ottanta, sottolineando che la legittima esigenza degli Stati di approntare meccanismi atti a discriminare tra immigrati economici e rifugiati non può in ogni caso essere strumentalizzata al fine di comprimere il diritto dei richiedenti asilo ad accedere alla procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Cfr. ExCom, *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum, Conclusion No. 30 (XXXIV)*, 1983, lett. e): «Recognized the substantive character of a decision that an application for refugee status is manifestly unfounded or abusive, the grave consequences of an erroneous determination for the applicant and the resulting need for such a decision to be accompanied by appropriate procedural guarantees and therefore recommended that: (i) as in the case of all requests for the determination of refugee status or the grant of asylum, the applicant should be given a complete personal interview by a fully qualified official and, whenever possible, by an official of the authority competent to determine refugee status; (ii) the manifestly unfounded or abusive character of an application should be established by the authority normally competent to determine refugee status; (iii) an unsuccessful applicant should be enabled to have a negative decision reviewed before rejection at the frontier or forcible removal from the territory. Where arrangements for such a review do not exist, governments should give favourable consideration to their establishment. This review possibility can be more simplified than that available in the case of rejected applications which are not considered manifestly unfounded or abusive».

¹⁷⁶ Spetta, quindi, allo Stato di accoglienza scegliere se concedere l'asilo provvisorio o rinviare il richiedente asilo verso un Paese terzo in cui questi sia al riparo da rischi.

¹⁷⁷ V. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., pp. 300-301; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 196; MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, p. 200.

determinanti di cui all'articolo 1, lettera (A), par. 2¹⁷⁸. È chiaro che questa lettura dell'articolo 33, par. 1, riservando la protezione che dal divieto discende alle fattispecie in cui siano soddisfatti cumulativamente i requisiti in esso previsti e quelli necessari al riconoscimento dello *status*, ne restringe in maniera significativa la portata *ratione personarum*.

Per contro, secondo un altro approccio, l'obbligo di *non-refoulement* garantisce una forma di tutela contro l'allontanamento non soltanto a coloro che rientrano nella definizione di rifugiato, in quanto la loro situazione personale integra i requisiti della persecuzione, ma altresì a quanti vadano incontro a una potenziale lesione del diritto alla vita, del diritto all'integrità fisica, del diritto alla libertà personale¹⁷⁹.

Per questa via, il divieto di respingimento troverebbe applicazione quand'anche non fosse comprovata la sussistenza delle condizioni personali del rischio, come, ad esempio, nel caso in cui l'allontanamento di uno straniero non individualmente a rischio avvenga verso un Paese in cui sono praticate violazioni sistematiche dei diritti umani.

A siffatto approccio va riconosciuto il merito di porre in evidenza la diversa funzione cui le due norme in esame presiedono nell'impianto della Convenzione di Ginevra. L'elemento fondamentale della definizione di rifugiato *ex* articolo 1, lettera (A), par. 2 è il rischio di persecuzione, che pone l'attenzione sul soggetto, individualmente colpito, in ragione della sua peculiare connotazione politico-ideologica¹⁸⁰. Nella norma che accoglie l'obbligo di *non-refoulement*, al contrario, l'attenzione è posta sull'oggetto, il tratto preponderante essendo proprio la minaccia alla vita e alla libertà dell'individuo. Queste considerazioni, in accordo con il fine della Convenzione di Ginevra di creare un regime uniforme di protezione internazionale dei rifugiati, ci convincono che le due diverse qualificazioni del rischio accolte negli articoli summenzionati vadano coordinate.

¹⁷⁸ Si veda, ad esempio, la celebre pronuncia della Corte Suprema statunitense nel caso *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 9 March 1987, 480 US 421, 444, in cui il beneficio del *non-refoulement* fu negato alla ricorrente per mancanza di prove sulla "chiara probabilità di persecuzione" che l'attendeva al ritorno in Nicaragua, Paese di origine della stessa.

¹⁷⁹ Nella prassi dell'UNHCR, v. ExCom, *Establishment of the Sub-committee and General Conclusion No. 1 (XXVI)*, 1975, p. 7; *Refugees without an Asylum Country, Conclusion No. 15 (XXX)*, 1979, p. 31. Per la prassi degli Stati v., ad es., Regno Unito, House of Lords, *Sivakumaran*, (1988) 1 All ER 193. Per un'analisi della prassi statale si rimanda a STENBERG, *op. cit.*, pp. 209-219. In dottrina, su tutti v. LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *op. cit.*, pp. 124 ss.; pp. 40-41.

¹⁸⁰ V. *supra*, par. 2.

Tuttavia, non riteniamo che siffatto coordinamento possa incidere sulla portata del *non-refoulement*, in una gradazione ascendente di forme di tutela, dal concetto di “persecuzione” individuale a quello più generale e astratto di “minaccia alla vita e alla libertà”.

Invero, l’articolo 1, lettera (A), par. 2 accoglie una definizione giuridicamente rilevante di una categoria di stranieri (i rifugiati, appunto), cui il diritto internazionale pattizio riconosce uno specifico regime di tutela (i cui contenuti sono dettagliati nella Convenzione di Ginevra), nell’ambito del quale il beneficio del *non-refoulement*, contenuto nell’articolo 33, par. 1, è connotato come uno dei principali diritti individuali¹⁸¹. Tale beneficio si traduce, quindi, nell’impossibilità dello Stato parte alla Convenzione di rimandare il rifugiato (attuale o potenziale) verso ciò da cui fugge¹⁸², ma non può estendersi a un richiedente asilo la cui domanda sia stata rigettata.

Ciò è peraltro supportato dalla prassi statale che, spesso, riserva ai richiedenti asilo la cui domanda è stata rigettata, e il cui allontanamento è stato differito per ragioni economiche o giuridiche, null’altro che uno *status* di mera tolleranza (c.d. “*tolerated persons*”)¹⁸³, che preclude la libertà di movimento, così come l’accesso alle prestazioni sociali, talvolta anche di base. Nell’impossibilità di ottenere un titolo di soggiorno, questi stranieri si trovano, quindi, in un limbo, salvo che la loro posizione sia regolarizzata mediante una sanatoria.

Un riflesso di tale prassi si trova nel diritto dell’Unione europea, e in particolare nella previsione che gli Stati membri possano escludere dall’ambito di applicazione delle direttive comunitarie in materia di contrasto all’immigrazione irregolare gli stranieri che, pur privi di regolare titolo di soggiorno, godano della sospensione temporanea dell’allontanamento¹⁸⁴.

¹⁸¹ HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, cit., p. 304 ss., spec. p. 307; WOUTERS, *op. cit.*, p. 57; MESSINEO, *op. cit.*, p. 135.

¹⁸² Cfr. KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement*, cit., pp. 88-90; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 138. Tale tesi, peraltro, è suffragata tanto dai lavori preparatori. V. UN Docs. E/AC. 32/SR. 20, 1950; A/CONF. 2/SR. 35, pp. 22-25; E/AC. 32.2/SR. 40, p. 34. In argomento, Cfr. GRAHLMADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., p. 196; WEIS, *The Refugee Convention, 1951*, cit., pp. 219, 303, 341.

¹⁸³ In Germania, tale *status* è regolato dall’istituto del Duldung e ha interessante un numero considerevole di richiedenti asilo, la cui posizione è stata sovente regolarizzata con l’attribuzione di un permesso di soggiorno. V. LEISE, *Germany to Regularize “Tolerated” Asylum Seekers*, in *The Online Journal of the Migration Policy Institute*, April 5, 2007, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.migrationpolicy.org/article/germany-regularize-tolerated-asylum-seekers>].

¹⁸⁴ UE, Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GUUE L 168/24 del 30 giugno 2009, art. 3, par. 3: «Uno Stato membro può decidere di non applicare il divieto di [assunzione

11. *L'obbligo di non-refoulement nella fase di allontanamento.*

Al fine di analizzare l'ambito di applicazione materiale dell'obbligo di *non-refoulement* nella fase discendente della vicenda del rifugiato, ossia dopo che gli sia stato formalmente riconosciuto lo *status*, occorre considerare le fattispecie in cui può concretizzarsi il rischio di allontanamento dal territorio del Paese di rifugio, ovvero interpretare il contenuto della formula "*in any manner*", nell'articolo 33, par. 1 della Convenzione.

Tale locuzione è funzionale a estendere il divieto di respingimento ai provvedimenti di allontanamento intrapresi da qualsiasi organo dello Stato, operante in qualsiasi segmento della giurisdizione statale¹⁸⁵. Invero, come si è già accennato, il rischio di *refoulement* può prospettarsi in caso di esecuzione di qualsiasi provvedimento di allontanamento adottato da uno Stato nei confronti di uno straniero, indipendentemente dalla qualificazione di diritto interno di siffatto provvedimento come deportazione, respingimento, riconduzione alla frontiera o non ammissione nel diritto statale.

Dal punto di vista del diritto internazionale generale, le ipotesi menzionate possono quindi essere assorbite in quella di "espulsione", intesa nell'accezione utilizzata nel Secondo Rapporto sull'espulsione degli stranieri della Commissione del diritto internazionale¹⁸⁶. Qui, l'espulsione è definita come la misura statale mediante la quale si attua l'allontanamento coercitivo dello

di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare] ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare e il cui allontanamento è stato differito e che sono autorizzati a lavorare conformemente alla legislazione nazionale»; Direttiva 2008/115/CE (Dir. rimpatri) del Parlamento europeo e del Consiglio sulle norme e procedure applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GUUE L 348/98, del 24 dicembre 2008, art. 9, par. 2 e 3, in cui peraltro si consente agli Stati di imporre a questa categoria di stranieri un obbligo di dimora (v. art. 7).

¹⁸⁵ Quanto al concetto di giurisdizione eleggibile nel caso di *refoulement*, si rimanda, in attesa di una più ampia trattazione nei capitoli seguenti, alla considerazione che «*[the] intent and meaning of Article 33(1) of the 1951 Convention are unambiguous and establish an obligation not to return a refugee or asylum-seeker to a country where he or she would be risk of persecution or other serious harm, which applies wherever a State exercises jurisdiction, including at the frontier, on the high seas or on the territory of another State*». V. UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement*, cit., par. 24.

¹⁸⁶ *Second Report on the Expulsion of Aliens*, cit., parr. 153-194.

straniero legalmente “presente” o regolarmente “residente” nel territorio dello Stato¹⁸⁷.

Nel diritto interno, nonché in alcuni strumenti pattizi internazionali¹⁸⁸, invece, l’ambito di applicazione della nozione di espulsione è più esteso e comprende il respingimento delle persone che sono presenti sul territorio dello Stato, indipendentemente dal fatto che abbiano a disposizione un regolare titolo di soggiorno o di residenza¹⁸⁹.

In ogni caso, si tratta di una misura non necessariamente individuale, in quanto può interessare anche gruppi di individui, nel qual caso si parlerà di “espulsione collettiva”¹⁹⁰. Quanto alla coercizione, essa non deve necessariamente essere materiale, ma può anche trattarsi di un invito a lasciare il territorio dello Stato ospitante per recarsi in uno Stato che è disponibile ad accogliere l’individuo espulso che sarà, nella gran parte dei casi, lo Stato di cittadinanza (quando è possibile l’individuazione della cittadinanza) o, in caso di apolidia, il Paese di residenza abituale dell’apolide¹⁹¹.

L’espulsione del rifugiato regolarmente “presente” è contemplata nella Convenzione di Ginevra, tanto nella norma di cui all’articolo 32, par. 1, che

¹⁸⁷ Sul significato di queste locuzioni v. *supra*, il par. 8 del presente capitolo. Similmente, si veda il par. 9 del rapporto esplicativo del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 UNTS 222 (CEDU); *Protocol No. 7 as amended by Protocol No. 11*, CETS 117, 22 November 1984) accessibile online all’indirizzo: [<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm>]. Nella decisione del 13 gennaio 1993, *Voulovoitch e Oulianova c. Svezia*, n. 19373/92, la Corte EDU ha affermato che un visto di transito della durata di un giorno e la successiva permanenza al fine di attendere l’esito della richiesta di asilo non danno luogo all’applicazione del divieto generale di espulsione degli stranieri regolarmente residenti, contenuto nell’art. 1 del Protocollo n. 7. In argomento SPATTI, *op. cit.*, p. 16 ss.

¹⁸⁸ *International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families*, UN Doc. A/RES/45/158, 2220 UNTS 3, 18 December 1990, art. 22, inserito nella Parte III, dedicata genericamente ai diritti umani dei lavoratori migranti e non nella Parte IV, dedicata ai diritti dei migranti in situazione regolare. In argomento, SICILIANOS, *L’expulsion des immigrés: à la recherche d’un cadre normatif international*, in SICILIANOS (sous la direction de), *Nouvelles formes de discrimination. Actes du séminaire international d’experts sur la prévention des discriminations à l’égard des immigrés, des réfugiés et des personnes appartenant à des minorités*, Olympie (Grèce), 13-14 mai 1994, Paris, 1995, p. 87.

¹⁸⁹ In argomento, NASCIBENE, DI PASCALE, *Rapport de synthèse et conclusions*, in NASCIBENE (ed.), *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Milano, 2001, p. 533 ss., p. 579.

¹⁹⁰ V. *infra*, cap. 5.

¹⁹¹ Nelle ipotesi, per il vero non frequenti, di pluralità di Stati disposti all’accoglienza, si porrà il problema dell’esistenza di una libertà di scelta dell’individuo circa la propria destinazione. In merito a questa delicata questione si rinvia, *mutatis mutandis*, alle riflessioni svolte nella parte terza del presente lavoro, in merito alla libertà di circolazione dei richiedenti protezione nello spazio giuridico europeo.

indica in maniera tassativa le eccezioni al divieto generale di espulsione dei rifugiati, quanto nella deroga al divieto di *refoulement*, contenuta all'articolo 33, par. 2. Per comprendere il rapporto esistente tra le due disposizioni convenzionali richiamate è necessario analizzare le ipotesi derogatorie in esse contenute.

L'articolo 32, par. 1 statuisce che «[t]he Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order»¹⁹². Si tratta di un divieto generale di espulsione dei rifugiati regolarmente "presenti"¹⁹³, limitato dalle due ipotesi eccezionali, non cumulabili e tipiche delle norme pattizie internazionali in materia di espulsione¹⁹⁴: l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale¹⁹⁵. I concetti di ordine pubblico e di sicurezza nazionale non trovano una definizione precisa e uniforme negli strumenti pattizi o nella giurisprudenza internazionale¹⁹⁶, per cui la qualificazione degli stessi è lasciata

¹⁹² In argomento, ABI-SAAB, *Quelques concepts juridiques techniques concernant l'admission et l'expulsion des réfugiés en portant une attention particulière à l'Afrique, Réunion d'experts sur les problèmes juridiques et de la protection*, Arusha, 7-11 May 1979, UNHCR, Geneva, p. 11.

¹⁹³ Analogamente v. l'art. 31, par. 1, della Convenzione relativa allo statuto degli apolidi, di cui si è parlato nel capitolo precedente («*The Contracting States shall not expel a stateless person lawfully in their territory save on [...]*») e l'art. 13 del Patto Onu sui diritti civili e politici (*International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), 999 UNTS 171, 16 December 1966: «*An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of*»). Invece, il requisito della residenza è contenuto nelle clausole generali in materia di espulsione della Convenzione europea di stabilimento (v. *European Convention on Establishment*, CETS 19, 13 December 1955, art. 3, par. 1: «*Nationals of any Contracting Party lawfully residing in the territory of another Party may be expelled only if [...]*»), della Carta sociale europea (v. *European Social Charter (Revised)*, CETS 35, 3 May 1996, art. 19, par. 8: «*With a view to ensuring the effective exercise of the right of migrant workers and their families to protection and assistance in the territory of any other Party, the Parties undertake: [...] to secure that such workers lawfully residing within their territories are not expelled unless they endanger national security or offend against public interest or morality*») e del Protocollo n. 7 alla CEDU (art. 1: «*An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of [...]*»).

¹⁹⁴ V. ad es., l'articolo 13 ICCPR, che contiene una eccezione simile al divieto di espulsione degli stranieri («*compelling reasons of national security*»); l'articolo 12, par. 4 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (*African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights*, 1520 UNTS 217/ OAU Doc. CAB/LEG/67/3.5, 27 June 1981): «*A non-national legally admitted in a territory of a State Party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law*»); l'articolo 3, par. 1 della Convenzione europea di stabilimento del 1955, in base al quale i cittadini di uno Stato parte che siano regolarmente residenti nel territorio di un altro Stato parte possono essere espulsi nel caso in cui essi «*endanger national security or offend against ordre public*».

¹⁹⁵ In questi termini v. *Third Report on the Expulsion of Aliens by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, Fifty-Ninth Session*, Geneva, 7 May-8 June and 9 July-10 August 2007, UN Doc. A/CN.4/581, 19 April 2007, par. 63 ss.

¹⁹⁶ Si veda, ad es., ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Repubblica di Guinea c. Repubblica Democratica del Congo)*, sent. 30 novembre 2010, ICJ Reports 2010, p. 639 ss., parr. 15-19-81. Sul concetto di "ordine pubblico", v. SPERDUTI, *Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public*, RCDIP, vol. 66, 1977, p. 257 ss.; RANKIN, *Extending the Limits or Narrowing the Scope?*

per lo più agli ordinamenti interni¹⁹⁷. A sostegno di tale tesi, nella recente sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Ahmadou Sadio Diallo*, che rappresenta, peraltro, la prima pronunzia della Corte in materia di espulsione di stranieri, tale giurisdizione ha affermato:

«[T]he expulsion of an alien lawfully in the territory of a State [...] can only be compatible with the international obligations of that State if it is decided in accordance with “the law”, in other words the domestic law applicable in that respect. Compliance with international law is to some extent dependent here on compliance with internal law»¹⁹⁸.

Ciò detto, l'interpretazione delle nozioni di ordine pubblico e di sicurezza nazionale, ai fini del divieto generale di espulsione dei rifugiati contenuto all'articolo 32 della Convenzione di Ginevra, non può che essere restrittiva, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, nonché della formulazione in negativo della norma. E, invero, la volontà dei redattori della Convenzione di Ginevra di consentire l'attivazione dell'eccezione della minaccia all'ordine pubblico solo nei casi in cui si verifichi un grave attentato all'ordine pubblico si desume anche dai lavori preparatori¹⁹⁹. Parafrasando il Comitato *ad hoc* sull'apolidia: «*alors que les étrangers peuvent, s'ils sont frappés d'expulsion être*

Deconstructing the OAU Refugee Definition Thirty Years On, UNHCR Working Paper No. 113, April 2005, p. 17 ss.

¹⁹⁷ Sul punto, è interessante in concetto di “margin of appreciation” sviluppato dalla Corte EDU in riferimento alle decisioni nazionali di limitazione del godimento dei diritti convenzionali ex articolo 15 CEDU. V. ad es., *Letellier c. Francia*, n. 12369/86, sent. 26 giugno 1991, par. 51: «*by reason of their particular gravity and public reaction to them, certain offences might give rise to a social disturbance capable of justifying pre-trial detention, at least for a time [...] in so far as domestic law recognises [...] the notion of disturbance to public order caused by an offence*». La stessa esigenza è sottesa alle norme in materia di ordine pubblico del diritto privato internazionale (v. ad es., *Francia, Cour de cassation, Russie c. La Ropit*, sentenza del 5 marzo 1928, *Journal de droit international privé*, Clunet, 1928, p. 674). Sul punto v. *amplius, infra*, cap. 5. V. anche il Protocollo allegato alla Convenzione europea di stabilimento (*Protocol to the European Convention on Establishment*, Paris, 13.XII.1955), in base al quale: «*Each Contracting Party shall have the right to judge by national criteria: 1. the reasons of “ordre public, national security, public health or morality” [...] 3. the circumstances which constitute a threat to national security or an offence against ordre public or morality*».

¹⁹⁸ ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, *cit.*, par. 65.

¹⁹⁹ Senza riproporre qui il dibattito svolto sul punto durante i lavori preparatori, basti ricordare che la versione inglese del testo fa riferimento non a “public policy”, espressione più prossima al concetto francese di “ordre public”, ma al “public order”, concetto la cui interpretazione è più restrittiva. V. UN Docs. E/AC. 32/SR. 20, p. 15; E/AC. 32/SR. 40, p. 14.

renvoyés dans le pays dont ils ont la nationalité, les réfugiés ne peuvent l'être. C'est pourquoi l'expulsion d'un réfugié est une mesure particulièrement grave»²⁰⁰.

A differenza dell'articolo 32, par. 1, l'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra prevede un divieto di espulsione che non è generale, ma collegato a un'ipotesi specifica, ovvero quella dell'esistenza di un rischio di violazione di alcuni diritti fondamentalissimi del rifugiato²⁰¹. Al contempo, il par. 2 della medesima disposizione contiene una deroga al divieto di espulsione nel caso descritto, a sua volta qualificata in relazione ad ipotesi specifiche. Ai sensi del par. 2 dell'articolo 33:

«The benefit of [*non-refoulement*] may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country»²⁰².

La previsione di una deroga all'obbligo di *non-refoulement* nel diritto dei rifugiati è conseguenza del "rapporto di reciprocità" che s'instaura tra lo Stato di accoglienza e il rifugiato, in virtù del quale il primo s'impegna a proteggere il secondo nella misura in cui quest'ultimo rispetta il patto sociale e non si rende responsabile di atti che possono destabilizzare l'ordine sociale della collettività di accoglienza²⁰³. Peraltro, la norma contenuta all'articolo 33, par. 2 è configurata come uno strumento utilizzabile solo come *extrema ratio*, quando le altre soluzioni si rivelino insufficienti a proteggere la sicurezza o la popolazione del Paese di accoglienza.

Ciò si deduce tanto da un'interpretazione sistematica della deroga, alla luce dell'oggetto (la protezione dei rifugiati) e dello scopo (dichiaratamente

²⁰⁰ V. UN Doc. E/AC. 32/L. 6 and Corr. 1 and Rev.1, 23 January 1950, p. 5. In argomento, GOODWIN-GILL, *The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain*, in GOWLLAND-DEBBAS (ed.), *op. cit.*, p. 95 ss., p. 100.

²⁰¹ V. *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 66. V. anche *Sixth Report on the Expulsion of Aliens. Special Rapporteur Maurice Kamto, Sixty-Second Session*, UN Doc. A/CN.4/625, Geneva, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2007.

²⁰² Come si è avuto modo di ricordare nel capitolo precedente, il Comitato *ad hoc* sull'apolidia e altri problemi connessi aveva inizialmente proposto una formulazione assoluta dell'obbligo di *non-refoulement*. La deroga venne inserita in sede di Conferenza dei plenipotenziari nel 1951, in cui, tuttavia, si stabilì che quella contenuta al par. 2 era l'unica eccezione consentita al divieto di *refoulement* sancito al par. 1 dell'articolo 33. V. UN Doc. A/CONF. 2/SR. 16, p. 8.

²⁰³ JULIEN-LAFERRIERE, *Le traitement des réfugiés et demandeurs d'asile au point d'entrée, Actes du Colloque sur les droits de l'homme sans frontières*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 30 novembre-1er décembre 1989, DH-EB (89), 1990, p. 20 ss.

umanitario) del trattato in cui è contenuta²⁰⁴, tanto dalla lettura congiunta dell'articolo 33, par. 2 con la clausola eccezzuativa alla definizione di rifugiato, di cui all'articolo 1, lettera (F) (b), analizzata in apertura del presente capitolo²⁰⁵.

Infatti, come si è detto, l'articolo 1, lettera (F) (b) nega la protezione internazionale a un individuo che si sia reso responsabile di un grave reato «*outside the country of refuge and prior to his admission to that country as a refugee*», mentre l'articolo 33, par. 2 esclude che lo Stato ospitante debba, ai fini dell'allontanamento, espletare le procedure di garanzia che discendono dal divieto di *refoulement* nei confronti di un rifugiato, che si trova nel proprio territorio e che integri una delle due ipotesi previste dalla deroga.

Le due fattispecie che possono spingere le autorità nazionali competenti a espellere un rifugiato senza concedergli il beneficio del *non-refoulement* riguardano la presenza di gravi motivi per ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato ospitante rappresenti: un pericolo per la sicurezza nazionale o una minaccia per la sua comunità, a causa di una sentenza definitiva di condanna per un reato particolarmente grave.

Quanto alla prima ipotesi derogatoria, si tratta di una clausola di salvaguardia comune alla gran parte dei trattati sui diritti umani²⁰⁶, ma che nella Convenzione di Ginevra appare estremamente dettagliata e circoscritta. In primo luogo, la stessa formulazione della deroga («*a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is*») sottintende che la minaccia per il Paese ospitante deve collocarsi nel futuro, o al massimo nel presente, non potendo un rifugiato essere respinto in ragione di suoi comportamenti passati²⁰⁷. In secondo luogo, la deroga in esame deve essere interpretata in maniera restrittiva, in quanto la lettera della norma precisa che le motivazioni che spingono lo Stato alla decisione che il rifugiato costituisce una minaccia per la sua sicurezza nazionale devono essere serie e qualificate («*reasonable grounds*»)²⁰⁸. Deve trattarsi, in ultima analisi, di ipotesi in

²⁰⁴ ICJ, *Reservations to the Convention on Genocide*, parere consultivo 28 maggio 1951, ICJ Reports 1951, p. 15 ss., p. 23.

²⁰⁵ Sul rapporto tra le due norme richiamate v. ZIMMERMANN, WENNHOLZ, *Article 33, para. 2 1951 Convention*, in ZIMMERMANN (ed.), *op. cit.*, p. 1397 ss.

²⁰⁶ Si veda, ad es., l'art. 12 ICCPR e l'art. 15 CEDU.

²⁰⁷ Cfr. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, cit., pp. 399-400; LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *op. cit.*, pp. 140-141.

²⁰⁸ Quest'ultimo dato è stato ulteriormente enfatizzato negli strumenti internazionali sulla protezione dei rifugiati seguiti alla Convenzione di Ginevra, che hanno qualificato come "superiori" o "imperative" le ragioni alla base della deroga. Si veda, ad es., l'art. 1, par. 3 della Raccomandazione (293) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; l'art. 3, par. 1 della Dichiarazione sull'asilo territoriale; l'art. III, par. 3 dei Principi di Bangkok; l'art. 13

grado di compromettere *pro futuro* la sicurezza interna o internazionale dello Stato²⁰⁹, la sua indipendenza o la sua forma di governo, attraverso atti di spionaggio o di terrorismo internazionale, sabotaggio di postazioni militari o ancora tentativi di colpo di Stato²¹⁰.

Più complessa può rivelarsi per l'interprete la determinazione della portata della seconda deroga al divieto di *refoulement*, relativa alla sussistenza di una minaccia per la comunità dello Stato ospitante²¹¹. Difatti, la sua attivazione è subordinata al verificarsi di due condizioni cumulative: una di ordine formale (consistente nella commissione di un reato particolarmente grave da parte del rifugiato che si intende espellere), e una di ordine procedurale (integrata da una condanna definitiva per siffatto reato²¹²), che concorrano a far ritenere che il rifugiato rappresenti una minaccia per la collettività ospitante. Ne consegue che l'attivazione della deroga in oggetto presuppone che il rifugiato sia comparso dinanzi a un tribunale nazionale di ultima istanza perché sospettato di un grave reato previsto dall'ordinamento del foro (senza peraltro specificazione del dove e del quando della fattispecie criminosa) e che abbia, quindi, avuto accesso a

dell'Accordo dell'Aja concernente i marinai rifugiati (*Arrangement relatif aux marins réfugiés*, 1964 RO 142, 23 Nov. 1957), analizzato nel par. 6 del capitolo 3.

²⁰⁹ Cfr. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951: Article 2-11, 13-37*, cit., p. 401.

²¹⁰ Cfr. STENBERG, *op. cit.*, pp. 133-143. Si noti che un'interpretazione estensiva della deroga in esame, tale da lasciare ampia discrezionalità agli Stati nella determinazione dell'*an* e del *quando* della sua attivazione, era stata sostenuta, durante i lavori preparatori, dal delegato britannico. V. UN Doc. A/CONF. 2/SR. 16, p. 8. Per un esame più approfondito dei lavori preparatori, si rinvia al par. 6 del capitolo 1.

²¹¹ *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 67. In merito alla prassi relativa all'applicazione di questa ipotesi derogatoria v. DELGADO, *Running Afoul of the Non-Refoulement Principle: The [Mis]Interpretation and [Mis]Application of the Particularly Serious Crime Exception*, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 86, 2013, p. 1 ss.

²¹² Si noti che esiste una discrepanza tra la versione francese e quella inglese dell'articolo 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra, quanto alla deroga in esame. Infatti, in quella francese si afferma: «*Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays*», parlando di crimini o di delitti dell'individuo, mentre in quella inglese il riferimento è ai soli crimini: «*The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country*». In realtà, dai lavori preparatori si evince come la formulazione francese costituisca una mera concessione formale di autonomia al sistema giuridico francese in materia penale, mentre la versione inglese risponde all'intento dei redattori della Convenzione di Ginevra di rimarcare semplicemente il fatto che l'infrazione penale considerata sia particolarmente grave. V. UN Doc. A/CONF. 2/SR. 16, p. 14-15; cfr. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, cit., pp. 404-405.

mezzi di ricorso effettivi contro la condanna o che abbia inutilmente fatto scadere i termini per una via di ricorso (dotata di effetto sospensivo)²¹³.

Rispetto all'eccezione del pericolo per la sicurezza nazionale, di chiara natura preventiva, la minaccia per la comunità statale mira a salvaguardare interessi fondamentali di natura sociale, che non coincidono con la nozione di ordine pubblico alla base dell'articolo 32²¹⁴. L'esistenza di una tale minaccia dovrà, quindi, essere valutata caso per caso in funzione del complesso di comportamenti dell'imputato e del rischio di recidiva derivante dalla permanenza dello stesso nel territorio dello Stato²¹⁵. Ne consegue, altresì, che la condanna non è una determinante assoluta della deroga *de qua*, ma costituisce un elemento volto ad oggettivare la valutazione, altrimenti estremamente discrezionale, delle condizioni alle quali un rifugiato possa rappresentare una minaccia per la collettività nazionale e, quindi, a tutelare il rifugiato contro il rischio di *refoulement*²¹⁶.

Riassumendo, l'articolo 33, par. 2 contempla delle ipotesi di esclusione dalla protezione contro il respingimento, destinate a essere applicate allorché un rifugiato rappresenti una minaccia qualificata per il Paese di accoglienza, mentre l'articolo 1, lettera (F) disciplina i casi – tra cui quello *sub* (b) rileva maggiormente nella prassi – in cui uno straniero non possa essere ritenuto meritevole della protezione internazionale e, quindi, non gli si debba affatto riconoscere lo *status* di rifugiato.

Da ciò consegue che, nei confronti di uno straniero, cui non sia riconosciuto lo *status*, non possa trovare applicazione l'articolo 33, par. 2, come pure che a un rifugiato, cui si applichi la deroga al *non-refoulement*, non venga automaticamente revocato o annullato lo *status*.

²¹³ V. UN Doc. A/CONF. 2/SR. 16, p. 12. Quanto al luogo di commissione del crimine e di pronuncia della sentenza di condanna in ultima istanza, la lettera della norma è volutamente ambigua e il significato di tale ambiguità è chiarito dai lavori preparatori. Infatti, la formulazione originaria di questa porzione dell'articolo 33, par. 2 prevedeva che il crimine dovesse essere compiuto dal rifugiato nel Paese ospitante. Tale riferimento venne espunto dal progetto di convenzione, per consentire allo Stato ospitante di tenere in considerazione i crimini commessi dal rifugiato in Stati terzi (V. UN Doc. A/CONF. 2/SR. 35, p. 23-24). Tale ambiguità, atta indubbiamente a lasciare maggiore discrezionalità agli Stati parti della Convenzione, trova, in ogni caso, un limite invalicabile nell'esigenza che il rifugiato costituisca una minaccia per la collettività ospitante.

²¹⁴ CHETAIL, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, cit., p. 44.

²¹⁵ Cfr. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, cit., pp. 407-408. Sull'esigenza di un contemperamento tra il potenziale danno che la presenza del rifugiato potrebbe arrecare allo Stato e il rischio di persecuzione in cui questi potrebbe incorrere nel caso in cui fosse allontanato, cfr. *Handbook on Procedures and Criteria*, cit., parr. 154, 156.

²¹⁶ LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *op. cit.*, p. 129 ss.; CHETAIL, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, cit., pp. 13-14.

Quest'ultima argomentazione porta con sé conseguenze non secondarie in relazione al trattamento da riservare ai destinatari della deroga. Infatti, qualora siano protetti contro l'allontanamento da norme extraconvenzionali, come il divieto di *refoulement* a rischio tortura ricostruito nell'alveo del diritto internazionale dei diritti umani, non dovrebbero essere esclusi dal godimento dei principali diritti convenzionali²¹⁷.

12. (segue) Il divieto di *refoulement* come "ponte" tra le procedure di asilo e quelle di estradizione.

Si è già fatto riferimento all'extradizione nell'analizzare il significato della nozione di "*grave reato di diritto comune*" ai sensi delle clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato. Il dibattito sul rapporto tra estradizione e protezione internazionale, peraltro, riguarda anche l'ambito di applicazione dell'obbligo di *refoulement*, vale a dire se l'extradizione possa essere assimilata all'espulsione al fine di azionare la protezione che dal divieto deriva.

In verità, estradizione ed espulsione sono istituti molto diversi nel diritto internazionale. L'extradizione è una misura individuale, consistente nella consegna dell'individuo a uno Stato che ne richieda la presenza per sottoporlo a un processo penale o all'esecuzione di una sentenza²¹⁸, per contro l'espulsione può essere anche collettiva.

Inoltre, mentre l'espulsione è un atto unilaterale di "autoconservazione" dello Stato, la cui regolamentazione riflette la libertà degli Stati di allontanare gli stranieri il cui titolo di soggiorno non sia conforme alle leggi interne o che minaccino l'ordine e la sicurezza nazionale, l'extradizione si basa su un rapporto bilaterale tra Stati e si inserisce nel quadro della cooperazione internazionale per la prevenzione e la lotta alla criminalità. Non risponde, invero, al solo interesse dello Stato che la esegue, ma a quello più generale della certezza della pena, secondo la regola *aut dedere aut iudicare*, e non riguarda solo gli stranieri, in quanto lo Stato può estradare anche un proprio cittadino²¹⁹. Come osservato in dottrina, pur potendosi qualificare l'extradizione come una

²¹⁷ Per riflessioni analoghe v. MESSINEO, *op. cit.*, p. 137.

²¹⁸ CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^a ed., Oxford, 2012, p. 318: «Where this cooperation rests on a procedure of request and consent, regulated by certain general principles, the form of international judicial assistance is called extradition».

²¹⁹ Cfr. GILBERT, *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht-Boston-London, 1991; JENNINGS, WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law, Volume I: Peace*, 9^a ed., Harlow, 1992.

tipologia di espulsione governata da regole particolari, proprio in virtù del regime specifico che regola la vicenda estradizionale, tale forma di cooperazione giudiziaria in materia penale è di solito esclusa dagli strumenti internazionali che si occupano di espulsione²²⁰.

Durante i lavori preparatori della Convenzione di Ginevra del 1951, la questione dei trattati di estradizione tra Paesi di origine e di rifugio fu volutamente accantonata²²¹, partendo dall'assunto che il divieto di *refoulement* non ne avrebbe in alcun modo ostacolato l'applicazione²²².

Invero, tale affermazione riflette la circostanza che, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici interni, l'esame delle richieste di estradizione e quello delle domande di asilo soggiacciono a un regime procedurale distinto, l'extradizione rientrando nella competenza delle giurisdizioni penali e la decisione sulla concessione dell'asilo nella competenza delle giurisdizioni amministrative²²³. A ciò occorre aggiungere che sovente, nella prassi statale, il deposito di una domanda di asilo non produce effetti sospensivi rispetto alla decisione di concedere l'extradizione, soprattutto quando quest'ultima è adottata in conformità agli obblighi che discendono dalla ratifica di un trattato multilaterale in materia di estradizione²²⁴.

Non stupisce, dunque, che, nei decenni successivi all'entrata in vigore della Convenzione, alcuni giudici nazionali europei, a partire da un'interpretazione restrittiva e letterale dell'articolo 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra, abbiano dedotto, dall'assenza di siffatto coordinamento, l'estradiabilità del rifugiato verso il Paese di origine²²⁵. L'obbligo di *non-refoulement*, quindi, poteva essere banalmente eluso attraverso una formale richiesta di estradizione, pur proveniente dall'agente di persecuzione del rifugiato²²⁶.

In realtà, va rilevato che la regola *aut dedere aut iudicare* non impedisce allo Stato parte della Convenzione di Ginevra di evitare l'espulsione, facendosi carico del giudizio nei confronti di un rifugiato che abbia commesso un grave

²²⁰ GAJA, *Expulsion of Aliens*, cit., p. 291.

²²¹ V. UN Doc. A/CONF. 2/SR. 16, p. 13.

²²² Si rimanda, in particolare, alla proposta della delegazione francese di inserire nel processo verbale della Conferenza questo *statement*. V. UN Doc. A/CONF. 2/SR. 35, p. 21.

²²³ SIRENELLI, *Les rapports entre extradition et asile*, RGDIP, vol. 117, 2013, p. 611 ss., pp. 615-617.

²²⁴ V. ad es. Francia, C-347524, "CE", (M. Evgeny A, 30 décembre 2011).

²²⁵ V. ad es., Francia, C-84/93.943, (Cass-Crim, 21 septembre 1984, Garcia Ramirez), Bull. crim. N. 274, p. 727. *Contra* v. Germania, BVerfG, 1 BvR 654/79, 14 novembre 1979, par. 267; Belgio, Cour d'Appel de Bruxelles, *Procureur général c. S.*, 31 août 1962, J.T. 1962, p. 498.

²²⁶ SIRENELLI, *op. cit.*, p. 619 ss.

reato sul territorio²²⁷ o dell'esecuzione di una sentenza di condanna emessa nei suoi confronti dal giudice dello Stato richiedente, qualora vi siano accordi di mutuo riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali e l'ordinamento dello Stato del foro contempli la fattispecie criminosa per la quale il rifugiato è stato condannato²²⁸. Infatti, come ricordato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Lockerbie*, la decisione di estradizione è discrezionale²²⁹.

Inoltre, l'extradizione può essere evitata, qualora ricorrano i presupposti, mediante il richiamo alla classica eccezione di delitto politico²³⁰. Così avviene, ad esempio, anche per gli Stati che hanno ratificato lo Statuto della Corte penale internazionale e che, di conseguenza, assumono l'obbligo di consegnare al tribunale internazionale gli imputati dei gravi crimini che ricadono sotto la giurisdizione dello stesso²³¹, a meno che vi siano limiti di diritto interno che si oppongono alla consegna, come l'eccezione del reato politico, o la decisione di non estradizione sia motivata dalla volontà di perseguire il presunto colpevole di un grave reato²³². Nel qual caso, in virtù del principio di complementarietà della giurisdizione della Corte penale internazionale²³³, tali Stati assumono su di sé l'esercizio dell'azione penale²³⁴.

²²⁷ Cfr. GILBERT, *Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses*, cit., p. 428; BASSIOUNI, Wise, *Aut dedere aut judicare: the Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht-Boston-London, 1995; VAN DEN WIJNGAERT, *The Political Offense Exception to Extradition. The Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order*, Boston-Antwerp-London-Frankfurt, 1980; PELLONPÄÄ, *Expulsion in International Law: a Study In International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, in *Annales Academiae Scientiarum Fennicae*, 1984, p. 489-506.

²²⁸ SIRENELLI, *op. cit.*, p. 620.

²²⁹ ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libia c. Regno Unito)*, ord. 14 aprile 1992, ICJ Reports 1992, p. 114 ss., par. 24: «*In so far as general international law is concerned, extradition is a sovereign decision of the requested State, which is never under an obligation to carry it out*».

²³⁰ Sul significato e la funzione dell'eccezione di delitto politico v. *supra*, cap. 1 e *infra* cap. 4.

²³¹ V. art. 86 dello Statuto della ICC. In argomento, LANCIOTTI, *op. cit.*, p. 67 ss.

²³² Così, ad esempio, Italia, Corte cost., sent. 3 marzo 1997, n. 58. In questa sentenza, la Corte cost. ha interpretato la norma contenuta all'articolo 8 della Convenzione europea di estradizione, Parigi, 13.XII.1957 (*rectius*, della legge che ne autorizza la ratifica ed ordina l'esecuzione nell'ordinamento italiano: l. 30 gennaio 1963 n. 300), in base alla quale «*[u]na Parte richiesta potrà rifiutare d'estradatare un individuo reclamato, se egli è perseguito da essa per i fatti motivanti la domanda di estradizione*», per evitare l'extradizione del gerarca nazista Priebke. In argomento, CANNIZZARO, *Sugli effetti interni di convenzioni internazionali di estradizione che pongono facoltà*, *Giur. cost.*, 1997, p. 2003 ss. In generale, CONFORTI, *Diritto internazionale*, 7^a ed., Napoli, 2006, p. 280.

²³³ V. artt. 1 e 17 dello Statuto della ICC. In argomento, LANCIOTTI, *op. cit.*, p. 11 ss.

²³⁴ A partire da questa considerazione, l'ipotesi di adottare una lista di "*grounds for refusal*" della consegna, pur largamente dibattuta durante i lavori preparatori dello Statuto della ICC, non fu, tuttavia, riprodotta nel testo definitivo. V. LANCIOTTI, *op. cit.*, p. 72.

Tuttavia, il divieto di estradizione per reati politici non copre tutte le ipotesi in cui è vietato il *refoulement* ai sensi della Convenzione di Ginevra, giacché, come si è già detto, l'eccezione di delitto politico e il divieto di *refoulement*, pur correlati, non sono sovrapponibili²³⁵.

È chiaro, quindi, che, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, in assenza di obblighi pattizi che prevedano tra i c.d. "*grounds for refusal*" anche il *non-refoulement*²³⁶, agli Stati è lasciata ampia discrezionalità rispetto alla decisione di estradare un rifugiato²³⁷. È chiaro, altresì, che siffatta ampia discrezionalità vada esercitata, perlomeno dagli Stati parti della Convenzione di Ginevra, in maniera compatibile con il rispetto del principio di leale cooperazione e di attuazione in buona fede delle norme del trattato²³⁸.

Non si può, quindi, non tener conto del fatto che l'articolo 33, par. 1 vieta il *refoulement* "*in any manner*"²³⁹ e che nella formulazione del divieto di *refoulement* l'accento è posto sulla "destinazione della persona allontanata" (che deve essere "sicura" rispetto al potenziale rischio di persecuzione) e non sulle "modalità di allontanamento" (es. estradizione, espulsione, respingimento, etc.)²⁴⁰. Dunque, il rispetto dello stesso impone necessariamente, anche nell'ambito dell'extradizione, una previa verifica dei rischi cui va incontro lo straniero in seguito alla consegna; né tale verifica può essere elusa mediante argomenti di pura rilevanza interna, come quello che si fonda sull'assenza di coordinamento tra la procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato e la procedura di estradizione.

Più problematica è l'ipotesi in cui lo Stato parte della Convenzione del 1951 è altresì vincolato da obblighi pattizi in materia di estradizione, che possono entrare in conflitto con il rispetto della norma contenuta all'articolo 33, par. 1.

²³⁵ SIRENELLI, *op. cit.*, pp. 620 e 611-612.

²³⁶ Alcuni dei principali trattati internazionali multilaterali in materia di estradizione sono analizzati nel capitolo 4 del presente lavoro.

²³⁷ In argomento, GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., pp. 34-43.

²³⁸ Cfr. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II, Leiden, 1972, p. 87.

²³⁹ ExCom, *Problems of Extradition Affecting Refugees, Conclusion No. 17 (XXXI)*, 1980, par. c.

²⁴⁰ Cfr. CHETAIL, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, cit., p. 55: «La prohibition contenue à l'article 33 doit s'entendre comme interdisant toute mesure de renvoi, quelle qu'elle soit. Si non, l'expression "de quelque manière que ce soit" ne serait qu'une inutile et maladroite redondance. Or, si les rédacteurs de l'article 33 ont cru de voir insérer cette formule, c'est précisément pour prévenir tout mode de renvoi, indépendamment de sa qualification juridique en droit interne. Le critère déterminant n'est donc pas le moyen par le quelle le réfugié est renvoyé, mais la destination». Questa interpretazione è stata sostenuta dall'ExCom che, dopo aver riaffermato «the fundamental character of the generally recognized principle of non-refoulement» ha riconosciuto che «refugees should be protected in regard to extradition to a country where they have well-founded reasons to fear persecution on the grounds enumerated in Article 1(A)(2) of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees». V. *Conclusion No. 17*, cit., lett. b-c.

Come pure quella di “doppia estradizione”, in cui il sospettato è estradato verso un Paese terzo considerato “sicuro” che, a sua volta, lo estrada verso il Paese di origine. In quest’ipotesi, al fine di soddisfare il rispetto del divieto di respingimento, lo Stato richiesto dovrebbe almeno ottenere assicurazioni diplomatiche dal primo Stato richiedente sull’astensione dal rimpatrio forzato dell’imputato²⁴¹.

Si pensi altresì all’ipotesi in cui la protezione internazionale sia stata riconosciuta, sulla base della Convenzione di Ginevra, a un individuo che si trovi nella *jurisdiction* di un Paese diverso da quello che ha accertato lo *status*, e che quest’ultimo Paese, anch’esso parte della Convenzione del 1951, debba estradarlo in base a un trattato bilaterale di estradizione. In questo caso, la prevalenza del regime dell’extradizione su quello dell’asilo è rimessa alla configurazione dei reciproci obblighi internazionali in materia di protezione internazionale e di estradizione²⁴², per lo meno in assenza di una clausola di subordinazione o di compatibilità nel trattato di estradizione e a meno che non si ricostruisca siffatto conflitto normativo in termini gerarchici.

A questo proposito, giova ricordare che nella gran parte degli ordinamenti nazionali, le norme costituzionali sul diritto di asilo enunciano il divieto assoluto di estradizione quando l’individuo richiesto possa subire, nello Stato richiedente, un trattamento contrario ai principi fondamentali su cui si basa l’ordinamento interno²⁴³. In tal senso, può essere menzionata la sentenza della Corte costituzionale italiana nel celebre caso *Venezia*²⁴⁴.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una decisione di estradizione verso gli Stati Uniti di una persona ivi condannata alla pena capitale, adottata sulla base dell’accordo bilaterale di estradizione in vigore tra Italia e Stati Uniti, in cui si prevedeva che l’extradizione sarebbe stata concessa solo in presenza di valide assicurazioni diplomatiche dello Stato richiedente circa la non esecuzione della condanna capitale²⁴⁵, la Consulta dichiarò l’inidoneità di siffatte assicurazioni a scongiurare la violazione dell’articolo 27,

²⁴¹ V. ad es. Francia, C-115836, “CE”, (10 avril 1991, M. Casim Kilic, concl. Mme Leroy).

²⁴² Per un’analisi dettagliata si rinvia a WOUTERS, *op. cit.*, p. 136 ss. V. anche SIRENELLI, *op. cit.*, p. 621.

²⁴³ In argomento v. SIRENELLI, *op. cit.*, p. 620; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 147.

²⁴⁴ Italia, Corte cost., sentenza n. 223 del 25.6.1996. V. anche la sentenza del 21.6.1979, n. 54, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del regio decreto 30.6.1870, n. 5726, sull’extradizione fra l’Italia e la Francia nella parte in cui consentiva l’extradizione per i reati sanzionati in Francia con la pena edittale della morte.

²⁴⁵ La decisione era stata adottata in base alla legge 26 maggio 1984, n. 225, nella parte in cui “ratifica e dà esecuzione all’art. IX del trattato di estradizione firmato a Roma il 13 ottobre 1983, tra i Governi della Repubblica italiana e degli Stati Uniti d’America”.

3° co. della Costituzione²⁴⁶, giacché la violazione di tale articolo sarebbe derivata direttamente dal fatto che l'ordinamento giuridico del Paese di destinazione contemplasse la pena capitale per la punizione di taluni reati.

In tempi recenti, la prevalenza delle esigenze della protezione internazionale su quelle della giustizia internazionale è stata sostenuta altresì muovendo dalla ricostruzione del divieto di *refoulement* in termini di norma consuetudinaria e cogente, il valore imperativo della stessa rilevando al fine di sollevare la parte contraente richiesta dal dare esecuzione all'obbligo di estradizione qualora, nel caso di specie, l'esecuzione di tale obbligo comporti un rischio per l'estraddando nel Paese richiedente e, quindi, senza conseguenze sulla validità del trattato²⁴⁷.

Il problema che si pone è, quindi, quello della fondatezza dell'attribuzione del valore imperativo alla norma che vieta il respingimento a rischio persecuzione. Su questa delicata questione si tornerà diffusamente nelle pagine che seguono. Per ora, basti accennare al fatto che non si tratta di una tendenza lineare, avendo subito notevoli oscillazioni in seguito alla revisione delle normative interne e internazionali seguita all'emersione del fenomeno terroristico su ampia scala²⁴⁸.

13. Le garanzie procedurali legate al non-refoulement.

L'accertamento della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e dei presupposti per il godimento del beneficio del *non-refoulement* può condizionare l'intera vicenda della persona bisognosa di protezione internazionale. Da qui, le cautele volte a rafforzare le garanzie nella fase ascendente e discendente della vicenda del rifugiato, ossia in quelle fasi in cui maggiori sono i rischi di compressione del suo diritto all'accesso e alla conservazione della protezione internazionale.

Nella Convenzione di Ginevra, alcune delle clausole di salvaguardia, rivelatisi di maggior importanza per la protezione dei rifugiati, sono di tipo procedurale e sono contenute agli articoli 31 e 32 del trattato.

²⁴⁶ In base all'art. 698, 2° co. del c.p.p., dichiarato incostituzionale, tali assicurazioni dovevano essere dichiarate sufficienti (da un giudice imparziale dello Stato) ad evitare che la pena di morte fosse inflitta all'estraddando. In argomento, MARCHETTI, *op. cit.*, p. 700; PISANI, *Italia-Stati Uniti. Cooperazione in materia penale*, Milano, 2007, p. 159 ss.

²⁴⁷ MILANOVIC, *Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?*, *Duke JCIL*, vol. 20, 2009, p. 69 ss.

²⁴⁸ V. *infra*, capp. 4-5.

Ai sensi dell'articolo 31, l'ingresso o il soggiorno irregolare, che pur ostano alla fruizione di altri diritti previsti dal trattato del 1951²⁴⁹, non possono essere adottati dallo Stato per giustificare l'irrogazione di sanzioni penali che incidano sul godimento del beneficio del *non-refoulement*.

La norma in esame tiene in considerazione le enormi difficoltà affrontate da colui che fugge dal proprio Stato, trovandosi spesso nella materiale impossibilità di rispettare le formalità burocratiche previste per l'accesso regolare al territorio dello Stato di rifugio ed evita che il mero dato formale dello *status* amministrativo del rifugiato possa privare di effettività i meccanismi di tutela previsti nella Convenzione di Ginevra.

Tuttavia, a partire da un'interpretazione *a contrario* di questo articolo, la prassi statuaria ha ricavato un'autorizzazione implicita ad allontanare un richiedente asilo verso un luogo ritenuto sicuro. Più nello specifico, tale prassi si fonda sulla nozione di "Paese terzo sicuro" ("*safe third country*") o "Paese di primo asilo" ("*country of first asylum*") o "Paese terzo ospitante" ("*host third country*")²⁵⁰, per consentire allo Stato in cui il richiedente asilo si trova di deportarlo in un altro Stato, ritenuto sicuro (ai fini dell'obbligo di *non-refoulement*) sulla base della circostanza che il richiedente asilo in questione abbia transitato, soggiornato o previamente chiesto asilo in tale Paese prima di fare ingresso nel territorio dello Stato in cui si trova²⁵¹.

Si tratta di una prassi che era già largamente diffusa negli anni Novanta negli Stati Uniti²⁵², dove è stata codificata in anni recenti²⁵³. Anche in Europa il

²⁴⁹ Convenzione di Ginevra, articoli 32 e 28.

²⁵⁰ VAN SELM, *Access to Procedures: 'Safe Third Countries', 'Safe Countries of Origin' and 'Time Limits'*, paper commissionato dall'UNHCR e dal Carnegie Endowment for International Peace, per l'incontro tenuto a Ginevra nel 2001 nel contesto delle Global Consultation on International Protection, 2001, par. 15.7; KJAERGAARD, *The Concept of "Safe Third Country" in Contemporary European Refugee Law*, IJRL, vol. 6, 1994, p. 649 ss.

²⁵¹ In argomento, HAILBRONNER, *The Concept of "Safe Country" and Expeditious Asylum Procedures: A Western European Perspective*, IJRL, vol. 5, 1993, p. 31 ss.

²⁵² NORTH, *Extraterritorial Effect of Non-Refoulement*, International Association of Refugee Law Judges, World Conference, Bled, Slovenia, 7-9 September 2011.

²⁵³ Stati Uniti d'America, *Code of Federal Regulations*, Title 8, Immigration and Nationality Regulations, mod. 4.1.97, rif., Chapter V, Part 1208 2/28/03, sez. 208.13 (*Establishing asylum eligibility*), par. (1)(i)(b), in base al quale: «[A]n asylum officer shall, in the exercise of his or her discretion, refer or deny, [...] the asylum application of an alien found to be a refugee on the basis of past persecution if [it] is found by a preponderance of the evidence [that] [t]he applicant could avoid future persecution by relocating to another part of the applicant's country of nationality or, if stateless, another part of the applicant's country of last habitual residence, and under all the circumstances, it would be reasonable to expect the applicant to do so». V. anche ivi, par. (2)(C)(ii): «An applicant does not have a well-founded fear of persecution if the applicant could avoid persecution by relocating to another part of the applicant's country of nationality or, if stateless, another part of the applicant's country of last habitual residence, if under all the circumstances it would be reasonable to expect the applicant to do so».

ricorso a politiche di “protezione altrove” ha avuto larga diffusione²⁵⁴ e ha trovato sanzione poi nel diritto dell’Unione²⁵⁵, che ha tra l’altro adottato un meccanismo per lo “smistamento” delle domande di asilo tra i Paesi membri basato proprio sul presupposto della “sicurezza” dei rispettivi sistemi di tutela dei diritti dei richiedenti²⁵⁶.

Lo strumento dei c.d. “*protection elsewhere agreements*” è stato, inoltre, alla base delle politiche australiane di “esternalizzazione” della protezione internazionale, adottate a partire dagli anni Duemila²⁵⁷, e che hanno avuto un *revival* in tempi molti recenti²⁵⁸.

Sebbene finalizzata a realizzare l’obiettivo della Convenzione, «*consistant à placer le réfugié à l’abri des persécutions relègue au second plan la possibilité offerte à celui-ci de choisir son pays de refuge*»²⁵⁹, anche questa prassi statutale è estranea alla cornice convenzionale²⁶⁰.

Essa fa comunque salvo il rispetto dell’obbligo di *non-refoulement*, giacché il criterio attraverso il quale gli Stati parti valutano la “sicurezza” del Paese terzo

²⁵⁴ ECRE, *ELENA Research Paper on the Application of the Concept of Internal Protection Alternative*, Research Paper, 1 September 2000, p. 65.

²⁵⁵ Direttiva 2005/85/CE (Dir. procedure 2005) del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, GUUE L 326/13 del 13 dicembre 2005, art. 27, dove sono elencate una serie di “condizioni” affinché un richiedente asilo possa essere rinvioato verso un “Paese terzo sicuro”.

²⁵⁶ Il riferimento è al Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio (Reg. Dublino II), del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e meccanismi di determinazione dello Stato competente per l’esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo (GUUE L 50/1 del 25/02/2003), che sarà ampiamente esaminato nella terza parte del presente lavoro.

²⁵⁷ Tutti ricordano l’episodio della nave norvegese, Tampa, che, dopo aver soccorso oltre quattrocento profughi afgani in *distress* su un peschereccio indonesiano alla deriva a largo dell’Isola di Natale, si vide rifiutare l’ingresso in acque territoriali australiane per evitare l’ingresso in territorio australiano di quei richiedenti asilo. V. *Tampa Enters Australian Waters With 433 Asylum Seekers On Board*, 2001, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.abc.net.au/archives/80days/stories/2012/01/19/3412121.htm>].

²⁵⁸ Il riferimento è alla c.d. “*Pacific Solution II*”, che consiste nel trasferire i “*boat people*” in centri di accertamento dei requisiti per l’ottenimento dell’asilo che si trovano in Paesi terzi ritenuti “sicuri”. Sulla questione si tornerà nell’ambito dell’esame delle c.d. “*non-arrival policies*” attuate dall’Unione europea, esame svolto nel capitolo 6. Più in generale, sulla prassi australiana v. MCADAM, *Australia and Asylum Seekers*, IJRL, vol. 25, 2013, p. 435 ss.

²⁵⁹ Cfr. ABLARD, NOVAK, *L’évolution du droit d’asile en Allemagne jusqu’à la réforme de 1993*, IJRL, vol. 7, 1995, p. 260 ss., p. 278; VEDSTED-HANSEN, *Non-Admission Policies and the Right to Protection: Refugees’ Choice Versus States Exclusion?*, in NICHOLSON, TWOMEY (eds.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge, 1999, p. 269 ss.

²⁶⁰ Dubbi sono stati sollevati dai giudici nazionali sulla legittimità di questa prassi. Si veda, ad es., Australia, High Court, *NAFG v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* (2003) 131 FCR 57, par. 60 per la posizione del giudice Gray; *NAGV and NAGW of 2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, (2005) HCA 6, par. 93 per la posizione del giudice Kirby. V. anche WORSTER, *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law*, cit., p. 144 ss.

in questione è proprio il rischio che lo straniero che si intende allontanare vada incontro a una minaccia per la propria vita o incolumità²⁶¹.

Tuttavia, come avremo modo di approfondire meglio in riferimento alla prassi europea²⁶², i meccanismi di respingimento verso un Paese terzo sicuro (*et similia*) presentano notevoli difficoltà applicative e un intrinseco rischio di disparità di trattamento. Infatti, in assenza di un regime uniforme e universalmente riconosciuto, la determinazione di cosa s'intenda per "Paese terzo sicuro" varia da uno Stato all'altro e, talvolta, anche tra le diverse autorità competenti nel medesimo Stato²⁶³.

Anche la norma contenuta al par. 2 dell'articolo 32 (il cui par. 1, come si è visto in precedenza, vieta agli Stati parti di espellere un rifugiato residente regolarmente nel proprio territorio, se non per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico) contribuisce a rafforzare l'obbligo di non respingimento. L'articolo 32 prevede, infatti, una serie di "ostacoli" procedurali all'espulsione, che vanno dalla riserva di legge per la disciplina del provvedimento espulsivo alla tutela giurisdizionale e al diritto a un ricorso effettivo contro la decisione di espulsione²⁶⁴. Si tratta di una tutela minimale dei diritti della difesa che lo Stato che intenda espellere un rifugiato formalmente riconosciuto deve necessariamente approntare. L'articolo 32, par. 2 ha rappresentato, nondimeno, un precedente importante per la successiva produzione normativa internazionale, come dimostrato dall'adozione, nel Patto del 1966 sui diritti civili e politici, di una norma - l'articolo 13 - in base alla quale:

«An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority»²⁶⁵.

Nella prassi del Comitato dei diritti dell'uomo, questa norma è stata interpretata come un'importante garanzia procedurale a tutela dello straniero legalmente presente nel territorio dello Stato parte del Patto, giacché essa si

²⁶¹ UNHCR, *Report of the Sub-committee of the Whole on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/781, 9 October 1991, par. 34.

²⁶² V. *infra*, cap. 6.

²⁶³ Cfr. DUNSTAN, *Playing Human Pinball: The Amnesty International United Kingdom Section Report on UK Home Office 'Safe Third Country' Practice*, IJRL, vol. 7, 1995, p. 606 ss.

²⁶⁴ Convenzione di Ginevra, art. 32, par. 2.

²⁶⁵ ICCPR, art. 13.

applica «to all procedures aimed at the obligatory departure of an alien, whether described in national law as expulsion or otherwise. If such procedures entail arrest, the safeguards of the Covenant relating to deprivation of liberty (arts. 9 and 10) may also be applicable. If the arrest is for the particular purpose of extradition, other provisions of national and international law may apply»²⁶⁶.

Inoltre, dalla lettura dell'articolo 33 in combinato disposto con gli articoli 31 e 32, discende che il rifugiato, destinatario di una decisione di espulsione, non è tenuto ad allontanarsi dal territorio dello Stato parte che lo espelle *hic et nunc*²⁶⁷. L'automatismo espulsivo è, infatti, precluso sia dalla lettera dell'articolo 32, par. 3, in base alla quale gli Stati contraenti assegnano al rifugiato un termine adeguato a permettergli di cercare un altro Paese intenzionato ad accoglierlo, che dal divieto di *refoulement*, cui consegue la necessità che lo Stato ospitante abbia previamente accertato la cessazione del pericolo nel Paese di provenienza o la sicurezza del Paese di destinazione²⁶⁸.

In questo senso il Comitato dei diritti dell'uomo ha affermato, sempre in relazione all'articolo 13 del Patto che «normally an alien who is expelled must be allowed to leave for any country that agrees to take him»²⁶⁹. Inoltre, rispetto alla deteriore posizione degli stranieri privi dello *status* di "presenza regolare" nel territorio dello Stato parte del Patto, il Comitato ha sostenuto: «if the legality of an alien's entry or stay is in dispute, any decision on this point leading to his expulsion or deportation ought to be taken in accordance with article 13. It is for the competent authorities of the State party, in good faith and in the exercise of their powers, to apply and interpret the domestic law, observing, however, such requirements under the Covenant as equality before the law (art. 26)»²⁷⁰.

Tornando alla Convenzione di Ginevra, da questi sintetici rilievi si evince che l'esecuzione del provvedimento espulsivo possa essere sovente interdotta dal combinato disposto degli articoli 32 e 33. Infatti, in base a un consolidato principio di diritto internazionale generale, solo lo Stato di nazionalità

²⁶⁶ HRC, *General Comment n. 15, The Position Of Aliens Under the Covenant*, 11 April 1986, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>], punto 9.

²⁶⁷ Tale interpretazione è suffragata dall'espressa previsione in tal senso contenuta in numerosi strumenti internazionali (di *hard* e di *soft law*) successivi alla Convenzione di Ginevra, che sono esaminati nel capitolo seguente. V. Dichiarazione sull'asilo territoriale, art. 3, par. 3; Principi di Bangkok, art. 3, par. 4; Raccomandazione (293) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

²⁶⁸ Convenzione di Ginevra, art. 32, par. 3.

²⁶⁹ *General Comment n. 15*, cit., punto 9.

²⁷⁰ *Ibid.*

dell'individuo è obbligato a riammettere un proprio cittadino²⁷¹, ma quest'opzione potrebbe essere preclusa dal divieto di rimandare il rifugiato nei luoghi dai quali è fuggito. Inoltre, sebbene lo Stato ospitante possa procedere all'espulsione del rifugiato verso uno Stato terzo sicuro, tale possibilità potrebbe rimanere puramente teorica, non essendo agevole trovare un Paese disposto ad accogliere un rifugiato che sia destinatario di un provvedimento di espulsione per minaccia alla sicurezza nazionale o all'ordine pubblico del Paese ospitante (ai sensi dell'articolo 32, par. 1). Non è raro, quindi, nella prassi, che il provvedimento di allontanamento del rifugiato ai sensi dell'articolo 32 rimanga inattuato. In tali circostanze, il par. 3 dell'articolo 32 prevede comunque che lo Stato ospitante possa adottare tutte le misure interne che reputi necessarie nei confronti del rifugiato²⁷².

Sulla compatibilità di siffatte misure, che nella prassi vanno dalla limitazione del movimento dello straniero alla detenzione amministrativa, con le finalità della protezione internazionale dei rifugiati, esiste un'interessante produzione giurisprudenziale delle corti regionali sui diritti umani, che sarà meglio esaminata nei capitoli che seguono²⁷³.

²⁷¹ Sull'obbligo dello Stato di origine di riammettere il rifugiato cfr. UN Docs. A/RES/52/103; A/RES/51/79; A/RES/50/152. In argomento, GOODWIN-GILL, *International Law and Movement of Persons Between States*, cit., pp. 17-28.

²⁷² In questo caso entra in azione l'ultima frase dell'articolo in esame: «*The Contracting States reserve the right to apply during that period such internal measures as they may deem necessary*». Per quanto riguarda le misure che lo Stato, costretto suo malgrado a offrire ospitalità a un rifugiato colpito da una misura di espulsione, basti ricordare la raccomandazione dell'ExCom, che ha invitato gli Stati ad assoggettare tali casi alle normali procedure nazionali previste in materia penale per casi simili. V. *Expulsion, Conclusion No. 7 (XXVIII)*, 1977, p. 15.

²⁷³ V. *infra*, cap. 5.

CAPITOLO III

IL NON-REFOULEMENT NEL DIRITTO DEI RIFUGIATI SUCCESSIVO ALLA CONVENZIONE DEL 1951

*Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución
(incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras),
como piedra angular de la protección internacional de los refugiados.
Este principio imperativo en cuanto a los refugiados,
debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional,
como un principio de jus cogens.*

*Declaración de Cartagena sobre refugiados,
Preambolo, cons. 5.*

SOMMARIO: 1. La Conferenza delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale: un'occasione mancata di ricostruire il divieto di respingimento "a rischio persecuzione" come alfiere del diritto "all'asilo". - 2. L'ampliamento della nozione di rifugiato e della portata del divieto di *refoulement* in relazione al rischio di persecuzione: le matrici principali. - 3. La nozione di rifugiato e di *non-refoulement* nel diritto dei rifugiati *post*-Ginevra: l'esperienza africana. - 4. Asilo, rifugio e *non-refoulement* nel continente americano. - 5. Il divieto di respingimento negli strumenti di *soft-law* adottati in Asia e nel mondo arabo. - 6. Gli sviluppi del *non-refoulement* in ambito europeo. - 7. Il contributo dell'UNHCR allo sviluppo progressivo del diritto internazionale dei rifugiati: le premesse giuridiche. - 8. La nozione di "rifugiato" e di "*non-refoulement*" nella prassi dell'UNHCR. - 9. L'estensione del mandato dell'UNHCR agli sfollati. - 10. Un nuovo protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra? Sviluppi in tema di "protezione temporanea" a margine della crisi siriana. - 11. Sviluppi *de lege ferenda*? Il problema dei rifugiati "climatici". - 12. I rischi insiti in una formulazione onnicomprensiva del "principio" di *non-refoulement*. - 13. Il divieto consuetudinario di *refoulement* a rischio persecuzione.

1. La Conferenza delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale: un'occasione mancata di ricostruire il divieto di respingimento "a rischio persecuzione" come alfiere del diritto "all'asilo".

La Convenzione di Ginevra, lungi dal rappresentare il punto di arrivo dello sviluppo del diritto dei rifugiati, costituisce il primo tassello nel processo di erosione della configurazione tradizionale del diritto dei rifugiati e il parametro ineludibile nel dibattito sull'evoluzione dello stesso nel diritto internazionale

contemporaneo¹. Tale erosione parte dalla constatazione dell'inadeguatezza della definizione di rifugiato accolta dalla Convenzione del 1951 a ricomprendere le varie anime di cui è andato arricchendosi il già composito panorama delle migrazioni forzate a partire dagli anni Cinquanta².

Tentativi di addivenire a una codificazione in materia, dotata di maggior completezza e sistematicità, sono stati condotti già a poco più di un decennio dall'entrata in vigore della Convenzione.

Dopo il *Colloquium on Legal Aspects of Refugee Problems*, svoltosi a Bellagio nel 1965 e conclusosi con la proposta di rimuovere i limiti della definizione di rifugiato contenuti nell'articolo 1 B della Convenzione di Ginevra attraverso lo strumento di un Protocollo opzionale³ (che sarebbe poi diventato il Protocollo di New York del 1967), e la Conferenza sui diritti umani, svoltasi a Tehran nel 1968⁴, nel 1977 venne convocata in seno alle Nazioni Unite la Conferenza di Ginevra sull'asilo territoriale⁵, con lo scopo di redigere un nuovo trattato, che avrebbe dovuto contenere disposizioni in materia di ricongiungimento familiare dei rifugiati e sciogliere il nodo della portata dell'obbligo di *non-refoulement*, con l'espressa previsione dell'estensione di tale obbligo ai respingimenti alla frontiera⁶.

¹ HEUSER, *op. cit.*; LABMAN, *Looking Back, Moving Forward: The History and Future of Refugee Protection*, 2009, accessibile online all'indirizzo: [http://works.bepress.com/shauna_labman/1]; NORTH, CHIA, *Towards Convergence in the Interpretation of the Refugees Convention – A Proposal for the Establishment of an International Refugee Court*, AYIL, vol. 25, 2006, p. 105 ss.; NANDA, *The Global Challenge of Protecting Human Rights: Promising New Developments*, DJILP, vol. 34, 2006, p. 47 ss.; WORSTER, *The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum*, 2012, accessibile online all'indirizzo: [<http://ssrn.com/abstract=2025410>]; ID, *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law*, cit.

² Chatham House, *The Refugees Convention: Why Not Scrap It? Summary of Discussion at the International Law Programme Discussion Group*, 20 October 2005, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/ilp201005.pdf>].

³ UNHCR, *Colloquium on the Legal Aspects of Refugee Problems (Note by the High Commissioner)*, 5 May 1965, A/AC.96/INF.40. V. anche *Proposed measures to extend the personal scope of the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951 (Submitted by the High Commissioner in accordance with paragraph 5 (b) of General Assembly Resolution 1166 (XII) of 26 November 1957)*, UNHCR *Colloquia*, 12 October 1966, accessibile online all'indirizzo: [<http://unhcr.org/3ae68be8a.html>].

⁴ *Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights*, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41, p. 3 (1968), cit. anche in WEIS, *The United Nations Declaration on Territorial Asylum*, *Canadian YBIL*, vol. 7, 1969, p. 92 ss., p. 142.

⁵ *Elaboration of a Draft Convention on Territorial Asylum*, 9 December 1975, UN Doc. A/RES/3456; *United Nations Conference on Territorial Asylum*, 21 April 1977, UN Doc. A/CONF.78/12.

⁶ WEIS, *The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum*, *BYIL*, vol. 50, 1979, p. 151 ss.; BOED, *op. cit.*, p. 13.

L'ambizione della Conferenza era, dunque, quella di superare la distinzione operata nella Convenzione di Ginevra tra *status* di rifugiato e diritto di asilo (inteso come "diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni", ai sensi dell'articolo 14, par. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁷, cui corrispondeva un obbligo di ammissione da parte dello Stato), estrinsecando in sede giuridica il latente ma evidente rapporto tra il diritto dei rifugiati e i diritti umani. Si trattava, come pure è stato autorevolmente riconosciuto, di un'ambizione tutt'altro che peregrina, giacché:

«The framers' unambiguous reference in the Preamble of the 1951 Convention to the Universal Declaration of Human Rights indicates a desire for the refugee definition to evolve in tandem with human rights principles»⁸.

Se tale ambizioso progetto avesse ottenuto successo, quindi, gli sviluppi normativi in tema di rifugiati avrebbero probabilmente trovato completamento nell'affermazione di un obbligo internazionale degli Stati di riconoscere alle persone in fuga da persecuzioni, in virtù della loro peculiare vulnerabilità, un vero e proprio diritto soggettivo all'asilo e un trattamento più avanzato in termini di tutela, alla stregua di quello riconosciuto alle minoranze⁹.

Tuttavia, il compito assegnato alla Conferenza si rivelò impossibile da portare a termine, soprattutto a causa dell'assenza di accordo sulla natura e sul contenuto normativo dell'obbligo di *non-refoulement*¹⁰, ovvero dell'unica norma contenuta nella Convenzione del 1951 che, attraverso il divieto di respingere un richiedente asilo verso una persecuzione, introduceva nel diritto di Ginevra sui rifugiati una forma embrionale di diritto a ricevere asilo, consistente nell'accesso alle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹¹.

⁷ Sull'articolo 14 della Dichiarazione v. *supra*, cap. 1 e cap. 2.

⁸ VON STERNBERG, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law: Canadian and United States Case Law Compared*, The Hague, 2002, p. 314.

⁹ V. BERRY, *Integrating Refugees: The Case for a Minority Rights Based Approach*, IJRL, vol. 24, 2012, p. 1 ss. V. anche MANDELSTAM, *La protection des minorités*, RdC, vol. 1, 1923, p. 363 ss.; ERMACORA, *The Protection of Minorities before the United Nations*, RdC, vol. 182, 1983, p. 247 ss.; VUKAS, *States, Peoples and Minorities*, RdC, vol. 231, 1991, p. 263 ss.

¹⁰ Cfr. *Report of the United Nations Conference on Territorial Asylum*, UN Doc. A/CONF.78/12 (1977); V. anche UN Doc. A/CONF.78/C.1/SR.3, 19 gennaio 1977. In argomento, HAILBRONNER, *Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, VJIL, vol. 26, 1985-1986, p. 857 ss., p. 864, nota 32.

¹¹ Così, v. le seguenti risoluzioni dell'Assemblea Generale: UN Docs. A/RES/44/137, 15 Dec. 1989, par. 3; A/RES/46/106, 16 Dec. 1991, par. 4; A/RES/47/105, 16 Dec. 1992, par. 4; A/RES/48/116, 20 Dec. 1993, par. 3; A/RES/49/169, 23 Dec. 1994, par. 4. Ovviamente, tale affermazione va letta alla luce di quanto detto nel capitolo precedente in merito alla differenza tra "asilo" e "rifugio".

D'altra parte, il fallimento della Conferenza sull'asilo territoriale era prevedibile, data l'ostilità mostrata dalla gran parte degli Stati dell'Europa orientale, dell'Asia e del vicino Oriente, almeno fino agli anni Settanta, alla ratifica di strumenti pattizi contenenti clausole di non respingimento e la negazione da parte degli stessi dell'obbligatorietà giuridica del precetto¹². Un orientamento peraltro soltanto parzialmente modificato in tempi recenti, essendo ancora largamente documentati casi di prassi *routinarie* e generalizzate di deportazione coatta di rifugiati e richiedenti asilo da parte di alcuni Stati asiatici¹³.

Ciò che meraviglia è, piuttosto, che l'ostilità nei confronti dell'obbligo di *non-refoulement*, mostrata da un numero consistente di Stati in seno alla Conferenza¹⁴, non abbia impedito agli stessi di astenersi, facendo passare una dichiarazione sulla necessità di riconoscere valore consuetudinario all'obbligo di non respingimento, promossa da un altrettanto consistente, se non maggioritario gruppo di Paesi dell'Europa occidentale e dell'America Latina¹⁵.

¹² HAILBRONNER, *Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees*, cit., p. 867. V. *amplius*, KHAN, *Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons*, RdC, vol. 149, 1976, p. 287 ss., a p. 318; HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., p. 506, nota 21; DAVIES, *The Asian Rejection?: International Refugee Law in Asia*, AJPH, vol. 52, 2006, p. 562 ss., dove l'autrice afferma: «*The majority of Asian states have not signed onto the major international refugee law instruments which promote refugee recognition and protection. Yet, second to Africa, the Asian region has had the highest number of refugees since the Second World War*».

¹³ V. ad es., Asia Pacific Refugee Rights Network (APRRN), *Joint Statement on the Principle of Non-Refoulement and the Recent Forced Deportations of the Uighurs from Cambodia and the Lao Hmong from Thailand*, 14 January 2010 accessibile online all'indirizzo: [http://www.malaysianbar.org.my/human_rights/joint_statement_on_the_principle_of_non_refoulement_and_the_recent_forced_deportations_of_the_uighurs_from_cambodia_and_the_lao_hmong_from_thailand_.html]. Da ultimo v. *Amnesty International Report 2013. The State of the World's Human Rights*, London, 2013, p. 290 (Malesia), p. 314-316 (Tailandia), ma anche p. 91 (Liberia), p. 142 (Sud-Africa).

¹⁴ HURWITZ, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, 2009, p. 21 ss. Alla fine, anche il blocco occidentale iniziò a frammentarsi e la conclusione più evidente dei dibattiti fu che: «*the Committee met for [more than] four weeks and only three of the ten articles of the experts' draft Convention were discussed and voted on. [T]he preoccupation of the majority of the states attending the Conference was that of safeguarding, to exasperation point, the sovereign right of a state to grant asylum*» (v. LAPENNA, *Territorial Asylum-Developments from 1961 to 1977. Comments on the Conference of Plenipotentiaries*, AWR Bulletin, vol. 16, 1978, p. 1 ss., citato in HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., pp. 511-512, nota 58).

¹⁵ GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., p. 61. La problematica era già stata sollevata durante i lavori del Comitato di esperti nominato *ad hoc* (*Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. Elaboration of a draft Convention on Territorial Asylum Report of the Secretary-General UNHCR Historical, 29 August 1975, Thirtieth session Item 80 of the provisional agenda*, accessibile online all'indirizzo: [http://www.unhcr.org/print/3ae68befc.html#_ftn1], in quanto era stato contestato il quinto considerando del preambolo («*Noting the present practice of States in granting asylum and the general acceptance of the principles of non-refoulement and the voluntary nature of repatriation, expressed in various instruments adopted on the universal and regional levels*») alla luce della considerazione che: «*while the principle of voluntary repatriation was generally accepted, the*

Commentando il fallimento della Conferenza sull'asilo territoriale di fronte all'Assemblea Generale l'anno successivo, la Commissione del diritto internazionale sostenne che l'istituto dell'asilo «*[does] not appear at present to require active consideration in the near future*»¹⁶.

L'unico strumento universale sul diritto di asilo territoriale è, quindi, un atto di *soft law*: la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale risalente al 1967. In tale dichiarazione, «*il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni*» veniva esteso anche alle persone che lottano contro il colonialismo¹⁷. Inoltre, si ribadiva la natura umanitaria della protezione internazionale, da cui discende la validità *erga omnes* della decisione sovrana di uno Stato di concedere asilo e l'obbligo di tale Stato di non collaborare con il Paese che perseguita il rifugiato¹⁸.

Veniva altresì codificato il principio del c.d. «*burden responsibility sharing*», in base al quale:

«Where a State finds difficulty in granting or continuing to grant asylum, States individually or jointly or through the United Nations shall consider, in a spirit of international solidarity, appropriate measures to lighten the burden on that State»¹⁹.

Si tratta, a ben guardare, di un principio, il cui *enforcement* è consustanziale al rispetto dell'obbligo di *non-refoulement* in casi di afflusso massiccio di profughi, espressione della responsabilità collettiva assunta dalla comunità internazionale nei confronti di quegli individui che non siano protetti dallo Stato di cittadinanza o di residenza²⁰.

Tuttavia, dopo aver affermato il principio del *burden sharing* ed esteso l'ambito di applicazione dell'obbligo di *non-refoulement ratione personae* a

acceptance of the principle of non-refoulement was a matter to be dealt with by the Convention, which the Preamble therefore appeared to pre-judge» (par. 24).

¹⁶ UN Doc. A/RES/32/10, par. 109, pp. 129-130, cit., in GOODWIN-GILL, *The 1967 Declaration On Territorial Asylum, in United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2012, p. 7, accessibile online all'indirizzo: [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dta/dta_e.pdf].

¹⁷ Dichiarazione sull'asilo territoriale, art. 1.

¹⁸ Ivi, Preambolo e art. 1.

¹⁹ V. *ivi*, articolo 2, par. 2. Si noti che, peraltro, la necessità di cooperazione tra gli Stati nella gestione del problema dei rifugiati era già sancita nel quarto *considerando* della Convenzione di Ginevra.

²⁰ GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., p. 54: «*the rule of non-refoulement is an expression of the collective responsibility of the community of States, stated already by Grotius and Vattel, that persons seeking asylum shall be able to find an abode somewhere. If a particular State finds that the burden imposed upon it by the influx of asylum-seekers is too heavy to bear alone, the remedy should not be to turn the asylum-seekers away, but to enlist the cooperation of other States*».

chiunque chieda asilo o fuga da qualsivoglia tipo di persecuzione²¹, la Dichiarazione sull'asilo territoriale prevedeva, al par. 2 dell'articolo 3, una clausola eccezzuativa dell'obbligo di *non-refoulement* proprio in relazione all'ipotesi di esodi di massa²². Era, questa, un'altra manifestazione dell'ostilità di numerosi Stati a limitare la propria sovranità in materia di allontanamento degli stranieri²³, ostilità peraltro emersa durante i lavori preparatori della Dichiarazione, quando numerosi Paesi del blocco orientale dichiararono che avrebbero interpretato la norma sul *non-refoulement* alla stregua di un obbligo morale e non giuridico²⁴.

Ciononostante, il divieto di *refoulement* non perdeva la propria centralità nel diritto dei rifugiati. Invero, pur enfatizzando la libertà degli Stati di allontanare in modo coatto un rifugiato "indesiderabile", la Dichiarazione introduceva, al par. 3 dell'articolo 3, una garanzia procedurale volta ad evitare che questi fosse consegnato ai propri aguzzini. Sanciva, infatti, l'obbligo dello Stato di rifugio di consentire al deportando di chiedere asilo a uno Stato terzo sicuro²⁵.

La previsione di siffatta garanzia procedurale rimarcava, peraltro, la natura negativa del divieto di respingimento, in contrapposizione agli obblighi positivi che sorgono in capo allo Stato che decida di concedere l'asilo²⁶.

La Dichiarazione, pur essendo un atto di *soft law*, rappresenta comunque una non trascurabile manifestazione della *opinio juris* internazionale in relazione

²¹ Dichiarazione sull'asilo territoriale, art. 3, par. 1: «No person [...] shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution».

²² Ivi, art. 3, par. 2: «Exception may be made to the foregoing principle only for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in the case of a mass influx of persons».

²³ Peraltro, una clausola eccezzuativa al divieto di *refoulement* era prevista (in termini sovrapponibili all'articolo 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra) anche nel Progetto di Convenzione sull'asilo territoriale del 1977, all'articolo 2, par. 3 bis: «The provisions of paragraph 1 of this article shall not apply to any person whom there are serious reasons for regarding as a threat or danger to the security of the country in which he is seeking asylum». V. GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee In International Law, Online Resource Centre, Annexe 5, Miscellaneous Texts*, p. 3, accessibile online: [<http://global.oup.com/booksites/content/9780199207633/resources/annexe5>].

²⁴ *Twenty-First Session, Sixth Committee, 953rd meeting, 9 Dec. 1966*, UN Doc. A/C.6/L.616 and Add. 1 and 2. V. anche UN Docs. A/6367 and Add. 1 and 2, A/C.6/L.374, A/C.6/L.587, A/C.6/L.588 and Corr. 1 and Add. 1, A/C.6/L.589, A/C.6/L.590, A/C.6/L.593 and Add. 1-3, A/C.6/L.599, A/C.6/L.604-606, A/C.6/L.614 and Corr. 1, A/C.6/L.616 and Add. 1 and 2.

²⁵ Dichiarazione sull'asilo territoriale, art. 3.

²⁶ Come riportato da Weis, la nozione di "Stato terzo sicuro" è stata sviluppata proprio a partire dalla configurazione dell'obbligo di *non-refoulement* alla stregua di un obbligo di contenuto meramente negativo, sostenuta in seno alla Commissione sui diritti umani delle Nazioni Unite (654^o meeting, 1960) dal rappresentante del Regno Unito, Sir Samuel Hoare, che aveva ribadito che: «The receiving country was at liberty to return such a person to an interim country, or to arrange for him to be taken over by another State» (cfr. WEIS, *The United Nations Declaration on Territorial Asylum*, cit., p. 142).

all'importanza dell'obbligo di *non-refoulement*, ma riflette altresì le spaccature che, ai tempi della adozione della stessa, dividevano la comunità internazionale in merito al contenuto, alla portata e alla natura della norma *de qua*. Tali spaccature, come si è accennato, avrebbero portato dieci anni dopo al fallimento della Conferenza delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale e alla definitiva rimozione della tematica dell'asilo dall'agenda dei lavori della Commissione del diritto internazionale²⁷.

2. *L'ampliamento della nozione di rifugiato e della portata del divieto di refoulement in relazione al rischio di persecuzione: le matrici principali.*

A partire dalla constatazione dell'infattibilità dell'adozione di una nuova convenzione universale che ricostruisse il divieto di respingimento "a rischio persecuzione" come alfiere del diritto "all'asilo", l'aggiornamento del sistema internazionale di protezione dei rifugiati è avvenuto mediante l'interpretazione evolutiva della Convenzione di Ginevra e del Protocollo di New York²⁸.

L'imperituro rilievo di questi strumenti nella protezione dei rifugiati è stato riconosciuto dall'Assemblea Generale in innumerevoli circostanze e con particolare enfasi nella Risoluzione 56/137 del 2001, in cui si è affermato che «*the 1951 Convention and the 1967 Protocol thereto remain the foundation of the international refugee regime*» e si è sottolineata altresì «*the importance of full respect for the principle of non-refoulement*»²⁹.

Inoltre, sino a tempi recentissimi, gli Stati parti hanno dichiarato il rinnovato impegno nel garantire il rispetto delle norme contenute in questi strumenti, con special riguardo all'obbligo di *non-refoulement*, cui è stato riconosciuto da siffatti Stati il valore di norma di diritto internazionale generale³⁰.

²⁷ V. *supra*, il testo corrispondente alla nota 15.

²⁸ FELLER, *International Refugee Protection 50 Years On: The Protection Challenges of the Past, Present and Future*, IRRC, vol. 83, 2001, p. 581 ss.

²⁹ UN Doc. A/RES/56/137, par. 3, 19 Dec. 2001. Nei medesimi termini al par. 4 v. UN Docs. A/RES/57/187, 18 Dec. 2002; A/RES/58/151, par. 3, 22 Dec 2003; A/RES/59/170, par. 3, 20 Dec 2004; A/RES/60/129, par. 3, 16 Dec 2005; A/RES/61/137, par. 3, 19 Dec 2006; A/RES/62/124, par. 4, 18 Dec 2007; A/RES/63/148, par. 4, 18 Dec 2008; A/RES/63/127, par. 3, 18 Dec 2009; A/RES/65/194, par. 4, 21 Dec 2010.

³⁰ *Declaration of States parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, Ministerial Meeting of States Parties*, cit., cons. 4 del Preambolo: «*Acknowledging the continuing relevance and resilience of this international regime of rights and principles, including at its core the principle of non-refoulement, whose applicability is embedded in customary international law*».

La dinamica dell'ammodernamento della configurazione tradizionale del diritto dei rifugiati in sede regionale è legata all'esigenza di rispondere alle nuove sfide lanciate dalle trasformazioni dei movimenti di popolazione, sfide non ascrivibili ai canoni della persecuzione individuale di matrice politico-ideologica³¹.

Sempre più spesso, le migrazioni "forzate" hanno riguardato persone costrette a fuggire da condizioni generalizzate di disagio, precarietà e pericolo, derivanti da guerre civili, a loro volta generate dalla pesante eredità coloniale di frontiere artificiali e di squilibri strutturali negli Stati di nuova indipendenza³².

Inoltre, a partire dagli anni Novanta, con la fine della guerra fredda e la caduta delle restrizioni all'espatrio introdotte dai regimi comunisti, la questione degli esodi di massa ha interessato anche gli Stati europei e, in genere, le economie del benessere, che sono state "invase" da stranieri in fuga da condizioni di vita insostenibili o da sanguinosi conflitti locali³³.

Nell'ultimo decennio, poi, il problema delle migrazioni forzate ha assunto connotati quantitativamente e qualitativamente rilevanti e costituisce oggi una questione centrale nel dibattito internazionale.

Questi sviluppi hanno favorito un'interpretazione evolutiva della Convenzione di Ginevra, a partire dal concorso di due tendenze principali: quella legata agli sviluppi regionali del diritto dei rifugiati e quella dell'Alto Commissariato per i rifugiati ad adeguare la definizione di rifugiato e la protezione contro il *refoulement* all'evoluzione dei fenomeni migratori e alle mutate esigenze di tutela internazionale degli individui.

Di tali tendenze, e del loro impatto sull'avanzamento della protezione internazionale e sulla ricostruzione in termini di diritto consuetudinario dell'obbligo di *non-refoulement*, si darà conto nelle pagine che seguono.

³¹ V. *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 61: «In view of the definition contained in the 1951 Convention, which has been called Eurocentric in origin, [...] – in that its purpose was to protect political refugees who feared persecution in their countries of origin – and fundamentally "individualistic" because, under its authority, refugee status was granted only to individual persons, several authors have proposed even broader definitions of the concept of refugee».

³² Ivi, par. 69.

³³ FELLER, *International Refugee Protection 50 Years On*, cit., p. 587 ss.

3. *La nozione di rifugiato e di non-refoulement nel diritto dei rifugiati post-Ginevra: l'esperienza africana.*

Il *Rapporteur* speciale in materia di espulsione degli stranieri, Maurice Kamto, ha riconosciuto che:

«Since the 1951 Convention on the Status of Refugees, [the principle of non-refoulement] has been incorporated in many conventions and declarations of principle at both the universal and regional levels (such as the Final Act of the United Nations Conference on the Status of Stateless Persons of 23 September 1954; article 10 of the Agreement relating to Refugee Seamen of 23 November 1957; article II, paragraph 3, of the Principles concerning Treatment of Refugees adopted in 1966 by the Asian-African Legal Consultative Committee; resolution (67) 14 on asylum to persons in danger of persecution adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe; article 3 of the United Nations Declaration on Territorial Asylum adopted by the General Assembly on 14 December 1967; article II, paragraph 3, of the Organization of African Unity (OAU) Convention governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa of 10 September 1969; the many conclusions announced by the Executive Committee of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) Programme since 1977; and the Cartagena Declaration on Refugees of 22 November 1984, which sought “to reiterate the importance and meaning of the principle of non-refoulement (including the prohibition of rejection at the frontier) as a cornerstone of the international protection of refugees”»³⁴.

La moltiplicazione degli strumenti internazionali di diritto pattizio e di *soft law* che contemplano un divieto di respingimento a rischio persecuzione si fonda sull'obiettivo di ammodernare e approfondire la protezione internazionale dei rifugiati, legando la nozione di “rifugiato” a situazioni che non sono formalmente contemplate dalla Convenzione stessa.

Uno dei primi esempi cui fa riferimento il Relatore speciale è l'Accordo dell'Aja concernente i marinai rifugiati, concluso nel 1957 dalle allora potenze marittime europee³⁵. Tale trattato, che rappresenta il primo strumento pattizio successivo alla Convenzione di Ginevra e la cui adozione è stata sponsorizzata

³⁴ ILC, *Expulsion of Aliens. Draft Articles on Protection of the Human Rights of Persons Who Have Been or Are Being Expelled, As Restructured by the Special Rapporteur, Mr. Maurice Kamto, in the Light of the Plenary Debate During the First Part of the Sixty-First Session*, Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2009, UN Doc. A/CN.4/617, 21 July 2009, nota 8, punto 1.

³⁵ UNHCR, *Agreement relating to Refugee Seamen* (Accordo sui marinai rifugiati), 23 November 1957, accessibile online all'indirizzo [<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3614.html>]. L'accordo fu concluso il 23 novembre 1957 dai Governi di Belgio, Danimarca, Francia, Germania federale, Regno Unito, Olanda, Norvegia e Svezia. Si ricorda che l'architettura del testo convenzionale è stata completata da un Protocollo entrato in vigore il 30 marzo 1975, che ha eliminato le limitazioni spaziali e temporali contenute nell'accordo, alla stregua del Protocollo di New York rispetto alla Convenzione di Ginevra.

dall'Alto Commissariato per i rifugiati, si proponeva di trattare la delicata questione dei marinai rifugiati cui, peraltro, è dedicato l'articolo 11 della Convenzione di Ginevra³⁶. Nel trattato vengono specificati gli obblighi discendenti allo Stato della bandiera dell'imbarcazione sulla quale il marinaio rifugiato si trova, che consistono nel riconoscimento del suo *status* e nella fornitura dei documenti validi affinché il marinaio possa sbarcare³⁷. Due disposizioni di questo trattato sono interessanti ai nostri fini. Si tratta degli articoli 9 e 10: il primo contenente un divieto di trattenere il marinaio rifugiato a bordo del vascello su cui si trova, qualora tale permanenza forzata sulla nave possa mettere in serio pericolo la sua salute fisica e mentale³⁸; il secondo statuendo che:

«No refugee seaman shall be forced, as far as it is in the power of the Contracting Parties, to stay on board a ship which is bound for a port, or is due to sail through waters, where he has well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion».

Quest'articolo adatta il contenuto della norma di cui all'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra alla protezione dei marinai rifugiati³⁹. Anche l'articolo richiamato in precedenza assolve a una funzione di garanzia contro una potenziale lesione dell'integrità fisica e psichica del marinaio rifugiato, ma in quel caso il rischio non deriva dall'esecuzione di una misura di allontanamento, bensì dal trattenimento coatto dell'interessato all'interno della nave.

Si tratta di una disposizione particolarmente interessante perché introduce un concetto che sarà in seguito sviluppato negli strumenti pattizi e di *soft law* che si occupano dei rifugiati: ossia che il rischio di persecuzione ben può discendere anche dalla permanenza forzata del rifugiato in un determinato luogo, che sia una nave oppure lo Stato di origine o di residenza abituale. Infatti, in senso lato, l'accordo richiamato rappresenta una prima testimonianza della tendenza all'internazionalizzazione del problema delle persone bisognose

³⁶ Tale articolo sancisce: «*In the case of refugees regularly serving as crew members on board a ship flying the flag of a Contracting State, that State shall give sympathetic consideration to their establishment on its territory and the issue of travel documents to them or their temporary admission to its territory particularly with a view to facilitating their establishment in another country*».

³⁷ Accordo sui marinai rifugiati, art. 2.

³⁸ Ivi, art. 9: «*No refugee seaman shall be forced, as far as it is in the power of the Contracting Parties, to stay on board a ship if his physical or mental health would thereby be seriously endangered*».

³⁹ KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement*, cit., p. 48 ss.

di protezione internazionale, che non riescono ad abbandonare il luogo in cui la loro integrità fisica e psichica è minacciata.

Tale tendenza ha trovato piena realizzazione attraverso la codificazione del diritto dei rifugiati in Africa che, muovendo dall'estensione della protezione contro il rischio di *refoulement*, che è proceduta in parallelo con l'ampliamento della nozione di rifugiato, ha condotto a importanti adattamenti concettuali in ambito regionale.

Punto di partenza per l'analisi di questi sviluppi è la Convenzione sugli aspetti specifici del problema dei rifugiati in Africa⁴⁰, adottata dall'allora Organizzazione dell'Unità africana nel 1969. Pur ponendosi nel solco tracciato dalla Convenzione di Ginevra⁴¹, la Convenzione africana associa alla tradizionale definizione di rifugiato⁴² la condizione di quanti fuggono da situazioni di guerra civile o da *failed States*, prevedendo, al par. 2 dell'articolo I, che:

«The term "refugee" shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality»⁴³.

Invero, tale adattamento deve essere apparso, ai redattori della Convenzione, confacente a calare, nella realtà degli Stati africani, il regime di tutela giuridica sviluppato a livello universale dal trattato del 1951, tenendo conto delle peculiarità del fenomeno dei rifugiati nel continente africano e degli effetti della decolonizzazione sui movimenti forzati di popolazione⁴⁴.

La prassi relativa all'interpretazione dell'ampia definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione OUA si è orientata nel senso di focalizzare l'esame della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato sulla

⁴⁰ In argomento, WODIE, *L'Afrique et le droit humanitaire*, IRRC, vol. 68, 1986, p. 259 ss.; OKOTH-OBBO, *Thirty Years On: A Legal Review of the 1969 OAU Refugee Convention Governing the Specific Aspects of the Refugee Problems in Africa*, RSQ, vol. 20, 2001, p. 79 ss.; Lawyers Committee on Human Rights, *African Exodus: Refugee Crisis, Human Rights and the 1969 OAU Convention*, New York, 1995.

⁴¹ Convenzione OUA, *considerando 9*: «Recognizing that the United Nations Convention of 28 July 1951, as modified by the Protocol of 31 January 1967, constitutes the basic and universal instrument relating to the status of refugees and reflects the deep concern of States for refugees and their desire to establish common standards for their treatment».

⁴² Ivi, art. I, par. 1.

⁴³ Ivi, art. I, par. 2.

⁴⁴ GROTH, *Engendering Protection: an Analysis of the 2009 Kampala Convention and its Provisions for Internally Displaced Women*, IJRL, vol. 23, 2011, p. 221 ss., p. 222.

situazione esistente nello Stato di origine, in modo da riconoscere *ipso facto* lo status, qualora siano integrati i presupposti fattuali di “*external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality*” elencati all’articolo I, par. 2, senza che rilevino considerazioni in merito al rischio individuale di persecuzione temuto dal richiedente⁴⁵.

In altre parole, non è stata ritenuta indispensabile, per assicurare l’operatività della norma, l’esistenza di un nesso causale diretto tra l’aggressione (subita o temuta) e le ragioni che hanno determinato la fuga del rifugiato, ciò che rileva essendo la gravità della situazione all’interno dello Stato di origine. Si tratta, quindi, di una definizione le cui principali differenze rispetto alla nozione di “rifugiato” (ai sensi dell’articolo 1 della Convenzione di Ginevra del 1951) consistono nel tentativo di obiettivizzare il concetto di rifugiato e nell’assenza di specifiche qualifiche del fondato timore di persecuzione⁴⁶.

A ciò si aggiunge l’altro tassello fondamentale, cui si accennava più sopra, vale a dire l’estensione della protezione contro il *refoulement* all’ipotesi in cui l’allontanamento comporti un rischio di essere costretti a restare in un luogo in cui si può subire una persecuzione. In base alla norma di cui al paragrafo 3 dell’articolo II della Convenzione OUA, infatti,

«No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article I, paragraphs 1 and 2»⁴⁷.

Si tratta della disposizione maggiormente qualificante della Convenzione africana, che libera il divieto di *refoulement* dalle eccezioni previste nella Convenzione di Ginevra e prevede espressamente l’ipotesi di respingimento alla frontiera. Inoltre, vietando agli Stati parti l’adozione di misure “*which would compel persons to remain*” in un luogo in cui possano subire persecuzione, l’articolo II, par. 3 è stato ritenuto uno strumento idoneo a regolare il fenomeno degli esodi di massa dei profughi, impedendo allo Stato verso cui il flusso di massa è diretto di negare ai componenti del gruppo l’ammissione al proprio

⁴⁵ OKOTH-OBBO, *op. cit.*, p. 112 ss.

⁴⁶ RANKIN, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁷ Convenzione OUA, articolo II, par. 3. Il par. 4 del medesimo articolo prevede il principio del c.d. “*burden sharing*”, mentre il paragrafo successivo regola il diritto al reinsediamento del rifugiato che non sia stato ammesso a risiedere in un Paese in cui ha chiesto asilo.

territorio, costringendoli a restare nei luoghi da cui fuggono⁴⁸. Ne consegue, quanto meno, un obbligo di ammissione temporanea, in vista del rimpatrio volontario⁴⁹.

È a partire da questa disposizione della Convenzione africana che si è sviluppato un nuovo *status* di diritto internazionale, c.d. di “protezione temporanea”, che si differenzia tanto dal regime di Ginevra quanto dalle forme di protezione sussidiaria, di cui si dirà in seguito⁵⁰.

È facile comprendere come la portata del cambiamento innescato, almeno a livello definitorio, sia tale per cui la Convenzione OUA ha rappresentato, per i successivi sviluppi del diritto dei rifugiati in Africa (e non solo), ciò che la Convenzione di Ginevra ha costituito per lo sviluppo della protezione dei rifugiati a livello universale: un imprescindibile punto di riferimento; per cui, nel diritto internazionale africano, gli strumenti regionali che hanno esteso ancor oltre la protezione internazionale, ricomprendendo al suo interno anche le persone che non varcano i confini dello Stato di origine (c.d. *internally displaced persons*), assolvono a una funzione complementare a quella cui presiede la Convenzione del 1969.

In tali strumenti, che sono la Convenzione e la Dichiarazione di Kampala, entrambe adottate nel 2009 dall’Unione africana⁵¹, e che completano e specificano i *Guiding Principles on Internal Displacement*, adottati nel 1998 dalle Nazioni Unite⁵², accanto all’obiettivo di governare il fenomeno degli spostamenti forzati di popolazione all’interno dei confini di uno Stato,

⁴⁸ D’SA, *The African Refugee Problem: Relevant International Conventions and Recent Activities of the Organization of African Unity*, NILR, vol. 31, 1984, p. 378 ss.

⁴⁹ Il “rimpatrio volontario”, disciplinato dall’articolo V, par. 1 della Convenzione OUA, non è contenuto né nella Convenzione di Ginevra né nel Protocollo di New York. Tale disposizione prevede un divieto assoluto di espulsione dei rifugiati, in virtù del quale: «*The essentially voluntary character of repatriation shall be respected in all cases and no refugee shall be repatriated against his will*». In merito alla differenza tra espulsione e rimpatrio v. *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 65.

⁵⁰ V. *infra*, par. 6.

⁵¹ UA, *Kampala Declaration on Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons in Africa*, Ext/Assembly/AU/PA/Draft/Decl. (I) Rev. 1 (2009), 23 October 2009; *African Union Convention on the Protection of and Assistance to Internally Displaced Persons*, 23 October 2009, 49 ILM 86 (2010). La Convenzione di Kampala è entrata in vigore il 6 dicembre 2012 ed è stata ratificata dai seguenti Stati: Angola, Benin, Burkina Faso, Ciad, Costa d’Avorio, Gabon, Gambia, Guinea-Bissau, Lesoto, Mali, Malawi, Nigeria, Niger, Repubblica Centrafricana, Repubblica araba democratica sahariana, Ruanda, Sierra Leone, Swaziland, Togo, Uganda, Zambia, Zimbabwe. In argomento, ZORZI GIUSTINIANI, *New Hopes and Challenges for the Protection of IDPs in Africa: The Kampala Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa*, DJILP, vol. 39, 2011, p. 347 ss.

⁵² UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 February 1998. Sulla definizione di “*internally displaced persons*” (IDPs) contenuta nei *Guiding Principles*, v. *supra*, cap. 2, par. 7.

l'attenzione è dedicata agli aspetti preventivi del *displacement* e alla ricerca di "soluzioni durevoli". Di conseguenza, le norme ivi contenute producono significativi effetti "indiretti" sul regime delle migrazioni forzate transfrontaliere⁵³.

Nel diritto africano, dunque, sfumano i contorni del problema dei rifugiati, così come delineato a partire dallo schema di Ginevra, e si riconosce che il *forced displacement* è un fenomeno unitario, che presenta due "facce": quella delle migrazioni transfrontaliere e quella dell'*internal displacement*. Si tratta di due aspetti correlati e inscindibili, per cui la soluzione del problema dei rifugiati in Africa non può prescindere da un approccio integrato, che tenga conto anche della problematica dei movimenti interni di popolazione.

Se questo è il sostrato filosofico-giuridico da cui muove la codificazione del diritto dei rifugiati in Africa, gli strumenti normativi di cui il sistema africano si è dotato non sembrano in grado di condurre alla realizzazione di tale obiettivo. Il principale ostacolo è, peraltro, strutturale e risiede nella circostanza che i trattati richiamati sono connotati da disposizioni che separano giuridicamente la regolamentazione dell'asilo da quella del rifugio, senza poi individuare il contenuto minimo obbligatorio della protezione discendente dal riconoscimento dello *status* di rifugiato e dal divieto di respingimento.

Si pensi all'articolo II della Convenzione OUA, ai sensi del quale gli Stati parti dell'allora Organizzazione per l'Unità africana «*shall use their best endeavours consistent with their respective legislations to receive refugees and to secure the settlement of those refugees who, for well-founded reasons, are unable or unwilling to return to their country of origin or nationality*»⁵⁴, mentre, per quanto riguarda il diritto di asilo, esso è meramente descritto come un «*peaceful and humanitarian act and shall not be regarded as an unfriendly act by any Member State*»⁵⁵.

Dunque, mentre nella Convenzione di Ginevra, che non contempla alcun riferimento al diritto di asilo, i concetti di "asilo" e di "rifugio", pur in stretta correlazione, non vengono sviscerati⁵⁶, la dissociazione normativa tra essi

⁵³ MULUGETA ABEBE, *The Kampala Convention and Environmentally Induced Displacement in Africa*, IOM Intersessional Workshop on Climate Change, Environmental Degradation and Migration, Geneva, 29-30 March 2011, p. 1.

⁵⁴ Convenzione OUA, art. II, par. 1. Analogamente v. articolo 2, par. 4 (rubricato "Asylum to a Refugee") dei Principi di Bangkok, che saranno esaminati in seguito.

⁵⁵ Convenzione OUA, art. II, par. 2. In argomento, OLOKA ONYANGO, *Plugging the Holes: Refugees, OAU Policy and the Practices of Member States*, USC Issue Brief, Washington DC, October 1986; OPOKU AWUKU, *Refugee Movements in Africa and the OAU Convention on Refugees*, *JAL*, vol. 39, 1995, p. 79 ss.

⁵⁶ V. *supra*, cap. 2.

intercorrente diviene qui più chiara, la concessione dell'asilo restando un atto discrezionale dello Stato, espressione della sovranità territoriale, e la protezione dei rifugiati, configurandosi come un obbligo giuridico internazionale per gli Stati parti della Convenzione.

Tuttavia, i contenuti di siffatto obbligo giuridico, in termini di attribuzione di diritti agli individui protetti, restano indeterminati nella Convenzione OUA. Infatti, l'articolo in esame si limita a impegnare gli Stati parti a fare quanto in loro potere, nell'ambito degli ordinamenti nazionali, per predisporre l'accoglienza dei rifugiati e l'asilo di coloro che non possono tornare nel Paese d'origine. In assenza di un catalogo dei diritti e dei doveri dei rifugiati, predisposto sulla scorta di quello contenuto nella Convenzione di Ginevra del 1951, il rimando ai "*best endeavours*" e alla "*consistency*" con le legislazioni interne depotenzia fortemente il portato innovativo delle definizioni di rifugiato e di *non-refoulement*, attribuendo, di fatto, un ampio margine di discrezionalità agli Stati nella determinazione delle procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato e del contenuto materiale dell'accoglienza.

L'impianto della norma appena commentata è riprodotto nella Convenzione di Kampala, che prevede espressamente una clausola di salvaguardia volta a riconoscere il diritto degli sfollati interni a ricevere asilo, in base alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli⁵⁷, e a cercare e ottenere protezione, come rifugiati, in base alla Convenzione OUA⁵⁸.

In realtà, il trattato fa altresì riferimento alla Convenzione di Ginevra del 1951, come fonte normativa invocabile per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Naturalmente, siffatto riferimento riguarda solo gli Stati che hanno ratificato la Convenzione del 1951 e gli individui che presentano i requisiti per il riconoscimento dello *status*, ai sensi di quest'ultima, escludendo quindi, proprio gli sfollati interni.

⁵⁷ Carta africana, art. 12, par. 3, in cui è sancito il diritto di asilo, e art. 23, par. 2, lett. (a), in base al quale «[f]or the purpose of strengthening peace, solidarity and friendly relations, States parties to the present Charter shall ensure that: (a) any individual enjoying the right of asylum under 12 of the present Charter shall not engage in subversive activities against his country of origin or any other State party to the present Charter».

⁵⁸ Convenzione di Kampala, art. 20, par. 1: «No provision in this Convention shall be interpreted as affecting or undermining the right of internally displaced persons to seek and be granted asylum within the framework of the African Charter on Human and Peoples' Rights, and to seek protection, as a refugee, within the purview of the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa or the 1951 U.N Convention Relating to the Status of Refugees as well as the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees».

Passando dalla Convenzione alla Dichiarazione di Kampala sulla protezione degli sfollati interni, la definizione dello *standard* di trattamento dei richiedenti asilo e dei rifugiati rimane appannaggio degli Stati. Al par. 6 della Dichiarazione gli Stati firmatari s'impegnano ad adottare:

«[A]ll necessary measures to ensure full respect for the fundamental principle of non-refoulement as recognised in International Customary Law as enunciated in Article 33 of the 1951 UN Geneva Convention relating to the Status of Refugees and in Article 2 of the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and, through appropriate national mechanisms, ensure that asylum seekers and refugees are treated humanely, and that their rights are protected»⁵⁹.

Questa formulazione, non solo non depotenzia il rilievo attribuito dalla Convenzione OUA alla legislazione nazionale di attuazione, nella definizione di uno *standard* di trattamento delle persone protette, anzi, essendo contenuta in uno strumento non vincolante, riflette più schiettamente la reale convinzione degli Stati africani che l'effettività del sistema di protezione dei rifugiati in Africa debba riposare, in sostanza, sulla discrezionalità statale.

Ciò ha condotto alla visione che il *non-refoulement* in Africa sia meramente «*the 'result of a favour', the right of specific persons at least to a temporary stay in the country of refuge*»⁶⁰. E, invero, l'esame della prassi africana non consente di distaccarsi di molto da siffatta affermazione.

In una prima fase, coincidente con il decennio successivo al perfezionamento della Convenzione OUA, l'adattamento degli ordinamenti interni degli Stati africani è stato scarno e ha visto l'adozione di legislazioni nazionali in materia di asilo e rifugio orientate più che altro a comprimere le libertà dei rifugiati⁶¹.

⁵⁹ Dichiarazione di Kampala, par. 6.

⁶⁰ HOFMANN, *Refugee Law in Africa, Law and State*, vol. 39, 1989, p. 79 ss., p. 85. *Contra*, v. OLOKA ONYANGO, *op. cit.*, p. 7, secondo cui l'art. II, par. 3 della Convenzione OUA rappresenta la più compiuta codificazione del diritto d'asilo nel diritto internazionale contemporaneo.

⁶¹ Cfr. a titolo esemplificativo, Botswana: *Refugees (Recognition and Control) Act*, Cap. 25:03, 5 April 1968, accessibile online all'indirizzo: [http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b4d60.html]; Zambia: *Refugee (Control) Act*, 1970, 4 September 1970: [http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b4d6c.html]; Swaziland: *The Refugees Control Order*, 1978, 14 April 1978: [http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b50a14.html]. *Contra*, v. Sudan: *Regulation of Asylum Act 1974*, 21 May 1974: [http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b50710.html].

Soltanto in seguito alla Conferenza panafricana sui rifugiati del 1979⁶², svoltasi sotto gli auspici dell'UNHCR, è stato elaborato un modello di legislazione che ricalcava gli elementi salienti della nozione di rifugiato e di *non-refoulement* accolti nella Convenzione africana e che ha rappresentato la guida per la riforma delle legislazioni nazionali⁶³.

In ogni caso, l'esperienza africana, anche quella relativa alle legislazioni più avanzate emanate in seguito alla Conferenza panafricana⁶⁴, testimonia della discrasia tra norma scritta e prassi attuative. Come eloquentemente affermato dall'Alto Commissariato per i rifugiati:

«While the elaboration of legal standards is an important function in devising the framework for refugee protection, the optimal realization of these standards lies in essentially non-legal considerations of an institutional, resource-based, logistic and material nature. In other words, the elaboration of the appropriate legal regime for refugee protection must be underpinned by the consolidation of technical know-how and resources, logistic and other infrastructures and other material resources»⁶⁵.

4. *Asilo, rifugio e non-refoulement nel continente americano.*

Nel continente americano, i concetti di asilo, rifugio e *non-refoulement* sono disciplinati all'interno di tre distinti sistemi normativi, operanti a livello regionale⁶⁶. Il primo è quello fondato sui trattati in materia di asilo diplomatico,

⁶² *Recommendations from the Pan-African Conference on the Situation of Refugees in Africa, Arusha (Tanzania)*, 17 May 1979, accessibile online su: [<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b37214.html>].

⁶³ UNHCR, *Guidelines for National Refugee Legislation, with Commentary*, 9 December 1980, UN Doc. HCR/120/41/80 / GE.81-0013, Sezione 6 par. 2.

⁶⁴ Cfr. Zimbabwe: *Refugee Act 1983*, REF\LEG\1127, accessibile online su: [<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b5b44.html>]; Lesotho: *Refugee Act 1983*, 15 January 1985: [<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b4f024.html>]; Malawi: *Refugee Act*, 8 May 1989: [<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b4f28.htm>]; Nigeria: *Decree, National Commission for Refugees*, 29 December 1989: [<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b522e.html>]; Ghana: *Refugee Law*, 1992: [<http://www.imldb.iom.int>].

⁶⁵ UNHCR, *Issues and Challenges in International Protection in Africa, Special Issue, IJRL*, 1995, p. 55 ss., p. 63.

⁶⁶ UNHCR, *Joint Council of Europe / UNHCR Colloquium on the Role of Regional Human Rights Courts in Interpreting and Enforcing Legal Standards for the Protection of Forcibly Displaced Persons*, 15-16 June 2011, Strasbourg, France, 2012, accessibile online all'indirizzo: [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/civil%20society/UNHCR_CoE_Colloquium.pdf]. In particolare, v. l'intervento di Galindo-Velez, Ambasciatore di El Salvador in Francia.

asilo politico ed estradizione, perfezionati a partire dal 1889, di cui si è fatto cenno nel capitolo primo⁶⁷.

Il secondo è il sistema interamericano dei diritti umani, di cui ci occuperemo anche nella seconda parte del lavoro, a proposito delle tendenze evolutive del divieto di respingimento in relazione al rischio tortura e maltrattamenti⁶⁸. Come noto, all'origine di tale sistema, vi è la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, siglata durante la IX Conferenza internazionale degli Stati americani, svoltasi a Bogotá nel 1948, il cui articolo XXVII afferma:

«Every person has the right, in case of pursuit not resulting from ordinary crimes, to seek and receive asylum in foreign territory, in accordance with the laws of each country and with international agreements»⁶⁹.

Nella successiva Convenzione americana del 1969 (o Patto di San José), strumento vincolante entrato in vigore nel 1978, il diritto di asilo e il divieto di respingimento sono disciplinati nella medesima norma, all'articolo 22, rubricato "*Freedom of Movement and Residence*", i cui paragrafi 7 e 8 statuiscono:

«7. Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes. 8. In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions».

In ossequio alla particolare importanza riconosciuta all'istituto dell'asilo nella tradizione latinoamericana⁷⁰, il par. 7 è costruito come un vero e proprio diritto soggettivo a ricevere asilo.

⁶⁷ V. *supra*, cap. 1, par. 2, nota 29.

⁶⁸ V. *infra*, cap. 5, dove si parla degli sviluppi relativi all'articolo 5, par. 2 della Convenzione americana. Oltre alla Dichiarazione (v. nota che segue) e alla Convenzione americana, il sistema americano di tutela dei diritti umani è completato dai seguenti strumenti: la Convenzione interamericana per la prevenzione e la repressione della tortura (*Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*, 9 December 1985, OAS Treaty Series No. 67), di cui si veda in particolare l'articolo 15; la Convenzione interamericana sulle sparizioni forzate (*Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons*, 9 June 1994, 33 ILM 1429); la Convenzione interamericana sulla prevenzione e la punizione della violenza contro le donne (*Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women*, 9 June 1994, 33 ILM 1534); la Convenzione interamericana sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle persone disabili (*Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities*, 7 June 1999, OAS AG/RES. 1608).

⁶⁹ *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, OEA/Ser.L./V.II.23, doc. 21, rev. 6 (1948), rep. OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rev.1, p. 17 (1992) (Dichiarazione americana), articolo XXVII.

Rispetto alla formulazione della norma contenuta nella Dichiarazione americana, qui la protezione si estende tanto ai delitti politici quanto ai correlati reati di diritto comune, inoltre viene ripresa la dizione originariamente contenuta nella bozza dell'articolo 14, par. 1 della Dichiarazione universale, in cui si sanciva che ciascuno ha il diritto non solo di cercare e di ricevere asilo, ma anche che il diritto all'asilo gli sia garantito (“*be granted*”)⁷¹.

A tale diritto fa da corollario il divieto di respingimento, accolto nel paragrafo successivo, che ricalca il contenuto dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 (ponendo il *non-refoulement* a difesa del diritto alla vita e alla libertà personale), ma ne generalizza la portata, estendendo espressamente la protezione *ratione personarum* a qualsiasi straniero e specificando la causa della persecuzione consistente nell'appartenenza a un gruppo sociale con riferimento al rischio derivante dallo “*status sociale*”.

Letti in combinato disposto, i due paragrafi suggeriscono l'idea che, nel sistema interamericano, si realizzi quell'ambizioso obiettivo, fallito a livello universale⁷², di attribuire a coloro che non possano essere respinti in ragione di un rischio persecutorio un vero e proprio diritto individuale all'asilo politico⁷³.

In tal senso, almeno dal punto di vista concettuale, le previsioni relative all'asilo e al *non-refoulement* vigenti nel sistema interamericano sono di gran lunga le più avanzate nell'attuale panorama di tutela internazionale dei rifugiati. Infatti, oltre a rendere operativo, a livello normativo, il passaggio dalla titolarità statale del diritto di asilo a quella individuale⁷⁴, superano la logica che presiede alla codificazione del diritto dei rifugiati, vale a dire quella della

⁷⁰ Si rimanda sul punto al cap. 1. Cfr. inoltre, ESPONDA FERNÁNDEZ, *La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados*, in FRANCO (coord.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América latina*, Buenos Aires, 2003, p. 75 ss. Per un esame della prassi latino-americana in relazione alle emergenze migratorie v. OSA, *White Paper Prepared by The Open Society Institute Forced Migration Projects for the Conference on Regional Responses to Forced Migration Emergencies in Central America and the Caribbean, September 30/October 1, 1997*, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.oas.org/juridico/english/whitee.html>].

⁷¹ V. *supra*, cap. 1, par. 3.

⁷² Il riferimento è alla Convenzione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale, di cui si è parlato in apertura del presente capitolo. V. *supra*, par. 1.

⁷³ STUART, *The Inter-American System of Human Rights and Refugee Protection: Post September 11th 2001*, RSQ, vol. 24, 2005, p. 67 ss., p. 67: «*The right to non-refoulement is the gateway through which a refugee/asylum seeker can access all other rights. It is therefore important to determine the extent to which states, within the Inter-American system, can derogate from the norm of non-refoulement*».

⁷⁴ In argomento, GROSS ESPIELL, *El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención americana sobre derechos humanos*, in AA.VV., *Estudios básicos sobre derechos humanos*, Madrid, 1998, p. 252 ss., specialmente p. 273, dove si afferma che esso «*constituye la consagración regional del principio de no devolución (non-refoulement)*»; PROCACCINI, *Constructing the Right “Not to Be Made a Refugee” at the European and Inter-American Courts of Human Rights*, HHRJ, vol. 22, 2008, p. 271 ss.

protezione di una categoria di stranieri ritenuti meritevoli di tutela, per adottare un approccio universale, tipico del diritto internazionale dei diritti umani. Come riconosciuto anche dal Relatore speciale Kamto, nelle note al *Progetto di articoli sulla protezione dei diritti umani delle persone espulse o in via di espulsione*:

«[O]nly the provisions of the American Convention on Human Rights expressly accord the principle of non-refoulement general scope with respect to human rights. Article 22, paragraph 8, of the Convention [...] echoes article 3 of the Universal Declaration of Human Rights, which states: "Everyone has the right to life, liberty and security of person." That provision has been taken up, with differences or nuances of formulation, in a variety of international human rights instruments both universal and regional (article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights; article 2, paragraph 1, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights); article 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights; see also the Arab Charter on Human Rights)»⁷⁵.

L'articolo 22, par. 8 della Convenzione americana, quindi, si pone in posizione di cerniera tra il corpus *juris* del diritto dei rifugiati e quello dei diritti umani, riprendendo dal primo la formulazione del *non-refoulement* in relazione a un rischio persecutorio qualificato (quindi a una potenziale lesione del diritto alla vita e all'integrità personale⁷⁶) e dal secondo la funzione del *non-refoulement* come norma operante in relazione all'allontanamento degli stranieri in generale⁷⁷.

La rielaborazione dei concetti fondamentali alla base della protezione internazionale nel continente americano, peraltro, non si è esaurita a quanto sinora detto, ma ha toccato anche il terzo sistema normativo ivi operante, vale a dire il sistema universale di protezione dei rifugiati, fondato sulla Convenzione di Ginevra del 1951 e sul Protocollo di New York del 1967⁷⁸. Di tale sistema, la

⁷⁵ *Expulsion of Aliens. Draft Articles on Protection of the Human Rights of Persons Who Have Been or Are Being Expelled*, cit., nota 8, par. 1.

⁷⁶ L'art. 22, par. 8, infatti, non contempla l'ipotesi in cui lo straniero colpito da un provvedimento di allontanamento vada incontro a tortura o trattamenti inumani e degradanti, ipotesi espressamente prevista all'articolo 13, par. 4 della Convenzione interamericana sulla prevenzione e la repressione della tortura: «*Extradition shall not be granted nor shall the person sought be returned when there are grounds to believe that his life is in danger, that he will be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment, or that he will be tried by special or ad hoc courts in the requesting State*».

⁷⁷ V. *infra*, parte seconda del presente scritto.

⁷⁸ Si ricorda che al settembre 2012, tutti gli Stati americani avevano ratificato la Convenzione del 1951 o il Protocollo di New York o entrambi gli strumenti, eccezion fatta per la Guyana e le isole di Grenada e Cuba. V. la fonte dell'UNHCR, disponibile *online* all'indirizzo: [<http://js.static.reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/505187992.pdf>]. Lo stato delle ratifiche in relazione alla Convenzione americana vede invero qualche defezione in più, tra cui

Dichiarazione di Cartagena del 1984, strumento non vincolante⁷⁹, adottato dal Colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America Centrale, Messico e Panama, ha offerto una rilettura pragmatica⁸⁰ invero assai interessante.

In primo luogo, il paragrafo 4 della sezione III della Dichiarazione ha riconosciuto espressamente il carattere pacifico, apolitico ed esclusivamente umanitario della concessione dell'asilo e del riconoscimento dello *status* di rifugiato⁸¹, istituti che nel sistema americano appaiono sovrapponibili⁸². Oltre a quanto detto finora, un'ulteriore conferma di tale dato è contenuta nella sezione III, par. 4 della Dichiarazione che, nel ribadire l'inapplicabilità del principio di reciprocità nel settore della protezione internazionale dei rifugiati, statuisce:

«To confirm the peaceful, non-political and exclusively humanitarian nature of grant of asylum or recognition of the status of refugee and to underline the importance of the internationally accepted principle that nothing in either shall be interpreted as an unfriendly act towards the country of origin of refugees»⁸³.

Quanto alla nozione di rifugiato accolta nella Dichiarazione, essa sviluppa e sistematizza le linee di tendenza che emergono dalla Convenzione africana, al fine di inglobare la particolare esperienza latinoamericana in materia di esodi di

quella eclatante degli Stati Uniti. In ogni caso, questi ultimi sono membri dell'OSA, in seno alla quale è stata adottata la Dichiarazione americana. Nel complesso, considerando tutti gli strumenti pattizi multilaterali regionali che contengono disposizioni in materia di asilo, rifugio, *non-refoulement* si arriva a una quasi completa coincidenza di *membership* con il sistema universale di Ginevra.

⁷⁹ Sebbene non vincolante, la Dichiarazione di Cartagena ha ricevuto, nel 1985, un espresso riconoscimento dall'Assemblea generale dell'OSA, che ha invitato gli Stati membri «to extend support and, insofar as possible, to implement the conclusions and recommendations of the Cartagena Declaration on Refugees». V. UNHCR, *OAS General Assembly; an Inter-American Initiative on Refugees*, 1986, p. 5.

⁸⁰ V. UNHCR, *The Refugee Situation in Latin America: Protection and Solutions Based on the Pragmatic Approach of the Cartagena Declaration on Refugees of 1984*, Discussion Document, November 2004, IJRL, vol. 18, 2006, p. 252 ss.

⁸¹ Dichiarazione di Cartagena, sez. III, par. 4, che ribadisce l'inapplicabilità del principio di reciprocità nel settore della protezione internazionale dei rifugiati:

⁸² V. GUTIERREZ SILVA, *The Impact of the Cartagena Declaration in Latin America - The Case of Ecuador*, in *Rights Based Approach*, 4 Sept. 2012, accessibile online all'indirizzo: [<http://rightsbasedapproach.wordpress.com/2012/09/04/the-impact-of-the-cartagena-declaration-in-latin-america-the-case-of-ecuador/>]: «In the Inter-American sphere, the terms *Asylum* and *Refugee* are used synonymously to designate the admission of a person into territory under the jurisdiction of the hosting State and to specify the protection that such state must guarantee in compliance with the Interamerican Conventions. At the United Nations level instead, a distinction must be made between the concept of *asylum* and *refugee status*. The term *Asylum* is used to describe the simple physical admission of one or more persons into the territory of a State while the State examines and decides on the *refugee status*».

⁸³ Dichiarazione di Cartagena, sez. III, par. 4.

massa⁸⁴. Di conseguenza, la definizione di rifugiato contenuta all'articolo 1 A della Convenzione di Ginevra viene estesa in modo da ricomprendere: «*persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order*»⁸⁵. Tale ampia definizione rappresenta quasi un *unicum* nel panorama internazionale, non essendo riprodotta neppure nei successivi strumenti regionali di *soft law*.

Ne è un esempio la Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'istituto del rifugio, adottata nel 2000 dagli Stati del Mercosur insieme a Bolivia e Cile⁸⁶, con la quale le Alte parti contraenti si sono impegnate a non respingere «*a refugee who has been recognised in another Contracting or associate State, to a country where his life, freedom or physical integrity are threatened by reasons of race, nationality, membership of a particular social group, political opinion or serious and generalised violation of human rights, according to the international norms governing this issue*»⁸⁷ e a studiare «*the possibility of including in the refugee definition the protection of victims of serious and generalized human rights violations*»⁸⁸. In questo modo, il divieto di respingimento è stato esteso ai rifugiati, il cui *status* sia già stato accertato, che fuggono da “*generalised violation of human rights*”; nondimeno, quest'ultimo motivo di fuga non è stato incluso tra le determinanti del riconoscimento dello *status* stesso.

Tornando alla Dichiarazione di Cartagena, a una così ampia nozione di “rifugiato”, è associata, una altrettanto forte enunciazione dell'obbligo di *non-refoulement*, definito come «*a cornerstone of the international protection of refugees*»⁸⁹, la cui portata si estende espressamente all'ipotesi di respingimento alla frontiera⁹⁰. Quanto alla natura dell'obbligo, la Dichiarazione si spinge più in là di qualsiasi altro strumento pattizio o di *soft law* in materia, arrivando a sostenere che: «*[t]his principle is imperative in regard to refugees and in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of jus*

⁸⁴ Ivi, sez. III, par. 3, in cui si fa espresso riferimento al precedente della Convenzione OUA: «*[I]t is necessary to consider enlarging the concept of a refugee, bearing in mind [...] the precedent of the OAU Convention [...] and the doctrine employed in the reports of the Inter-American Commission on Human Rights*».

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ UNHCR, *Americas - Miscellaneous, Rio de Janeiro Declaration on the Institution of Refuge, Nov. 10, 2000*, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3de4f8982.html>].

⁸⁷ Ivi, Proclam 4.

⁸⁸ Ivi, Proclam 3.

⁸⁹ Ivi, cons. 5 del Preambolo.

⁹⁰ *Ibid.*

cogens»⁹¹. Ovviamente, tale affermazione è da ritenersi più progressiva che descrittiva e, in ogni caso, riflette, in maniera abbastanza tipica, l'importanza che l'asilo e la protezione dei rifugiati riveste storicamente nella prassi regionale⁹². Essa è stata, successivamente, reiterata nella Dichiarazione del Messico e Piano d'azione per il rafforzamento della protezione internazionale dei rifugiati in America Latina del 16 novembre 2004, adottata dagli Stati dell'America Latina durante le celebrazioni del ventesimo anniversario della Dichiarazione di Cartagena, nel cui Preambolo si riconosce:

«el carácter de jus cogens del principio de la no-devolución (non-refoulement), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados, recogido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, y afirmado asimismo en el artículo 22 (8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y el compromiso de los países de América Latina con el mantenimiento de fronteras abiertas para garantizar la protección y seguridad de quienes tienen el derecho a la protección internacional»⁹³.

Questa definizione è estremamente interessante, perché in essa si equipara il contenuto tutelare del *non-refoulement* nel diritto dei rifugiati con gli sviluppi della norma che vieta il respingimento a rischio tortura nell'alveo dei diritti umani, attribuendo al primo il carattere cogente della seconda per analogia. Nel merito delle conseguenze giuridiche di siffatta *reductio ad unum* torneremo, nel prosieguo, in relazione alla prassi dell'UNHCR⁹⁴.

⁹¹ Ivi, sez. III, par. 5.

⁹² In argomento, CANÇADO TRINDADE, *Aproximaciones y convergencias revisitadas: Diez años de interacción entre el Derecho Internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)*, in UNHCR, *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados (1984 - 2004)*, San José, 2005, p. 139 ss., p. 184: «La consagración de este principio fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, del non-refoulement, confirmado y ampliado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como siendo de jus cogens, acarrea, indudablemente, una limitación a la soberanía estatal (en materia de extradición, deportación, y expulsión), en favor de la integridad y del bien estar de la persona humana. Corresponde, además, a mi modo de ver, a una inequívoca manifestación de la visión crecientemente antropocéntrica del derecho internacional contemporáneo».

⁹³ Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, Ciudad de México, 16 de noviembre del 2004, (accessible su: [http://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_y_Plan_de_Acci%C3%B3n_de_M%C3%A9xico_para_Fortalecer_la_Protecci%C3%B3n_Internacional_de_Refugiados_en_Am%C3%A9rica_Latina_16nov2004.pdf]), cons. 7 del Preambolo.

⁹⁴ V. *infra*, parr. 8 ss.

5. *Il divieto di respingimento negli strumenti di soft-law adottati in Asia e nel mondo arabo.*

L'ampliamento della definizione convenzionale di rifugiato ha avuto luogo anche negli strumenti di *soft-law* sul diritto dei rifugiati adottati nel continente asiatico. Ne sono testimonianza i c.d. Principi di Bangkok, adottati dal Comitato consultivo afro-asiatico nel 1966 e novellati nel 2001 che, all'articolo I, par. 2, prevedono una definizione di rifugiato largamente ispirata alla Convenzione sugli aspetti specifici del problema dei rifugiati in Africa.

All'ampliamento della nozione di rifugiato, adottata in questo strumento di *droit mou* fa da contraltare una formulazione del divieto di *refoulement* che, pur estendendo l'ambito della protezione *ratione personarum* a "chiunque" e includendo tra le cause della persecuzione l'origine etnica⁹⁵, mantiene le tradizionali eccezioni legate all'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale e al rischio che il rifugiato costituisca una minaccia per la comunità ospitante⁹⁶. Più interessante è il paragrafo 2 della disposizione *de qua*, che introduce il medesimo temperamento procedurale alla previsione delle clausole eccezionali contenuto nella Dichiarazione sull'asilo territoriale analizzata ad inizio capitolo⁹⁷ e in base al quale: «[i]n cases where a State decides to apply any of the above-mentioned measures to a person seeking asylum, it should grant provisional asylum under such conditions as it may deem appropriate, to enable the person thus endangered to seek asylum in another country»⁹⁸.

D'altra parte, nel valutare la diversa evoluzione degli strumenti di tutela dei rifugiati nel continente asiatico, rispetto all'Africa e all'America latina, non può essere tralasciata la circostanza, anch'essa menzionata in apertura del presente capitolo⁹⁹, che numerosi Paesi asiatici, tra cui il Bangladesh, l'India, il Nepal, il

⁹⁵ Principi di Bangkok, art. III: «1. No one seeking asylum in accordance with these Principles shall be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in his life or freedom being threatened on account of his race, religion, nationality, ethnic origin, membership of a particular social group or political opinion».

⁹⁶ Ivi, art. III, par. 1, secondo capoverso: «The provision as outlined above may not however be claimed by a person when there are reasonable grounds to believe the person's presence is a danger to the national security or public order of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country».

⁹⁷ V. *supra*, par. 1.

⁹⁸ Principi di Bangkok, art. III, par. 2. Inoltre, si ricorda che durante la quarantaseiesima sessione del Comitato consultivo afro-asiatico, tenutasi a Cape Town nel 2007, è stata invocata apertamente, da parte del delegato dell'Iran, un'interpretazione estensiva dell'obbligo di *non-refoulement*. Sul punto cfr. AALCO, *Verbatim Record of Discussions, Forty-Fifth Session, 3-8 April 2006*, New Delhi, India AALCO/45/New Delhi (HQ)/2006/VR, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.aalco.int/sgrep2007org1.pdf>].

⁹⁹ V. *supra*, par. 1.

Pakistan, e la Thailandia, non abbiano mai aderito alla Convenzione di Ginevra del 1951¹⁰⁰ e abbiano, in alcuni casi, strenuamente negato la natura giuridica della norma che vieta il *refoulement* o la sussistenza di un obbligo di non respingimento nelle more dell'esame di una domanda di asilo¹⁰¹.

In ogni caso, è indiscutibile che la Convenzione OUA e la Dichiarazione di Cartagena abbiano esercitato una forte azione di direzione del processo globale di avanzamento della protezione internazionale in via interpretativa, per un verso ponendo la questione dell'ampliamento della nozione di rifugiato nell'agenda internazionale, per l'altro riaffermando l'importanza della Convenzione di Ginevra come punto di partenza delle tendenze evolutive del diritto dei rifugiati¹⁰². Un ulteriore esempio è offerto dalla formulazione della norma che vieta il *refoulement* nella Dichiarazione del Cairo sulla protezione dei rifugiati e degli sfollati nel mondo arabo, adottata dalla Lega degli Stati arabi nel 1992, il cui articolo 2, in modo speculare all'articolo III, par. 5 della Convenzione di Cartagena:

«Reaffirms the importance of the principle prohibiting the return or the expulsion of a refugee to a country where his life or his freedom will be in danger and considers this principle as an imperative rule of the international public law»¹⁰³.

¹⁰⁰ La lista degli Stati parti alla Convenzione e al Protocollo è accessibile *online* all'indirizzo: [<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>]. In argomento OBEROI, *Exile and Belonging: Refugees and State Policy in South Asia*, New Dehli, 2006, p. 136 ss.; ALEXANDER, *Without Refuge: Chin refugees in India and Malaysia*, *FMR*, vol. 30, 2008, p. 36 ss.; CHARI, JOSEPH, CHANDRAN (eds), *Missing Boundaries: Refugees, Migrants, Stateless and Internally Displaced Persons in South Asia*, New Delhi, 2003; ABRAR, *State, Refugees and the Need for a Legal Procedure*, in ABRAR, MALIK (eds), *Towards National Refugee Laws in South Asia*, Dhaka, 2003, p. 45 ss.; SAXENA, *Creating Legal Space for Refugees in India: the Milestones Crossed and the Roadmap for the Future*, *IJRL*, vol. 19, 2007, p. 246 ss.; BANKI, *Bhutanese Refugees in Nepal: Anticipating the Impact of Resettlement, Briefing Paper*, Sydney, 2008; KRONENFELD, *Afghan Refugees in Pakistan: Not All Refugees, Not Always in Pakistan, Not Necessarily Afghan?*, *JRS*, vol. 21, 2008, p. 43 ss.

¹⁰¹ Cfr. ad es., AALCO, *Report of the Thirty-Ninth Session, Il Cairo*, parr. 8-15 per le posizioni del Pakistan e della Thailandia in merito alla formulazione della norma contenuta all'articolo III dei Principi di Bangkok: «(i) Pakistan: This article laid down the condition that no one seeking asylum in accordance with these principles shall be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion from the host country. Although Pakistan has not resorted to using these harsh measures against refugees, yet it does not support making it legally binding. (ii) Thailand: In Article 3-A para I on non-refoulement, the words "seeking asylum" should be substituted with "after asylum is granted" in order to be consistent with the principle of non-refoulement». Il documento è accessibile *online* all'indirizzo: [<http://www.aalco.int/39thsession/strcairoIV.pdf>].

¹⁰² MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, cit., pp. 45-46.

¹⁰³ Lega degli Stati arabi, *Declaration on the Protection of Refugees and Displaced Persons in the Arab World*, 19 November 1992. V. anche *Universal Islamic Declaration of Human Rights*, 19 September 1981, 21 Dhul Qaidah 1401, art. IX ("Right to asylum"): «a) Every persecuted or oppressed person has the right to seek refuge and asylum. This right is guaranteed to every human being irrespective of race, religion, colour and sex». V. infine *Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, 5 August 1990, UN Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (1993), art. 12: «Every man shall have the right, within the

Si tratta, in ultima analisi, di strumenti – la Convenzione OUA e la Dichiarazione di Cartagena – la cui portata trascende la dimensione regionale e che sono stati assunti a modello generale per l'avanzamento delle legislazioni nazionali in materia di protezione dei rifugiati¹⁰⁴.

Come riconosciuto dall'Assemblea Generale, infatti, in essi viene realizzato un bilanciamento tra due esigenze fondamentali: quella di garantire «*[t]he importance of ensuring access, for all persons seeking international protection, to fair and efficient procedures for determination of refugee status or, as appropriate, to other mechanisms to ensure that persons in need of international protection are identified and granted such protection*»¹⁰⁵ e al contempo di «*not diminishing the protection offered to refugees under the terms of the 1951 Convention, the 1967 Protocol and relevant regional instruments*»¹⁰⁶.

6. *Gli sviluppi del non-refoulement in ambito europeo.*

Un discorso a parte va fatto in merito agli sviluppi del diritto dei rifugiati nel contesto europeo. Qui, i primi sforzi volti a prevedere una forma di protezione regionale contro il *refoulement* risalgono al lontano 1961, quando l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa propose l'adozione di un protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in cui fosse sancito un obbligo generale di non respingimento, a beneficio degli stranieri che potessero andare incontro, in seguito all'allontanamento, a una

framework of the Shari'ah, to free movement and to select his place of residence whether within or outside his country and if persecuted, is entitled to seek asylum in another country. The country of refuge shall be obliged to provide protection to the asylum-seeker until his safety has been attained, unless asylum is motivated by committing an act regarded by the Shari'ah as a crime». Nonostante tali affermazioni di principio, si tratta sempre di atti non vincolanti. Più in generale, il problema della fragilità della tutela dei diritti dei rifugiati in quest'area geografica è inserito all'interno del più ampio problema della debolezza del sistema generale di tutela dei diritti umani nel mondo arabo.

¹⁰⁴ ExCom, *Report of the Working Group on Solutions and Protection to the 42nd Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme*, UN Doc. EC/SCP/64, 12 agosto 1991, p. 11.

¹⁰⁵ V. UN Docs. A/RES/49/169, 23 dic. 1994, par. 5 e A/RES/50/152, 21 dic. 1995, par. 5.

¹⁰⁶ *Ibid.*

minaccia reale per la propria vita, la propria integrità personale o la propria libertà¹⁰⁷.

Nella bozza di Protocollo sull'asilo, che sarebbe stato il secondo allegato alla CEDU, veniva chiaramente esplicitata la relazione tra asilo e *non-refoulement*, dal momento che, dopo aver dichiarato, ai paragrafi 1 e 2, il diritto di cercare e godere dell'asilo politico dalle persecuzioni nei territori delle Parti contraenti, si affermava che «[n]o one seeking or enjoying asylum in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article shall, except for overriding reasons of national security or safeguarding of the population, be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in compelling him to return to or remain in a territory if there is well founded fear of persecution endangering his life, physical integrity or liberty in that territory»¹⁰⁸.

Tale formulazione, pur ponendosi nel solco della Convenzione di Ginevra del 1951, ed essendo corredata da eccezioni che riproducevano quelle accolte al paragrafo 2 dell'articolo 33 della stessa, conteneva altresì profili di novità che sarebbero stati sviluppati alla fine del decennio nella Convenzione OUA (si pensi al riferimento al rischio "to return or remain"¹⁰⁹) e nella Convenzione americana (si pensi all'estrinsecazione del rapporto tra *non-refoulement* e diritto all'asilo¹¹⁰). Tuttavia, i tempi non erano maturi e la proposta di un nuovo protocollo sull'asilo fu scartata¹¹¹, né sorte migliore ebbe quella di adottare una convenzione regionale «designed to give full legal recognition to the practice of granting asylum in member States»¹¹².

Ciò che rimaneva di questi sforzi era, quindi, un mero invito, rivolto agli Stati membri del Consiglio d'Europa, a garantire ai rifugiati «the right not to be returned to a country where they would be in danger of persecution (recognition of the principle of prohibition of return (non-refoulement))» e a offrire loro «at least temporary asylum with a view to their admission to another country, in cases where a

¹⁰⁷ V. CdE, Assemblea Parlamentare, *Recommendation 293 (1961) on the Right of Asylum*, 26 September 1961, e *Report of the Legal Committee*, Doc. No. 1329 (1961). V. anche Comitato dei Ministri, *Resolution (67)14 of 29 June 1967: Asylum to Persons in Danger of Persecution*.

¹⁰⁸ CdE, Assemblea Parlamentare, *Recommendation 293 (1961)*, cit., par. 3 del *Draft for an article relating to the right of asylum to be included in the Second Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

¹⁰⁹ V. *supra*, par. 3.

¹¹⁰ V. *supra*, par. 4.

¹¹¹ CdE, *Report of the Committee on Population and Refugees, Explanatory Memorandum*, par. 25, (15th Sitting, Doc. 1986), cit. anche in HAILBRONNER, *Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees*, cit., p. 870, nota 71.

¹¹² CdE, Assemblea Parlamentare, *Recommendation 434 (1965) on the Granting of the Right of Asylum to European Refugees, Assembly Debate on 1st October 1965 (15th Sitting)*, par. 11.

*given country does not feel in a position to grant them permanent asylum for reasons of national security or safeguarding of the population»*¹¹³.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, con la *Raccomandazione 773*, l'Assemblea parlamentare è tornata ad occuparsi del problema dei rifugiati, questa volta abbandonando le velleità di codificare il diritto di asilo a livello regionale e utilizzando lo strumento dell'interpretazione evolutiva della Convenzione di Ginevra del 1951 per cercare una soluzione a un problema reale: quello della crescente presenza, negli Stati membri del Consiglio d'Europa, di individui bisognosi di protezione internazionale, che non soddisfacevano i requisiti previsti dalla Convenzione di Ginevra per il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹¹⁴. Queste persone, definite "rifugiati di fatto"¹¹⁵, erano ritenute meritevoli di tutela in quanto venivano a trovarsi in una posizione di estrema precarietà, tanto sotto il profilo giuridico che sociale, in ragione dell'impossibilità di far ritorno nei Paesi di origine e di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹¹⁶.

Attraverso la raccomandazione in esame, dunque, s'intendeva offrire agli Stati parti uno strumento di *soft law* cui ispirarsi nell'adeguamento delle normative interne alla protezione dei rifugiati di fatto. La definizione offerta di questa nuova categoria di stranieri bisognosi di protezione internazionale ricalcava sostanzialmente i termini della definizione di rifugiato accolta all'articolo 1 A (2) della Convenzione di Ginevra, ampliandone al contempo la portata attraverso l'espunzione da tale definizione del concetto di "persecuzione" e l'adozione di un elenco di cause di natura meramente esemplificativa¹¹⁷.

Allo stesso tempo, l'Assemblea invitava gli Stati membri ad «*apply liberally the definition of 'refugee' in the Convention [...] as amended by the Protocol*»¹¹⁸, naturalmente nel senso di un avanzamento della tutela.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ CdE, Assemblea Parlamentare, *Recommendation 773 (1976) on the Situation of de Facto Refugees*, *Assembly debate on 26 January 1976 (19th Sitting)*, par. 1: «*considerable number of persons not recognised as refugees within the meaning of Article 1 of the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951 as amended by the Protocol of 31 January 1967 and who are unable or unwilling for political, racial, religious or other valid reasons to return to their countries of origin*». V. anche *Report of the Committee on Population and Refugees*, Doc. 3642.

¹¹⁵ Il termine rifugiato *de facto* è stato utilizzato per la prima volta in PALUDAN, WEIS, *The New Refugees in Europe. Report on Problems of Refugees and Exiles in Europe*, Geneva, 1974.

¹¹⁶ CdE, Assemblea Parlamentare, *Report on the Situation of de Facto Refugees (5 August 1975) Doc. 3642 'Explanatory Memorandum'*, par. 9.

¹¹⁷ In argomento MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, cit., p. 44.

¹¹⁸ *Recommendation 773*, cit., par. II(i).

A partire dalla fine degli anni Ottanta, e più incisivamente nei decenni seguenti, gli organi del Consiglio d'Europa hanno contribuito in maniera significativa, attraverso le loro raccomandazioni¹¹⁹, all'affermazione della necessità di prevedere forme di tutela complementari e integrative di quelle stipulate nella Convenzione di Ginevra, al fine di adattare la protezione internazionale all'evolversi del fenomeno migratorio internazionale.

In questi strumenti, il novero dei beneficiari della protezione si estende ben oltre i tradizionali confini tracciati dalla Convenzione di Ginevra, mediante un'interpretazione estensiva dell'obbligo di *non-refoulement*, che diviene alfiere della dignità umana, nella misura in cui impedisce agli Stati di eseguire un provvedimento di allontanamento di uno straniero, nel caso in cui questi vada incontro a tortura o maltrattamenti, o ancora a gravi privazioni della propria libertà e incolumità. Il ricorso alla norma che vieta il *refoulement* come strumento atto a rafforzare la tutela dello straniero contro l'espulsione, qualora sussista il rischio che questi vada incontro a tortura o alla lesione grave dei propri diritti fondamentali, ha offerto un significativo impulso al rafforzamento della categoria di protezione internazionale, alternativa a quella "convenzionale" e a quella "temporanea"¹²⁰, che va sotto il nome di protezione "sussidiaria" o "complementare"¹²¹.

¹¹⁹ Per quanto riguarda gli atti del Comitato dei Ministri, v. ad es., *Recommendation R (81)16 of 5 November 1981 on the Harmonization of the National Procedures Relating to Asylum*; *Recommendation R (84) of 25 January 1984 on the Protection of Persons Satisfying the Criteria in the Geneva Convention Who Are Not Formally Recognized as Refugees*. In merito alle raccomandazioni dell'Assemblea Parlamentare, v. *Recommendation 817 (1977) on certain aspects of the right to asylum*, *Recommendation 1016 (1985) on Living and Working Conditions of Refugees and Asylum Seekers*; *Recommendation 787 (1976) on Harmonization of Eligibility Practice under the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees and the 1967 Protocol*; *Recommendation 1088 (1988) on the Right to Territorial Asylum*; *Recommendation 1236 (1994) on the Right of Asylum*; *Recommendation 1327 (1997) on the Protection and Reinforcement of the Human Rights of Refugees and Asylum-Seekers in Europe*; *Recommendation 1525 (2001) on the United Nations High Commissioner for Refugees and the Fiftieth Anniversary of the Geneva Convention*.

¹²⁰ Come si è detto, siffatta protezione è limitata nel tempo e legata all'ipotesi di afflusso massiccio e sistematico. V. *supra*, par. 3 e *infra*, par. 8 ss.

¹²¹ Alla disamina delle forme di protezione "complementare", sviluppatesi nell'alveo normativo dei diritti umani, sulla base di un utilizzo alternativo della norma che sancisce il *non-refoulement*, sarà dedicata la parte seconda del presente lavoro. In tale sezione, si cercherà di evidenziare come lo sviluppo della protezione complementare che, peraltro, costituisce la modalità di protezione internazionale quantitativamente predominante nel contesto internazionale attuale, abbia contribuito all'estensione della protezione *ratione personarum, materiae e loci*, nonché al consolidamento di un'interpretazione della norma che vieta il *refoulement* in termini assoluti, perlomeno in relazione al divieto di tortura. Nella stessa parte, la disamina del contenuto e della portata dell'obbligo di *non-refoulement* in contesti normativi diversi dal diritto dei rifugiati sarà completata da alcune considerazioni sulla configurazione della norma in regimi giuridici particolari, come il diritto umanitario e quello che regola l'estradizione.

Nella *Raccomandazione n. 18* del 2001¹²², il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha suggerito l'adozione di talune motivazioni, alternative rispetto al rischio di persecuzione individuale, alla base della tutela dei rifugiati *ex* articolo 1 A (2) della Convenzione di Ginevra, volte a giustificare la protezione internazionale di persone che non abbiano i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

La raccomandazione invitava gli Stati parti a non allontanare uno straniero verso il Paese d'origine qualora questi andasse incontro – in seguito all'allontanamento – a un rischio di tortura e di trattamenti inumani e degradanti o a un rischio per la propria vita, libertà e sicurezza, derivante dalla presenza nello Stato d'origine di una situazione di violenza indiscriminata nell'ambito di un conflitto armato¹²³. Come espressamente sancito nella raccomandazione sopra richiamata, tale forma di protezione si aggiunge e non si sovrappone a quella offerta dal sistema di Ginevra¹²⁴ ed è di natura individuale, a differenza della protezione temporanea¹²⁵.

Sino agli anni Duemila, tuttavia, siffatti progressi concettuali non si sono tradotti nell'adozione di alcun atto vincolante che riavvicinasse le legislazioni statali in materia di asilo e di non respingimento. Ciononostante, la *Raccomandazione n. 18* ha fatto da apripista – per i Paesi membri del Consiglio d'Europa, che appartengono anche all'Unione europea – alla formulazione del primo atto di diritto comunitario in cui configura un vero e proprio *status* di protezione “sussidiaria” (rispetto allo *status* di rifugiato), vale a dire la Direttiva sulle qualifiche, adottata nel 2004 dal Consiglio della (allora) Comunità europea¹²⁶.

A tal proposito, è necessario sin da ora sottolineare che alla protezione sussidiaria è legato uno *status* che non copre tutti coloro che non possono essere allontanati in virtù del divieto di *refoulement* (inteso nella sua accezione più

¹²² CdE, Comitato dei Ministri, *Recommendation (2001) 18 of the Committee of Ministers to Member States on Subsidiary Protection*, 27 November 2001.

¹²³ Ivi, punto 1.

¹²⁴ CdE, Comitato dei Ministri, *Recommendation (2001) 18*, cit., cons. 4 del Preambolo: «*Stressing that protection measures, subsidiary to those enshrined in the 1951 Convention and its 1967 Protocol, should be implemented in such a manner that these measures do not undermine but complement the existing refugee protection regime*».

¹²⁵ Ivi, cons. 7 del Preambolo: «*Considering that subsidiary protection is a category of individual protection as opposed to the concept of temporary protection which, as defined by Recommendation No. R (2000) 9 of the Committee of Ministers, is an exceptional practical measure, limited in time, applicable as such in situations of massive and sudden influx*».

¹²⁶ Dir. qualifiche 2004, già introdotta nel capitolo che precede, al par. 3. Nella parte terza del lavoro si darà conto delle forme di protezione “sussidiaria” sviluppate dal diritto dell'Unione europea a partire dall'adozione della summenzionata direttiva qualifiche.

estensiva e onnicomprensiva). Infatti, tale *status*, pur rispondendo all'esigenza di estendere la protezione oltre i "limiti" imposti dalla Convenzione di Ginevra, non si attegna a fornire un "catalogo" di diritti individuali a coloro che non possano essere *refoulés*. Ciò emerge chiaramente dall'impianto della Direttiva sulle qualifiche, in cui la protezione sussidiaria è qualificata in base a tipologie di rischio specificate nella direttiva stessa¹²⁷, mentre il contenuto della "protezione dal respingimento" (così è rubricato l'articolo 21 dell'atto) non è autonomamente individuato, essendo previsto un mero rimando agli obblighi internazionali assunti dagli Stati membri dell'Unione.

A partire da questa precisazione, nella terza parte del lavoro valuteremo l'impatto dei nuovi strumenti in materia di asilo adottati in seno all'Unione europea sulla configurazione del *non-refoulement* nello spazio giuridico europeo.

7. Il contributo dell'UNHCR allo sviluppo progressivo del diritto internazionale dei rifugiati: le premesse giuridiche.

Conclusa l'analisi degli sviluppi normativi regionali in materia di asilo, rifugio e *non-refoulement*, passiamo a valutare il ruolo svolto dall'Alto Commissariato per i rifugiati nel consolidamento e nell'avanzamento della protezione internazionale.

A tal fine, occorre partire dal rapporto che intercorre tra l'UNHCR e il sistema di protezione dei rifugiati fondato sulla Convenzione di Ginevra. Come si è già ricordato¹²⁸, l'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati fu istituita come organo sussidiario dell'Assemblea Generale il 14 dicembre 1950, ovvero nella stessa data in cui l'organo assembleare delle Nazioni Unite decise di conferire alla Conferenza dei Plenipotenziari il mandato per redigere il testo della Convenzione sullo *status* di rifugiato. Il collegamento tra la Convenzione di Ginevra del 1951 e l'UNHCR appare, dunque, genetico, essendo stati contestualmente pensati l'una come la principale fonte normativa internazionale in materia di rifugiati e l'altro come strumento operativo, per rendere effettiva la protezione¹²⁹.

¹²⁷ V. Dir. qualifiche 2004, art. 2, lett. e), lett. f) e art. 15, su cui si tornerà ampiamente nel cap. 6.

¹²⁸ V. *supra*, cap. 1.

¹²⁹ SAULLE, voce "Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)", *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 2002, p. 1 ss.

Seppur *in nuce*, tale nesso non è stato, tuttavia, direttamente estrinsecato, dal momento che la Convenzione non prevede meccanismi interni di controllo, né sanzioni a carico degli Stati parti che non la rispettino. La sola norma cui poter far riferimento per assegnare un ruolo all'UNHCR nell'*enforcement* della Convenzione di Ginevra è l'articolo 35 di tale trattato, che obbliga gli Stati parti a cooperare lealmente con l'Alto Commissariato e a presentare rapporti a tale ente sull'attuazione degli obblighi convenzionali¹³⁰. Dunque, pur in assenza di una struttura di controllo o di meccanismi sanzionatori e di attuazione coattiva degli obblighi convenzionali, siffatta disposizione ha consentito all'UNHCR di monitorare l'applicazione della Convenzione attraverso la raccolta di informazioni sulle legislazioni interne degli Stati e di dati statistici sulla condizione dei rifugiati, nonché di inviare rapporti sullo stato della protezione internazionale agli organi delle Nazioni Unite¹³¹.

Declinazione particolare del più generale obbligo di cooperazione con le Nazioni Unite, di cui sono destinatari gli Stati membri di tale organizzazione¹³², l'articolo 35 costituisce il fondamento normativo di un rapporto funzionale e dinamico tra l'UNHCR e la Convenzione di Ginevra. Difatti, nella misura in cui esso impone agli Stati parti della Convenzione di agevolare il compito dell'Alto

¹³⁰ In particolare agli Stati è richiesto di «*facilitate its duty of supervising the application of the provisions*». Cfr. sullo stesso punto l'art. II del Protocollo di New York, cit. V. KÄLIN, *Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and Beyond*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 614 ss.; TÜRK, *UNHCR's Supervisory Responsibility*, RQDI, 2002, pp. 135 ss., pp. 146-148.

¹³¹ Statuto dell'UNHCR, art. 11.

¹³² Il rapporto tra l'Alto Commissariato e gli Stati parti della Convenzione di Ginevra che fossero Stati membri delle Nazioni Unite è stato, dunque, condizionato dalla natura dell'ente quale organo sussidiario dell'Assemblea Generale, per cui questi Stati erano tenuti a tributare la dovuta attenzione alle determinazioni dell'UNHCR anche in virtù dell'obbligo di leale cooperazione derivante dalla propria *membership* nell'ONU. Cfr. artt. 1, 2, 55 e 56 della Carta ONU. Molte risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, a partire dalla n. 428 (V) del 14 dicembre 1950, che ha istituito l'Ufficio stesso, invitano gli Stati parti a prestare la dovuta cooperazione all'Alto Commissariato nello svolgimento delle sue funzioni. Si veda, ad esempio, UN Docs. A/RES/32/67, par. 5 (c), 8 Dec 1977; A/RES/33/26, par. 6, 29 Nov 1978; A/RES/34/60, par. 3(a), 29 Nov 1979; A/RES/35/41, par. 5(a), 25 Nov 1980; A/RES/36/125, par. 5(a), 14 Dec 1981; A/RES/37/195, par. 2, 18 Dec 1982; A/RES/38/121, par. 2, 16 Dec 1983; A/RES/39/140, par. 2, 14 Dec 1984; A/RES/40/118, par. 2, 13 Dec 1985; A/RES/41/124, par. 2, 4 Dec 1986; A/RES/42/109, par. 1, 7 Dec 1987; A/RES/43/117, par. 3, 8 Dec 1988. Inoltre, l'obbligo di cooperazione è richiamato nel Preambolo della Convenzione di Ginevra del 1951, nonché in numerose risoluzioni e strumenti pattizi successivi, tra le quali si richiama la Dichiarazione sull'asilo territoriale e l'Atto finale della Conferenza internazionale sui diritti umani di Teheran del 1968, di cui si è parlato in apertura del presente capitolo, e il Preambolo della Convenzione OUA, analizzata più oltre. V. *amplius*, KÄLIN, *Supervising the 1951 Convention on the Status of Refugees: Article 35 and Beyond*, cit., p. 617 ss.

Commissariato nell'applicazione delle disposizioni convenzionali¹³³, richiede loro di adeguarsi all'evolversi della prassi di tale organo in materia di protezione internazionale dei rifugiati¹³⁴.

La natura funzionale ed evolutiva del *link* esistente tra questa Agenzia Onu e la Convenzione sullo *status* di rifugiato discende tanto dalla lettera della norma contenuta all'articolo 35 del trattato quanto dalle caratteristiche statutarie del mandato dell'ente in questione. Basti pensare che l'obbligo di leale cooperazione con l'UNHCR in capo agli Stati parti del trattato è configurato in maniera tale da continuare a sussistere anche rispetto a un futuro organo delle Nazioni Unite che andasse a sostituire l'Alto Commissariato «*in the exercise of its functions*»¹³⁵. Inoltre, l'articolo 9 dello Statuto attribuisce all'Assemblea Generale la facoltà di conferire all'Alto Commissariato i poteri supplementari che ritenga necessari per consentirgli di esercitare le proprie funzioni, clausola che, come diremo nelle pagine che seguono, ha permesso una notevole estensione del mandato di quest'ultimo *ratione personarum*¹³⁶.

Il rapporto tra UNHCR e Convenzione di Ginevra è funzionale nel senso che tale Agenzia non può essere paragonata ai *monitoring treaty bodies* della gran parte dei trattati sui diritti umani, come, ad esempio, il Comitato dei diritti umani del Patto sui diritti civili e politici, il Comitato contro la tortura della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura¹³⁷, il Comitato sui diritti dell'infanzia della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989¹³⁸, e ancora, la Corte di Strasburgo per la CEDU e la Corte interamericana per il Patto di San José¹³⁹. A differenza di questi organi, istituiti al fine di fornire l'interpretazione

¹³³ ExCom, *Implementation of the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Conclusion No. 57 (XL), 1989; ExCom, *International Protection*, Conclusion No. 74 (XLV), 1994; ExCom, *International Protection*, Conclusion No. 79 (XLVII), 1996; ExCom, *International Protection*, Conclusion No. 81 (XLVIII), 1997; ExCom, *Reception of asylum-seekers in the context of individual asylum systems*, Conclusion No. 93 (LIII), 2002; ExCom, *International Protection*, Conclusion No. 108 (LIX), 2008.

¹³⁴ KÄLIN, *Le mécanisme de surveillance de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*, in CHETAIL, FLAUSS (sous la direction de), *op. cit.*, p. 133 ss., pp. 136-137.

¹³⁵ Cfr. art. 35, par. 1: «*any other agency of the United Nations which may succeed it*». Per simili rilievi, v. TÜRK, *UNHCR's Supervisory Responsibility*, cit., p. 143.

¹³⁶ V. UNGA, *Report of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 30 November 1976, UN Doc. A/RES/31/35.

¹³⁷ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, 1465 UNTS 85. Nel prosieguo, "Convenzione contro la tortura".

¹³⁸ *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, 1577 UNTS 3.

¹³⁹ *American Convention on Human Rights (Pact of San José)*, 22 November 1969, 1144 UNTS 123. Nel prosieguo, "Convenzione americana" o "Patto di San José".

autentica delle norme convenzionali¹⁴⁰ e di assicurarne l'*enforcement*, l'Alto Commissariato è dotato di uno statuto autonomo, e di obiettivi di natura generale e universale¹⁴¹, che coincidono soltanto in parte con quelli previsti dalla Convenzione di Ginevra. Ne consegue che tale organo non abbia potuto svolgere quell'azione creativa e nomofilattica che ha connotato, ad esempio, lo sviluppo pretorio del diritto CEDU da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴².

A tale limite, l'Agenzia Onu ha cercato di sopperire enfatizzando quella "speciale" responsabilità morale, che lo Statuto istitutivo le attribuisce in relazione alla ricerca di "*permanent solutions*" al problema dei rifugiati¹⁴³, per accreditarsi come organismo operativo, di natura umanitaria e con finalità apolitiche¹⁴⁴, catalizzatore delle *best practices* in relazione alla soluzione del problema mondiale dei rifugiati e fautore di un approccio "globale", inteso come:

«a comprehensive approach to refugee protection [that] comprises, inter alia, respect for all human rights; the principle of non-refoulement; access, consistent with the 1951 Convention and the 1967 Protocol, of all asylum-seekers to fair and

¹⁴⁰ Si noti che, ai sensi dell'articolo 38 della Convenzione di Ginevra e dell'articolo IV del Protocollo di New York, è la Corte internazionale di giustizia l'organo competente a fornire l'interpretazione autentica della Convenzione. Difatti, qualsiasi controversia sorta in merito alla interpretazione e applicazione della stessa deve esserle deferita. Stessa disposizione è prevista a livello regionale all'articolo VIII della Convenzione sugli aspetti specifici del problema dei rifugiati in Africa. Tale norma non è stata sinora mai stata invocata dagli Stati parti, tuttavia, non pare potersi escludere, ai sensi delle summenzionate disposizioni, la possibilità per l'Alto Commissariato di domandare a uno Stato parte di riferire alla Corte internazionale di giustizia in merito al comportamento di un altro Stato parte che risulti in violazione della Convenzione e del Protocollo. Per simili riflessioni v. KÄLIN, *Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and Beyond*, cit., p. 653.

¹⁴¹ Così, ad es., la base normativa di riferimento del suo operato non è confinata al dettato della Convenzione di Ginevra, ma si estende a qualsiasi altra norma, principio, strumento di diritto internazionale pertinente. Sull'impatto di questa circostanza sullo sviluppo del mandato dell'UNHCR v. *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/930, 7 July 2000, par. 2: «UNHCR's international protection function has evolved greatly over the past five decades from being a surrogate for consular and diplomatic protection to ensuring the basic rights of refugees, and increasingly their physical safety and security. While the main responsibility for safeguarding the rights of refugees lies with States, UNHCR's statutory role is to assist governments to take the necessary measures, starting with asylum and ending with the realization of durable solutions»; *Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx*, Conclusion No. 22 (XXXII), 1981.

¹⁴² V. *infra*, cap. 5, parr. 1 ss.

¹⁴³ Cfr. par. 1 dello Statuto dell'UNHCR. Cfr. anche UNGA, UN Doc. A/RES/319 (IV), 3 dicembre 1949, par. 1. V. KHAN, *UNHCR. Its Function. Development of Relevant Law*, in KHAN, *op. cit.*, pp. 334-350; LOESCHER, BETTS, MILNER, *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): the Politics and Practice of Refugee Protection into the Twenty-First Century*, London, 2008, p. 17 ss.

¹⁴⁴ Statuto dell'UNHCR, art. 2.

effective procedures for determining status and protection needs; no rejection at frontiers without the application of these procedures; asylum; the provision of any necessary material assistance; and the identification of durable solutions which recognize human dignity and worth»¹⁴⁵.

Ai sensi del par. 8 (a) dello Statuto, questo obiettivo deve essere realizzato, *inter alia*, mediante la promozione dello sviluppo progressivo del diritto internazionale dei rifugiati, il monitoraggio del rispetto delle convenzioni internazionali in materia e la proposta del loro emendamento¹⁴⁶. Riguardo allo sviluppo progressivo del diritto dei rifugiati, si è già fatto cenno all'importanza dell'impulso dell'UNHCR nell'adozione di strumenti regionali per la protezione dei rifugiati, come nel caso della Convenzione sugli aspetti specifici del problema dei rifugiati in Africa, della Dichiarazione di Cartagena e dei Principi di Bangkok. A livello universale, va ricordato, inoltre, il ruolo svolto dall'UNHCR nell'adozione del Protocollo di New York del 31 gennaio 1967¹⁴⁷, che, come si è più volte detto, ha completato l'architettura del regime internazionale dei rifugiati, eliminando le limitazioni originariamente apposte alla Convenzione.

Per quanto concerne, poi, la sua funzione di "guardiano" del rispetto del diritto dei rifugiati¹⁴⁸, l'Alto Commissariato ha valorizzato l'obbligo di considerare in buona fede le sue posizioni per garantirsi un sufficiente *locus standi* in rapporto alla funzione di controllo dell'attuazione della Convenzione di Ginevra¹⁴⁹. Il principale strumento di cui si è servito per raggiungere tale obiettivo è rappresentato da direttive interpretative e linee guida sulla predisposizione dei meccanismi per l'attuazione degli obblighi convenzionali e delle procedure amministrative e giudiziarie per la determinazione dello *status*

¹⁴⁵ ExCom, *International Protection, Conclusion No. 81 (XLVIII)*, 1997, lett. (h). In argomento, WARNER, *Forty Years of the Executive Committee: From the Old to the New*, IJRL, vol. 2, 1990, p. 238 ss., p. 245.

¹⁴⁶ Cfr. Statuto UNHCR, par. 8 (a).

¹⁴⁷ Protocollo di New York, art. 1. Per i lavori preparatori e gli atti che ne precedettero l'adozione cfr. UN Docs. A/6011/Rev.1, parr. 33-34; A/6311/Rev.1, par. 40; A/AC.96/346; A/6311/Rev.1/Add.1; ECOSOC, Resolution 1186 (XLI) of 18 November 1966; A/6303/Add.1; A/6586, draft resolution II); A/PV.1495. Oggi gli Stati parti della Convenzione o del Protocollo o di entrambi gli strumenti sono 147. Cfr. *Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees*, UNHCR, accessibile online all'indirizzo [www.unhcr.org].

¹⁴⁸ Statuto dell'UNHCR, art. 8.

¹⁴⁹ Cfr. GOODWIN-GILL, *Convention Relating to the Status of Refugees; Protocol Relating to the Status of Refugees*, cit., pp. 6-7; NORTH, CHIA, *Towards Convergence in the Interpretation of the Refugee Convention: A Proposal for the Establishment of an International Judicial Commission for Refugees*, in MCADAM (ed.), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Oxford/Portland, 2008, p. 225 ss., p. 235.

di rifugiato¹⁵⁰. Inoltre, nell'adempimento dei propri compiti statutari, l'UNHCR è stato affiancato da un Comitato esecutivo¹⁵¹, organo con funzioni consultive, le cui conclusioni annuali, anch'esse non produttive di effetti giuridici vincolanti, hanno originato ugualmente importanti ricadute politiche e morali sulla prassi internazionale in materia di rifugiati.

Gli atti dell'UNHCR e dell'ExCom, cui non può essere riconosciuto altro valore che quello di *soft law*, hanno acquisito notevole autorevolezza nel panorama delle istanze internazionali di tutela dei rifugiati¹⁵², sorretti, come si è detto, dall'obbligo di leale collaborazione degli Stati parti nei confronti delle Nazioni Unite. Se tali atti hanno rappresentato lo strumento operativo di cui l'Agenzia Onu per i rifugiati si è servita, come si vedrà nelle pagine che seguono, l'esigenza di garantire l'effettività della tutela contro il *refoulement* ha costituito la premessa normativa di una crescente dilatazione del mandato dell'UNHCR *ratione personarum*.

8. La nozione di "rifugiato" e di "non-refoulement" nella prassi dell'UNHCR.

Ai sensi dello Statuto dell'UNHCR, il mandato *ratione personarum* dell'Agenzia non è soggetto a particolari delimitazioni, accogliendo, invero, una nozione di rifugiato di stampo universale¹⁵³. In base a siffatta nozione:

¹⁵⁰ Cfr. ad esempio, l'*Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., la cui realizzazione avvenne su richiesta degli Stati membri dell'ExCom. Per altri riferimenti cfr. [<http://www.unhcr.org>]. Sul punto v. WOUTERS, *op. cit.*, p. 43; ALEXANDER, *Refugee Status Determination Conducted by the UNHCR*, IJRL, vol. 11, 1999, p. 251 ss., pp. 254-255.

¹⁵¹ Il Comitato Esecutivo è stato istituito, *ex art.* 4 dello Statuto dell'UNHCR, nel 1958 dall'ECOSOC (E/RES/672(XXV)) ed è un organo a composizione intergovernativa. I suoi compiti, oltre alla funzione consultiva, vanno dall'approvazione dei programmi di assistenza dell'Alto Commissario alla vigilanza sulle attività finanziarie e amministrative dell'agenzia. I membri dell'ExCom sono eletti dall'ECOSOC e si riuniscono annualmente per una settimana, nel mese di ottobre. Cfr. WOUTERS, *op. cit.*, pp. 44-45; SZTUCKI, *The Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme*, IJRL, vol. 1, 1989, p. 285 ss., pp. 288-290.

¹⁵² Cfr. GOODWIN-GILL, *Entry and Exclusion of Refugees. The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, Michigan YBILS, vol. 3, 1982, p. 291 ss.

¹⁵³ V. artt. 6 e 7. Tale Statuto opera in prima battuta un richiamo alla definizione di rifugiato contenuta negli strumenti adottati a protezione dei rifugiati sotto l'egida della Società delle Nazioni, nella Convenzione di Ginevra del 1933 e nell'Accordo del 1938 sui rifugiati tedeschi, allo Statuto dell'IRO. Cfr. par. 6, (A), (i), dello Statuto dell'UNHCR, cit. V. anche par. 6, (A), (ii),

«Any [...] person who is outside the country of his nationality or, if he has no nationality, the country of his former habitual residence, because he has or had well-founded fear of persecution by reason of his race, religion, nationality or political opinion and is unable or, because of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of the government of the country of his nationality, or, if he has no nationality, to return to the country of his former habitual residence»¹⁵⁴.

In virtù dell'assenza di limiti *ratione temporis et loci*, la nozione statutaria di rifugiato è assurda – nella prassi delle Nazioni Unite – a strumento idoneo a vincolare la condotta di quegli Stati che non fossero parti alla Convenzione di Ginevra, come pure di quegli Stati membri originari che avessero usufruito della facoltà di apporre una riserva temporale *ex* articolo 1 B (1) (a) del trattato e che, proprio in quanto membri originari, non fossero tenuti a ritirarla *ex* articolo 1.3 del Protocollo di New York del 1967¹⁵⁵.

Oltre a universalizzare la nozione convenzionale di rifugiato, l'UNHCR ha altresì sostenuto la necessità di estendere il proprio mandato a tutti coloro che fuggono da un rischio persecutorio, indipendentemente dal riconoscimento giuridico del loro *status* da parte dello Stato ospitante o da valutazioni formali o sostanziali sul dato temporale, geografico e sull'acquiescenza dello Stato sotto la cui giurisdizione l'individuo di trova¹⁵⁶.

Per questa via, l'Agenzia ha finito per occuparsi di tutti gli stranieri che, se allontanati, rischiano di subire una violazione grave dei propri diritti fondamentali, generalizzando la protezione contro il *refoulement*. L'inclusione tra le c.d. “*persons of concern*” dell'UNHCR dei richiedenti asilo¹⁵⁷, ad esempio, è avvenuta facendo leva sulla natura non costitutiva dell'atto statale di riconoscimento dello *status* di rifugiato e sull'esigenza di proteggere – soprattutto contro il rischio di *refoulement*¹⁵⁸ – i “potenziali rifugiati” (ossia coloro che richiedono l'asilo) nelle more dell'espletamento della procedura di

dello Statuto dell'UNHCR, in cui si fa riferimento a coloro che sono diventati rifugiati in seguito ad eventi occorsi prima del gennaio 1951.

¹⁵⁴ Cfr. par. 6 (B) dello Statuto dell'UNHCR.

¹⁵⁵ UNHCR, *Note on Determination of Refugee Status under International Instruments*, 24 August 1977, EC/SCP/5, par. 9.

¹⁵⁶ *Note on International Protection*, 26 June 2009, UN Doc. A/AC.96/1066, par. 20.

¹⁵⁷ ExCom, *Stowaway Asylum-Seekers, Conclusion No. 53 (XXXIX)*, 1988, par. 1, in cui il Comitato sostiene che il rispetto dell'obbligo deve essere assicurato anche nei confronti dei richiedenti asilo il cui *status* è irregolare: «*Like other asylum-seekers, stowaway asylum-seekers must be protected against forcible return to their country of origin*». In argomento, STOYANOVA, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵⁸ *Conclusion No. 103, cit.*, in cui l'ExCom afferma l'irrelevanza della verifica della sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 1 della Convenzione di Ginevra ai fini dell'accesso al beneficio del *non-refoulement*.

esame della loro domanda, onde evitare di svuotare di effettività l'intero meccanismo di protezione¹⁵⁹.

Sempre in base a considerazioni circa l'effettività della protezione internazionale, l'Agenzia Onu ha esteso il proprio mandato alle persone che fuggono da conflitti armati, rispetto alle quali, come si è detto nel capitolo che precede¹⁶⁰, non sono soddisfatti i criteri personali della persecuzione, come enunciati dalla Convenzione di Ginevra¹⁶¹.

Accanto alla generalizzazione della protezione contro il respingimento *ratione personarum*, l'Alto Commissariato ha sostenuto anche l'estensione della tutela *ratione materiae* a tutte le misure di allontanamento prevedibili a livello domestico. Tanto l'UNHCR quanto l'ExCom hanno ricordato che la lettera dell'articolo 33, par. 1 della Convenzione del 1951 vieta il respingimento "*in any manner*", sicché occorre ricomprendere, nel novero delle misure di allontanamento passibili di violare il divieto di *refoulement*, le ipotesi di «*expulsion/deportation orders against refugees, return of refugees to countries of origin or unsafe third countries, electrified fences to prevent entry, non-admission of stowaway asylum-seekers and push-offs of boat arrivals or interdictions on the high seas*»¹⁶².

In questo modo, l'Agenzia Onu ha avallato l'applicazione extraterritoriale del divieto, al fine di imporre agli Stati il rispetto dell'obbligo non soltanto laddove esercitino la propria giurisdizione *de jure*, ma anche in qualsiasi situazione nella quale uno straniero venga a essere assoggettato al controllo effettivo dello Stato stesso¹⁶³. Ne consegue che qualsiasi interpretazione che

¹⁵⁹ *Conclusion No. 6*, cit., in cui l'ExCom sottolinea l'indipendenza dell'applicazione del divieto di respingimento rispetto al previo riconoscimento dello *status* di rifugiato. Peraltro, come si è sostenuto nel capitolo che precede, tale interpretazione è in linea con il dettato della Convenzione di Ginevra, dal quale può dedursi che il trattato riconosca uno *status* di protezione (benché differenziato) tanto ai rifugiati "regolarmente residenti" quanto a quelli "legalmente presenti". V. *supra* cap. 2, par. 8.

¹⁶⁰ V. *supra*, cap. 2, par. 3.

¹⁶¹ *Note on International Protection*, 1 September 1995, UN Doc. A/AC.96/850, par. 11: «*It is recalled that in many situations, persons fleeing conflict may also be fleeing a well-founded fear of persecution for Convention reasons. This is the case, for example, when a segment of the population is targeted by government or non-government forces due to their ethnic, religious or political affiliation. Persons fleeing or remaining outside a country for reasons pertinent to refugee status qualify as Convention refugees, regardless of whether those grounds have arisen during conflict. Steps towards strengthening the international protection required by all persons fleeing conflict must take this into account to avoid diminishing the protection to which refugees are entitled*».

¹⁶² Cfr. *Note on the Principle of Non-Refoulement*, cit., lett. D).

¹⁶³ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement*, cit., par 43: «*the decisive criterion [of jurisdiction] is not whether such persons are on the State's territory, but rather, whether they come within the effective control and authority of that State*». Cfr. anche, per la medesima posizione, nell'ambito generale della tutela dei diritti umani, HRC, *General Comment No. 31 [80] – Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*,

cerchi di collegare la responsabilità dello Stato parte alla Convenzione alla presenza dello straniero nel territorio nazionale appare illegittima¹⁶⁴.

Inoltre, in merito al rapporto tra *non-refoulement* ed estradizione, l'UNHCR ha ricordato che un divieto di consegna dello straniero (in presenza di un rischio persecutorio), modellato sull'articolo 33, par. 1, è riprodotto in numerosi trattati di cooperazione giudiziaria in materia penale (come la Convenzione europea di estradizione¹⁶⁵), sicché la protezione contro il respingimento, a rischio persecuzione, non può che estendersi anche alle richieste di estradizione¹⁶⁶.

In ultima analisi, per l'UNHCR, «*[w]henever refugees – or asylum-seekers who may be refugees – are subjected, either directly or indirectly, to such measures of return, be it in the form of rejection, expulsion or otherwise, to territories where their life or freedom are threatened, the principle of non-refoulement has been violated*»¹⁶⁷, indipendentemente dalla circostanza che i “*territories where their life or freedom are threatened*” siano quelli del Paese di origine o di residenza abituale, per gli

26/05/2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13: «*States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party*». Per la prassi del Comitato in materia cfr. HRC, *Lopez Burgos v. Uruguay*, n. 52/1979, dec. 29 luglio 1981, CCPR/C/13/D/52/1979, par. 12.3, e *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, n. 56/1979, dec. 29 luglio 1981, CCPR/C/13/D/56/1979, par. 10.3.

¹⁶⁴ Cfr. UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement*, cit., par. 29: «*Furthermore, any interpretation which construes the scope of Art. 33 (1) of the 1951 Convention as not extending to measures whereby a State, acting outside its territory, returns or otherwise transfers refugees to a country where they are at risk of persecution would be fundamentally inconsistent with the humanitarian object and purpose of the 1951 Convention and its 1967 Protocol*». Come noto, si pose in netta contraddizione con questa tesi la decisione della Corte suprema statunitense nel celebre caso *Sale v. Haitian Centers Council*, cit. La questione ha sollevato un acceso dibattito in dottrina, di cui si darà conto nei capitoli 5 e 6. Intanto si rimanda, per una *overview*, a: GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, pp. 244-253 e 270-284; HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, cit., pp. 160-171; KÄLIN, CARONI, HEIM, *op. cit.*, pp. 1327-1396 e 1361-1363; KOH, *Reflections on Refoulement and Haitian Centers Council*, HILJ, vol. 35, 1994, p. 1 ss.; MILTNER, *Human Security and Protection from Refoulement in the Maritime Context*, in EDWARDS, FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge, 2010, p. 195 ss., pp. 204-208; RONZITTI, *Coastal State Jurisdiction Over Refugees and Migrants at Sea*, in ANDO, MCWHINNEY, WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague-London, 2002, p. 1271 ss.; TREVISANUT, *The Principle of Non-refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, MPYUNL, vol. 12, 2008, p. 205 ss.; WOUTERS, *op. cit.*, pp. 48-56; WOUTERS, DEN HEIJER, *The Marine I Case: a Comment*, IJRL, vol. 22, 2010, p. 1 ss.

¹⁶⁵ V. *infra*, cap. 4.

¹⁶⁶ *Conclusion, No. 17*, cit., lett. (d) e (e).

¹⁶⁷ *Ibid.*

apolidi, o ancora di un Paese terzo, da dove rischino di essere nuovamente *refoulés*¹⁶⁸, come pure dalla natura statutale dell'agente di persecuzione¹⁶⁹.

L'importanza di tale definizione del *non-refoulement* risiede nel fatto che essa si pone come autorevole interpretazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra e, al contempo, ne amplia la portata per adattare la protezione al mutare dei tempi. Da un punto di vista argomentativo e metodologico, l'estensione del contenuto e della portata del divieto di *refoulement* è stata ottenuta attingendo a piene mani agli sviluppi, in materia di divieto di allontanamento degli stranieri, della giurisprudenza internazionale sui diritti umani.

Il modo in cui procede l'argomentazione dell'UNHCR è chiarito, *inter alia*, nell'*Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of the Principle of Non-Refoulement* del 2007¹⁷⁰. Dopo aver analizzato il concetto di giurisdizione extraterritoriale formulato dalla Corte internazionale di giustizia nel parere *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*¹⁷¹, ha considerato la prassi del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura e la giurisprudenza dei *monitoring bodies* istituiti da trattati regionali sui diritti umani¹⁷², per concludere che:

¹⁶⁸ Cfr. UNHCR, *Resettlement Handbook*, 2004, cap. 4.

¹⁶⁹ Sul punto v. *supra*, le considerazioni svolte nel par. 2. Cfr. inoltre, UNHCR, *Agents of Persecution – UNHCR Position*, 14 March 1995.

¹⁷⁰ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement*, cit. par. 37.

¹⁷¹ ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (2004) ICJ Gen. List No. 131, 9 luglio 2004, par. 109: «The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions. The constant practice of the Human Rights Committee is consistent with this». Cfr. anche ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, sent. 19 dicembre 2005, ICJ Reports 2005, p. 168 ss., par. 180.

¹⁷² Per quanto riguarda la CEDU, cfr. la prassi della Corte di Strasburgo nei casi *Banković et al. c. Belgio*, [GC], n. 52207/99, sent. 12 dicembre 2001, par. 59; *Loizidou c. Turchia*, [GC], n. 15318/89, sent. 23 marzo 1995, par. 52; *Issa et al. c. Turchia*, n. 31821/96, sent. 16 novembre 2004, par. 71; *Ilaşcu et al. c. Moldavia e Russia*, [GC], n. 48787/99, sent. 8 luglio 2004, par. 333. In merito alla Convenzione americana, cfr. la decisione della Commissione inter.am. nel caso *Coard et al. c. Stati Uniti*, n. 10.951, Report n. 109/99, 29 settembre 1999, par. 37. In argomento GONDEK, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, NILR, vol. 52, 2005, p. 349 ss., a p. 369; KLUG, HOWE, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non – refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, in RYAN, MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden, 2010, p. 69 ss., spec. a p. 88, dove si conclude che: «All bodies have affirmed in their jurisprudence that the notion of State jurisdiction in the context of human rights is based upon a protective rationale».

«[T]he reasoning adopted by courts and human rights treaty bodies in their authoritative interpretation of the relevant human rights provisions is relevant also to the prohibition of *refoulement* under international refugee law, given the similar nature of the obligations and the object and purpose of the treaties which form their legal basis»¹⁷³.

Dunque, la sussunzione in quello che è definito come il “principio” di *non-refoulement*¹⁷⁴ degli *standard* di protezione, elaborati in relazione al divieto di respingimento a rischio tortura nell’alveo del diritto internazionale dei diritti umani, discenderebbe dalla “*similar nature of the obligations and the object and purpose of the treaties which form their legal basis*”.

Tralasciando per ora le conseguenze giuridiche dell’affermazione che precede, su cui si tornerà più oltre¹⁷⁵, è chiaro che nel ricostruire i “contorni” del *non-refoulement*, e nel chiarire alcuni profili nebulosi in relazione al contenuto e alla portata della protezione che ne discende, l’UNHCR si è spinto ben oltre l’obbligo pattizio accolto nell’articolo 33 della Convenzione di Ginevra. Peraltro, non ha “preso a prestito” soltanto la prassi dei *monitoring treaty bodies* dei trattati sui diritti umani, ma ha altresì incorporato gli sviluppi normativi regionali del diritto dei rifugiati, come nel caso della prassi africana di estensione della tutela contro il *refoulement* ai c.d. “sfollati”, caso analizzato nel paragrafo che segue.

9. *L’estensione del mandato dell’UNHCR agli sfollati.*

Com’è stato accennato nel paragrafo che precede, un esempio emblematico della dinamica di espansione del mandato dell’UNHCR riguarda gli individui facenti parte di flussi di massa di persone in fuga da conflitti armati o eventi che abbiano stravolto in tutto o in parte l’ordine pubblico del Paese di origine, di nazionalità, o di residenza abituale¹⁷⁶.

La necessità di adattare il mandato storico dell’Alto Commissariato alle sfide contemporanee del *displacement* è stata sottolineata dal gruppo di studio del

¹⁷³ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement*, cit., par. 42, p. 503.

¹⁷⁴ Sulla nozione di “principio” v. GAJA, voce “Principi del diritto (diritto internazionale)”, *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1983, p. 533 ss.; BOBBIO, voce “Principi generali di diritto”, *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 888 ss.

¹⁷⁵ V. *infra*, par. 7.

¹⁷⁶ Sulla nozione di “conflitto armato interno” v. CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge, 2010.

Comitato esecutivo, istituito negli anni Novanta per riferire su l'evoluzione del mandato dell'Alto Commissariato durante il quarantennio precedente¹⁷⁷. Nelle conclusioni del gruppo, il problema degli sfollati assume rilevanza internazionale a partire dalla presunzione che ciascuno dei componenti di un gruppo in fuga possa essere considerato, *prima facie*, un rifugiato e vada protetto contro il rischio di *refoulement*, sino a prova contraria¹⁷⁸. Come ribadito dal Comitato esecutivo dell'UNHCR «[i]n all cases [of large-scale influx] the fundamental principle of non-refoulement – including non-rejection at the frontier – must be scrupulously observed»¹⁷⁹.

All'atto pratico, da ciò discende che lo Stato interessato da un afflusso massiccio e sistematico di profughi o sfollati dovrebbe esaminare la situazione individuale di ciascuno dei componenti del gruppo¹⁸⁰. Qualora lo Stato ospitante non possa o non voglia farsi carico delle domande di asilo pervenutegli, può aver luogo il c.d. "reinsediamento" o "trasferimento diretto" (*resettlement* o *third-country settlement*), che prevede l'espletamento di una procedura eccezionale, coordinata dall'Alto Commissariato ex art. 9 del proprio Statuto, in base alla quale gli sfollati vengono trasferiti dallo Stato di prima accoglienza ad un terzo Stato, che accetta tale responsabilità¹⁸¹.

¹⁷⁷ V. Note on International Protection, 25 August 1992, A/AC.96/799, parr. 14-16, riportato in ExCom, *International Protection, Conclusion No. 68 (XLIII)*, 1992, lett. (n) e UN Doc. A/RES/47/105, 16 dicembre 1992.

¹⁷⁸ ExCom, *Conclusion No. 22*, cit., par. II A (1); ExCom, *Temporary Refuge, Conclusion No. 19 (XXXI)*, 1980, par. (b) 1. In argomento LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, cit., par. 103, p. 119: «The words of Article 33(1) give no reason to exclude the application of the principle to situations of mass influx. On the contrary, read in the light of the humanitarian object of the [1951 Convention] and the fundamental character of the principle [of non-refoulement], the principle must apply unless its application is clearly excluded». Contra, HAILBRONNER, *Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees*, cit., p. 857.

¹⁷⁹ ExCom, *Conclusion No. 22*, cit., par. II (A)(2).

¹⁸⁰ L'importanza della questione dell'identificazione e dell'ammissione al territorio come *conditio sine qua non* della tutela è stata sottolineata dall'Alto Commissariato in molteplici occasioni. In particolare, tale organo ha sostenuto la sussistenza di un obbligo positivo di informazione sulle modalità e sulle condizioni di accesso alla protezione, che deve essere assolto dallo Stato parte mediante la formazione di personale specializzato, in grado di orientare lo straniero. Ulteriore corollario del divieto di *refoulement* è l'effetto sospensivo dell'esecuzione della misura di allontanamento dello straniero nelle more di un gravame. Cfr. *ex plurimis*, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., par. 189 ss.

¹⁸¹ Si noti che anche la procedura di *resettlement*, nonostante la supervisione dell'Alto Commissariato, non è esente da rischi di compressione del divieto di *refoulement*. Come si vedrà nella parte seconda dello scritto, per tale ragione, nella giurisprudenza delle corti internazionali sui diritti umani, la legittimità del *resettlement* è stata condizionata, da un punto di vista procedurale, alla presenza di assicurazioni effettive sull'apertura della procedura di asilo nello Stato terzo che ha accettato il trasferimento. Cfr. *ex multis*, Corte EDU, *Trabelsi c. Italia*, n. 50163/08, sent. 13 aprile 2010.

Quest'ultima procedura riveste, come si è detto, carattere eccezionale, dovendosi ritenere che, a fronte dell'estensione del mandato dell'UNHCR agli sfollati (e della loro qualificazione come rifugiati *prima facie*), e in virtù dell'obbligo di leale cooperazione con l'UNHCR, gli Stati siano tenuti a garantire agli individui in fuga da zone di conflitto e da situazioni di disordini e violenze quanto meno una protezione minimale contro il *refoulement*¹⁸². Come osservato a riguardo dal *Rapporteur* speciale sul tema dell'espulsione degli stranieri, Kamto:

«This goes well beyond the relevant treaty obligations. If such an obligation exists, it carries the correlate obligation not to expel the type of “refugees” in question, namely, those who have not yet been granted refugee status and who might therefore find themselves in the receiving territory illegally – at least before their situation has been considered by the competent national authorities»¹⁸³.

Si noti che il riconoscimento della qualità di “rifugiato” ai componenti di flussi di massa di stranieri discende dall'impossibilità di allontanarli e, al contempo, di penalizzarli in ragione dell'ingresso irregolare nello Stato ospitante, vale a dire da una lettura estensiva della norma contenuta all'articolo 31, par. 1 della Convenzione di Ginevra, che vieta l'irrogazione di una sanzione penale al rifugiato in relazione all'ingresso irregolare nel Paese di accoglienza¹⁸⁴. Infatti, come si è detto nel capitolo che precede, l'impianto convenzionale prefigura tre tipologie di rifugiati: quelli “regolarmente residenti”, quelli “legalmente presenti” e quelli “irregolari”, che non hanno accesso alla gran parte dei benefici che discendono dall'accertamento dello *status*, ma sono in ogni caso protetti contro il *refoulement*, almeno nelle more della procedura di esame della domanda di asilo¹⁸⁵.

Tale impostazione ha ricevuto un'eco nel rapporto della *Global Commission on International Migration*, lanciata nel dicembre 2003 su iniziativa del Segretario Generale dell'Onu¹⁸⁶. In questo rapporto si afferma che, nel contrasto dell'immigrazione irregolare, gli Stati non sono esentati dal rispettare i diritti umani dei migranti, il diritto di asilo e i principi della protezione internazionale, e si aggiunge:

¹⁸² EGGLI, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, The Hague, 2002, p. 165.

¹⁸³ V. *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 69.

¹⁸⁴ In tal senso, *ivi*, par. 70.

¹⁸⁵ V. *supra*, cap. 2, par. 8.

¹⁸⁶ *Resolution 58/208 of 23 December 2003 on the Institution of a High-Level Dialogue to International Migration and Development During Its Sixty-First Session in 2006*, UN Doc. A/60/205.

«In situations of mass influx, States should consider offering the new arrivals prima facie refugee status, a practice used to good effect for many years in Africa and developing countries in other regions»¹⁸⁷.

L'incidenza della prassi africana, analizzata in apertura del presente capitolo, sull'estensione del mandato dell'UNHCR ha riguardato anche l'affievolimento del rilievo giuridico dell'elemento della transnazionalità della migrazione ai fini dell'attribuzione a un individuo della protezione contro il *refoulement*¹⁸⁸. Tale prassi ha indotto l'Alto Commissariato a includere, nel novero delle "persons of concern", anche dei gruppi di sfollati o profughi all'interno dei confini territoriali dello Stato di appartenenza, e ciò sulla base della considerazione che, pur in assenza di una competenza generale a proteggere gli IDPs, l'estensione del mandato a questi ultimi discendeva da motivazioni umanitarie e doveva avvenire caso per caso¹⁸⁹.

Per avere un'idea dell'ampiezza del mandato dell'Alto Commissariato oggi, può dirsi che secondo i dati forniti dall'Agenzia stessa, relativi al 2012, su un totale di oltre quarantacinque milioni di persone costrette a migrare nel mondo, cui si aggiungono trenta milioni di sfollati interni¹⁹⁰, l'UNHCR si è occupato della protezione di circa quaranta milioni di persone, di cui quasi quindici milioni di IDPs, oltre dieci milioni di rifugiati, quasi sette milioni tra rimpatriati e apolidi, quasi un milione di richiedenti asilo e un altro milione di soggetti ritenuti a vario titolo meritevoli di tutela¹⁹¹.

¹⁸⁷ GCIM, *Migration in an Interconnected World: New Directions for Action, Report of the Global Commission on International Migration*, October 2005, accessibile online all'indirizzo: [www.gcim.org], cap. III, p. 40. Nella ricostruzione degli obblighi internazionali degli Stati nelle operazioni di contrasto dell'immigrazione irregolare, la Commissione si è, a propria volta, basata su UNHCR, *Agenda for Protection*, October 2003, Third edition, accessibile online all'indirizzo: [http://www.refworld.org/docid/4714a1bf2.html].

¹⁸⁸ V. *supra*, cap. 1.

¹⁸⁹ Ciò è stato affermato in occasione dei lavori dal gruppo congiunto di esperti, facenti capo all'Alto Commissariato e all'allora Organizzazione per l'Unità africana che, nel 1979, ha elaborato le *Guidelines for National Refugee Legislation*, di cui si è parlato in chiusura del par. 3 (nota 63). In quell'occasione, pur riconoscendo che «the Office does not have any general competence for this group of persons», il gruppo di lavoro ha sottolineato che «in this context, UNHCR should indicate its willingness to extend its humanitarian expertise to internally displaced persons, on a case-by-case basis». Cfr. *Note on International Protection*, A/AC.96/799, cit., parr. 14-16.

¹⁹⁰ V. *UNHCR Global Trends Report 2012*, accessibile online all'indirizzo: [http://unhcr.org/globaltrendsJune2013/UNHCR%20GLOBAL%20TRENDS%202012_V08_web.pdf].

¹⁹¹ V. *History of the UNHCR*, accessibile online all'indirizzo: [http://www.unhcr.org/pages/49c3646cbc.html].

10. Un nuovo protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra? Sviluppi in tema di “protezione temporanea” a margine della crisi siriana.

Di recente, la dinamica del *displacement* forzato ha portato l’UNHCR a prendere atto che il problema del rifugio oggi è sempre più legato alle dinamiche dei conflitti interni e sempre meno alle persecuzioni politiche in tempo di pace¹⁹². A partire da queste premesse, l’Agenzia Onu ha espresso l’esigenza di riorientare la prospettiva del diritto pattizio internazionale che si occupa dei rifugiati, in modo da garantire l’effettività della tutela alle popolazioni in fuga da questo tipo di situazioni, al riparo dagli eccessi della discrezionalità statuale¹⁹³.

Infatti, non vi è attualmente un *framework* che governi le forme di “protezione temporanea” che gli Stati scelgono di predisporre per gestire le emergenze umanitarie derivanti dall’afflusso in massa di profughi in fuga dalle guerre civili¹⁹⁴. Anzi, molto spesso tali afflussi sono percepiti come una pericolosa forma di destabilizzazione della sicurezza del Paese che li riceve¹⁹⁵. Celebre è, a riguardo, la risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nella quale tale organo esprimeva la preoccupazione che le pressioni sul confine turco e iraniano dei profughi curdi in fuga dall’Iraq nel 1991 potessero diventare un “flusso massiccio” in grado di destabilizzare la pace e la sicurezza dell’intera regione¹⁹⁶.

Inoltre, anche quando la protezione viene, in effetti, riconosciuta al gruppo dei profughi sulla base della situazione di vulnerabilità che essi presentano *prima facie*, in ragione del fatto che fuggono dalla guerra, essa spesso si traduce nel riconoscimento di uno *status* fortemente limitato quanto ad accesso ai diritti, che non prevede la possibilità di presentare una istanza di asilo¹⁹⁷. Ciò è tanto più vero in talune regioni del mondo, come l’Asia e il Medio Oriente, in cui la

¹⁹² UNHCR, *Summary Conclusions on International Protection of Persons Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence; Roundtable 13 and 14 September 2012, Cape Town, South Africa, 20 December 2012*, par. 1.

¹⁹³ EDWARDS, *Coping With Contemporary Conflicts: ‘Conflict Refugees’ and the 1951 Convention Protection Regime, 70th Course on International Refugee Law, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Italy, 23 April 2013, Opening Lecture: «it is important to acknowledge that the majority of the world’s refugees in 2013 are in fact in flight from conflict or other situations of violence, rather than from so called “peacetime persecution”»*.

¹⁹⁴ In argomento EDWARDS, *Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention, Melbourne JIL*, vol. 13, 2012, p. 595 ss., p. 600.

¹⁹⁵ V. *infra*, cap. 6, par. 6 sulla *querelle* italo-francese in merito al caso dell’afflusso massiccio di migranti tunisini nel 2011, in seguito alle primavere arabe.

¹⁹⁶ V. Consiglio di Sicurezza, UN Doc. S/RES/0688(1991) cit. in ALLAIN, *op. cit.*, pp. 543.

¹⁹⁷ V. *supra*, parr. 1-2.

sorte dei profughi, ma anche dei rifugiati, è affidata a una vera e propria “*roulette russa*”¹⁹⁸. Sebbene gli Stati che si trovano in tali aree siano al contempo i maggiori Paesi di origine dei flussi di profughi, ma anche i principali Paesi di destinazione, e possono, quindi, essere considerati “*specially affected States*”¹⁹⁹, molti di essi non hanno ratificato la Convenzione del 1951 sullo *status* di rifugiato e adottano forme di accoglienza, talvolta rubricate sotto l’etichetta di “protezione temporanea”, che sono in realtà il risultato di antiche pratiche di ospitalità regionale e umanitaria, che non hanno molto in comune con il concetto normativo della *temporary protection* come forma di gestione dell’emergenza attraverso la concessione di uno *status* di protezione dei diritti umani fondato sull’obbligo di *non-refoulement*²⁰⁰.

Le conseguenze della persistenza di questi “usi” di buon vicinato e della loro assimilazione alle forme di “protezione temporanea” sono state palesi nelle misure di accoglienza predisposte dagli Stati limitrofi in seguito alla crisi dei profughi in Libia nel 2011 e di quella in Siria, che ha raggiunto un picco nel 2013. Si pensi, ad esempio, alla Turchia, che ha adottato un regime di “protezione temporanea” sulla base di una conclusione del Comitato esecutivo dell’UNHCR adottata nel 1981 per fronteggiare le conseguenze della crisi umanitaria indocinese degli anni Settanta²⁰¹. Peraltro, nella recente crisi siriana, gli Stati europei non stanno dimostrando migliori *performances* di accoglienza dei Paesi limitrofi, anzi, secondo le dichiarazioni dell’Alto Commissario, hanno, di fatto, cercato di contenere gli arrivi dei profughi siriani mediante l’adozione di politiche di “non arrivo”²⁰².

In relazione alla questione siriana, già nel dicembre 2012, l’UNHCR aveva invitato gli Stati interessati dai flussi ad adottare uno *standard* minimo di trattamento, cui ispirare l’accoglienza dei profughi siriani, che avrebbe dovuto includere:

«a. Access to the territory and to safety; b. Protection from refoulement; c. Access to the necessities of life, including i. Adequate shelter with appropriate sanitary arrangements (whether provided in dedicated sites or ensured through community

¹⁹⁸ Così, RAMJI-NOGALES, SCHOENHOLTZ, SCHRAG, *Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication and Proposals for Reform*, New York, 2009.

¹⁹⁹ Sulla nozione di “*specially affected States*” v. *infra*, cap. 3, par. 12.

²⁰⁰ *Roundtable on Temporary Protection*, 19-20 July 2012. *Summary Conclusions on Temporary Protection*, 20 July 2012, *International Institute of Humanitarian Law*, San Remo, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.refworld.org/docid/506d908a2.html>].

²⁰¹ *Conclusion No. 22*, cit.

²⁰² *UNHCR Highlights Dangers Facing Syrians in Transit, Urges Countries To Keep Borders Open*, 18 October 2013.

hosting arrangements) ii. Food iii. Health care facilities iv. Access to primary education; d. Identity documentation; e. Respect for family unity and where needed, special protection for children, in particular those who are unaccompanied/separated, including family tracing arrangements; and f. Respect for the principles of non-discrimination and freedom of movement»²⁰³.

Tuttavia, in assenza di uno strumento pattizio internazionale che crei obblighi giuridici in capo agli Stati che decidano di ratificarlo, le raccomandazioni dell'UNHCR sono state sovente disattese²⁰⁴.

Il problema di codificare la protezione temporanea a livello internazionale, per sottrarla alla discrezionalità statale, soprattutto in Asia, è stato esaminato durante la Tavola Rotonda promossa dall'Alto Commissariato e svoltasi presso l'Istituto di diritto umanitario di San Remo nel luglio 2012. In quella sede, si è valutata la fattibilità di diverse strategie per favorire il riavvicinamento delle prassi nazionali in materia di protezione temporanea: quella di *soft law*, basata sull'adozione di un *framework* di *guidelines* generali; quella di *hard law*, consistente nella promozione di un nuovo protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951; quella regionale, volta allo sviluppo di appositi strumenti da sottoporre all'attenzione dei Paesi asiatici; e infine quella nazionale, basata sul tentativo di influenzare i *policy makers* mediante la circolazione di un modello di regolamentazione in materia di protezione temporanea appositamente predisposto dall'UNHCR²⁰⁵.

In realtà, i risultati della Tavola Rotonda non sono andati molto più in là delle proposte di apertura e si è dovuto prendere atto dell'attualità del quarto *considerando* del Preambolo della Convenzione sullo *status* di rifugiato del 1951, laddove ricordava che «*the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries*» e che il problema dei rifugiati è «*international in scope and nature and cannot therefore be achieved without international co-operation*»²⁰⁶.

²⁰³ *International Protection Considerations with regard to people fleeing the Syrian Arab Republic, Update I*, December 2012, par. 5. Sulla questione siriana v. UN Docs. A/RES/66/253, 16 February 2012, e A/RES/66/253 B, 3 August 2012; A/HCR/RES/19/22, 23 March 2012; SC Draft Resolution, S/2012/77, 4 February 2012, cons. 7: «*Underscoring the importance of ensuring the voluntary return of refugees and internally displaced persons to their homes in safety and with dignity*».

²⁰⁴ *Refuge from Inhumanity: Enriching Refugee Protection Standards Through Recourse To International Humanitarian Law*, 11-12 February 2013, Oxford, 2013, p. 2 ss.

²⁰⁵ *Roundtable on Temporary Protection*, cit., par. 29: «*Should UNHCR aim for general guidelines on temporary protection, promote a protocol to the 1951 Convention, or develop regional instruments in the Middle East and/or South East Asia? Or should UNHCR draft a template/framework for regional temporary protection arrangements or simply influence domestic legislation?*».

²⁰⁶ Così, EDWARDS, *Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention*, cit. *supra*, nota 192.

11. *Sviluppi de lege ferenda? Il problema dei rifugiati "climatici".*

Accanto alle persone che fuggono da guerre civili e violenze intestine, un'altra consistente fonte dei movimenti forzati di popolazione è rappresentata dal cambiamento climatico, che "produce" i c.d. rifugiati "ambientali" o "climatici", vale a dire coloro che fuggono da carestie, siccità, maremoti, terremoti o da catastrofi naturali legate al surriscaldamento del pianeta²⁰⁷.

Il cambiamento climatico è una fonte di "*forced displacement*" che riguarda centinaia di migliaia di persone costrette ad abbandonare le proprie case e il proprio Paese per sopravvivere, situazione rispetto alla quale è stata da più parti invocata, in una prospettiva *de lege ferenda*, l'applicazione del divieto di respingimento.

Per capire la gravità del problema, basti pensare che nel 1995, quando alla questione è stata per la prima volta riconosciuta rilevanza internazionale, i rifugiati ambientali erano circa venticinque milioni di persone, mentre quelli tradizionali ammontavano a circa ventisette milioni²⁰⁸. Nonostante il dato quantitativo sia in costante crescita, rispetto a questa categoria di persone costrette a fuggire dal proprio Paese il diritto internazionale rimane indifferente. Non vi è, infatti, una definizione normativa di rifugiato ambientale, né un regime di protezione. Come recentemente riconosciuto da António Guterres, Alto Commissario per i rifugiati:

«A growing number of people are uprooted by natural disasters or lose their livelihoods to desertification, with climate change now found to be the key factor

²⁰⁷ V. MCADAM, *Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards, Division of International Protection*, UNHCR, Geneva, May 2011. Il rapporto è stato preparato per essere discusso durante la Tavola rotonda sul cambiamento climatico e lo sfollamento, svoltasi a Bellagio dal 22 al 25 febbraio 2011. V. anche BLACK, *Environmental Refugees: Myth or Reality?*, *New Issues in Refugee Research*, Working Paper No. 34, UNHCR, 2001; LACZKO, AGHAZARM (eds.), *Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*, IOM, 2009; KOLMANNSSKOG, *Dignity in Disasters and Displacement – Exploring Law, Policy and Practice on Relocation and Return in the Context of Climate Change (Paper prepared for the GECHS Synthesis Conference, "Human Security in an Era of Global Change"*, June 22-24 2009, Oslo, Norwegian Refugee Council (NRC), 2009; LOMBARDO, TOVO, *Il problema dei "rifugiati climatici" nel diritto dell'Unione europea*, in *Diario europeo*, vol. 1, 2012, p. 54 ss.

²⁰⁸ MYERS, *Environmental Refugees: An Emergent Security Issue*, 13th Economic Forum, Prague, 23-27 May 2005, EF.NGO/4/05, 22 May 2005, p. 1; MYERS, KENT, *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena*, Washington D.C., 1995; DOCHERY, GIANNINI, *Confronting a Rising Tide: A Proposal of a Convention on Climate Change Refugees*, HELR, vol. 33, 2009, p. 349 ss.; COOPER, *Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition*, NYUELJ, vol. 6, 1998, p. 480 ss.; SIMEON (ed.), *Critical Issues in International Refugee Law: Strategies toward Interpretative Harmony*, Cambridge, 2010; MCADAM (ed.), *Forced Migration, Human Rights and Security*, cit.

accelerating all other drivers of forced displacement. These persons are not truly migrants, in the sense that they did not move voluntarily. As forcibly displaced not covered by the refugee protection regime, they find themselves in a legal void»²⁰⁹.

L'ostacolo alla protezione dei rifugiati climatici entro l'alveo normativo del sistema di Ginevra è, per così dire, genetico, in quanto legato alla configurazione del rifugiato come "vittima" di una "condotta persecutoria" (e pertanto meritevole di tutela), che non può trovare giustizia nel Paese di origine (e pertanto meritevole di protezione internazionale).

Come sottolineato dai redattori della Convenzione di Ginevra, durante i lavori preparatori, la definizione convenzionale di rifugiato, oltre a non coprire tutte le situazioni in cui uno straniero è "vittima" di un'*actio* persecutoria di matrice umana e ben individuabile²¹⁰ «*obviously did not refer to refugees from natural disasters, for it was difficult to imagine that fires, floods, earthquakes or volcanic eruptions, for instance, differentiated between their victims on the grounds of race, religion, or political opinion*»²¹¹. Quindi, ragionando per assurdo, quand'anche fosse possibile discernere tra le catastrofi naturali indotte dall'uomo e quelle in cui la responsabilità umana non può in alcun modo essere chiamata in causa, la protezione di coloro che fuggono dai disastri di matrice umana entro l'alveo della Convenzione di Ginevra sarebbe comunque preclusa dall'impossibilità di dimostrare che il richiedente sia stato individualmente colpito dalle conseguenze del cambiamento climatico.

Inoltre, anche nel caso in cui si sviluppasse un regime di protezione internazionale dei rifugiati climatici, a meno di non voler stravolgere anche il requisito fondamentale della transnazionalità della migrazione, rimarrebbero comunque esclusi dalla protezione gli sfollati interni, ossia una parte considerevole di coloro che fuggono da catastrofi naturali.

Sempre in via teorica, potrebbe soccorrere l'interpretazione estensiva della nozione di rifugiato contenuta nella Convenzione africana, sopra esaminata. Come si è visto, infatti, tale trattato estende la nozione di "rifugiato" agli individui che siano profughi a causa di "*events seriously disturbing the public*

²⁰⁹ UNHCR, *Statement by Mr. António Guterres, United Nations High Commissioner for Refugees Intergovernmental Meeting at Ministerial Level to Mark the 60th Anniversary of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 2011.

²¹⁰ Come si è detto, infatti, la definizione di rifugiato, ai sensi della Convenzione di Ginevra, non protegge coloro che fuggono da "violenze massicce e sistematiche" dei propri diritti umani che, pur potendosi ricomprendere nella nozione di "persecuzione", non integrano i requisiti che connotano la persecuzione in senso individuale. V. *supra*, cap. 2, par. 3, nota 24.

²¹¹ V. UN Doc. A/CONF.2/SR.22, 6 per la posizione del delegato israeliano.

order”, per cui se s’intendessero le catastrofi naturali alla stregua di eventi in grado di destabilizzare l’ordine pubblico, si potrebbe estendere la protezione ai profughi “climatici”.

Invero, la difendibilità di questa chiave interpretativa è assai debole, non solo a partire dalla tipicità della nozione di “ordine pubblico”²¹², ma anche perché il riferimento a “eventi contrari all’ordine pubblico” è inserito in un elenco di situazioni fattuali in cui i rischi per l’individuo sono di matrice umana (“*external aggression, occupation, foreign domination*”)²¹³, tanto più che nulla nell’espressione richiamata «*suggest[s] that victims of natural disasters or economic misfortune should become the responsibility of the international community*»²¹⁴. Inoltre, anche qualora questa espansione della nozione di rifugiato nella Convenzione africana fosse ritenuta metodologicamente sostenibile, non sarebbe in ogni caso supportata dalla prassi regionale. Difatti, sebbene in numerosi episodi gli Stati africani confinanti abbiano offerto rifugio a individui in fuga da catastrofi naturali, è pur vero che tali Stati si son sempre guardati bene dall’operare un richiamo al dettato convenzionale per motivare la loro decisione di concedere asilo²¹⁵. Come pure ha fatto l’Alto Commissariato per i rifugiati che, nell’intervenire in situazioni di catastrofi naturali, a sostegno della popolazione indigena in fuga, ha precisato che tali interventi non ricadevano entro il proprio mandato formale, ma costituivano operazioni di assistenza umanitaria, limitate nel tempo e dispiegate su richiesta del Segretario Generale delle Nazioni Unite²¹⁶.

L’assenza di una soluzione, nell’ambito del diritto dei rifugiati, non elimina, tuttavia, il problema, né l’urgenza, prima di tutto morale, di prevedere forme stabili di cooperazione tra gli Stati che “subiscono” la catastrofe naturale e quelli che “sopportano” l’arrivo dei profughi in fuga dalla stessa. Infatti, nel momento in cui l’evento naturale disastroso priva un popolo dei propri mezzi

²¹² Sui concetti di “ordine pubblico” e di “sicurezza nazionale” v. *supra*, cap. 2, par. 11.

²¹³ V. *supra*, par. 3.

²¹⁴ HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 17.

²¹⁵ EDWARDS, *Refugee Status Determination in Africa*, *AJICL*, vol. 14, 2006, p. 204 ss., pp. 225-227. L’A. cita, a p. 227, l’esempio della popolazione congolese in fuga dall’eruzione del monte Nyiragongo nel gennaio 2002, che trovò rifugio in Ruanda, per sostenere che la prassi africana possa al più essere interpretata come atta a favorire lo sviluppo di una nuova consuetudine che preveda una forma di protezione temporanea su basi umanitarie dei rifugiati climatici. Dello stesso avviso, KÄLIN, *Conceptualising Climate-Induced Displacement*, in MCADAM (ed.), *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, Oxford, 2010, p. 85 ss., p. 88.

²¹⁶ *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/1008, 4 July 2005, par. 36.

di sussistenza, il problema interno tende, per forza di cose, a internazionalizzarsi²¹⁷. Come sottolineato dal Consiglio Onu per i diritti umani,

«Climate change-related impacts have a range of implications, both direct and indirect, for the effective enjoyment of human rights including, inter alia, the right to life, the right to adequate food, the right to the highest attainable standard of health, the right to adequate housing, the right to self-determination and human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation [and] these implications [...] will be felt most acutely by those segments of the population who are already in vulnerable situations owing to factors such as geography, poverty, gender, age, indigenous or minority status and disability»²¹⁸.

In questi casi, si rende necessaria la cooperazione internazionale, perché «*in no case may a people be deprived of its own means of subsistence*»²¹⁹. Nell'Unione europea, ad esempio, l'impatto del cambiamento climatico sui flussi migratori è stato espressamente riconosciuto nel Libro bianco della Commissione sull'adattamento al cambiamento climatico, che prevede forme di cooperazione con i Paesi maggiormente toccati²²⁰. Inoltre, in una risoluzione del Parlamento europeo sul Libro bianco si è preso atto della possibilità che il cambiamento climatico inneschi una migrazione su vasta scala dalle regioni che già costituiscono il punto d'origine dei flussi migratori verso l'Europa ed è stata sottolineata l'opportunità di considerare, in sede di pianificazione a lungo termine delle politiche di aiuto allo sviluppo, il problema delle migrazioni climatiche²²¹.

²¹⁷ Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship Between Climate Change and Human Rights, UN Doc. A/HRC/10/61, 15 January 2009.

²¹⁸ Human Rights Council Resolution 10/4. Human Rights and Climate Change, UN Doc. A/HRC/RES/10/4, 25 March 2009, cons. 7-8. V. anche il rapporto conclusivo del Relatore speciale per i diritti umani dei migranti, Bustamante, pubblicato il 21 marzo 2011: UN Doc. A/HRC/17/33.

²¹⁹ Human Rights and Climate Change, cit. cons. 8: «Recognizing also that climate change is a global problem requiring a global solution, and that effective international cooperation [...] is important in order to support national efforts». Analogamente v. Resolution adopted by the Human Rights Council 14/6. Mandate of the Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons, UN Doc. A/HRC/RES/14/6, 17 June 2010; Resolution adopted by the Human Rights Council 20/09. Human Rights of Internally Displaced Persons, UN Doc. A/HRC/RES/20/9, 17 July 2012; Report of the Human Rights Council on its Fourteenth Session, UN Doc. A/HRC/14/37, 23 October 2012. In argomento, V. VENTURINI, *International Disaster Response Law in Relation to Other Branches of International Law*, in DE GUTTRY ET AL. (eds.), *International Disaster Response Law*, The Hague, 2012, p. 45 ss., p. 56; BIZZARRI, *Protection of Vulnerable Groups in Natural and Men-Made Disasters*, in DE GUTTRY et al. (eds.), *op. cit.*, p. 381 ss., p. 405 ss.

²²⁰ UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 1 Aprile 2009, Libro bianco della Commissione: L'adattamento ai cambiamenti climatici: verso un quadro d'azione europeo*, COM(2009)0147, par. 6.

²²¹ UE, *Risoluzione del Parlamento europeo, del 6 maggio 2010, sul Libro bianco della Commissione:*

Tuttavia, le difficoltà insite in questo processo non sono poche. Tali difficoltà sono emerse, ad esempio, nei lavori della Commissione del diritto internazionale in materia di protezione delle persone in caso di disastri²²², in cui la questione della cooperazione internazionale nella gestione dei profughi in fuga da catastrofi naturali non viene adeguatamente considerata²²³.

Invero, occorre riconoscere che la nozione pregiuridica di “rifugiati climatici” comprende individui accomunati soltanto dall’impossibilità di ritornare in patria per cause ambientali. Anche a volere prevedere un apposito *framework* internazionale per proteggerli, si porrebbe il problema di decidere se circoscrivere la protezione ai casi di impossibilità oggettiva di ritorno (ad es. legata all’innalzamento del livello del mare per gli stati insulari, che può arrivare a rendere i rifugiati climatici, di fatto, apolidi) ovvero di estenderla ai casi in cui si registri anche solo una sorta di difficoltà ambientale (ad es. nei casi in cui l’allontanamento del territorio natio avviene in seguito a desertificazione o inquinamento della falda acquifera).

Nel primo caso, ossia quando i disastri naturali pregiudicano la sopravvivenza stessa delle popolazioni autoctone potrebbero, invero, essere visti come una “minaccia” sufficientemente grave da giustificare l’accoglienza e il non respingimento in altri Paesi²²⁴. In tal senso, potrebbe essere letto l’appello dell’Alto Commissariato a non rimpatriare coattivamente le persone in fuga dallo tsunami che ha colpito numerosi Stati asiatici nel dicembre del 2004²²⁵.

Tuttavia, come si è detto nel capitolo precedente, la nozione di “minaccia” *ex* articolo 33 della Convenzione di Ginevra e quella di “persecuzione” *ex* articolo

L’adattamento ai cambiamenti climatici: verso un quadro d’azione europeo, 2009/2152(INI), GUUE C 81 E, p. 115, parr. 80-81.

²²² In argomento ZORZI GIUSTINIANI, *The Works of the International Law Commission on ‘Protection of Persons in the Event of Disasters’. A Critical Appraisal*, in DE GUTTRY *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 65 ss.

²²³ Da ultimo v. *Protection of persons in the event of disasters. Texts and titles of draft articles 5 bis, 12, 13, 14 and 15, provisionally adopted by the Drafting Committee from 5 to 11 July 2012, Sixty-fourth session, Geneva, 7 May–1 June and 2 July–3 August 2012*, UN Doc. A/CN.4/L.812, 12 July 2012; *Protection of persons in the event of disasters. Texts and titles of draft articles 5 ter and 16, provisionally adopted by the Drafting Committee on 17 July 2013, Sixty-fifth session, Geneva, 6 May–7 June and 8 July–9 August 2013*, UN Doc. A/CN.4/L.815, 23 luglio 2013.

²²⁴ Sempre ragionando per assurdo, potrebbe argomentarsi che, dal momento che l’elemento qualificante dell’obbligo di non respingimento è rappresentato dal divieto di riconduzione sommaria di un individuo verso territori in cui la sua vita o libertà possano essere minacciate, allora uno strumento pattizio che volesse regolare la posizione giuridica dei rifugiati climatici dovrebbe declinare siffatta norma in modo da vietare agli Stati parti di allontanare un individuo verso il Paese d’origine, qualora il territorio dello stesso fosse interessato da fenomeni naturali legati al cambiamento climatico tali da minacciare la vita e la sopravvivenza dello stesso.

²²⁵ V. KOLMANNSSKOG, MYRSTAD, *Environmental Displacement in European Asylum Law*, EJML, vol. 11, 2009, p. 313 ss., p. 332. V. anche BETTS, *Survival Migration Failed Governance and the Crisis of Displacement*, Ithaca, 2013.

1, lett. (A), par. 2 del trattato stesso sono largamente assimilabili. Di conseguenza, quand'anche gli effetti di una minaccia derivante da catastrofi naturali sull'individuo fossero assimilabili a quelli derivanti da una minaccia persecutoria (ossia tali da compromettere la vita e l'incolumità), l'ipotesi di estensione della protezione ai rifugiati climatici, sulla base di una interpretazione evolutiva del concetto di "minaccia" nel diritto dei rifugiati, non è prospettabile, in quanto l'origine della minaccia non potrebbe essere individuata in alcun caso in una forma di persecuzione tradizionale - ovvero proveniente dalla condotta attiva od omissiva dello Stato di origine.

In ultima analisi, sia che si muova da una lettura estensiva della nozione di rifugiato, sia che si tenti di "stirare" la protezione contro il *refoulement*, l'inclusione dei rifugiati climatici nell'alveo dei beneficiari della protezione internazionale appare giuridicamente impraticabile. Tale obiettivo potrebbe, al più, essere raggiunto attraverso un'estensione della nozione di "trattamento disumano e degradante" alla base della tutela contro l'allontanamento degli stranieri nell'alveo dei diritti umani²²⁶. Come meglio si vedrà nella seconda parte del presente lavoro parlando della prassi degli organi di controllo dei trattati universali e regionali in materia di diritti umani²²⁷, la protezione contro il *refoulement* è stata estesa proprio in funzione dei potenziali effetti dell'allontanamento sull'individuo. Tuttavia, si dirà anche che i *monitoring-treaty bodies* dei trattati in materia di diritti umani si sono mostrati restii all'adozione di una nozione di rischio che interdica l'allontanamento dello straniero in caso di potenziale lesione dei suoi diritti economici e sociali²²⁸, il che complica il ricorso alla protezione offerta dalla norma che vieta il *refoulement* rispetto alla categoria dei rifugiati climatici²²⁹.

La questione rimane dunque aperta. Invero, la protezione dei rifugiati climatici può, al più, essere inquadrata nello schema della protezione temporanea, sempre che ricorra la condizione dell'afflusso massiccio e

²²⁶ In argomento v. RÖHL, *Fleeing Violence and Poverty: Non-Refoulement Obligations under the European Convention of Human Rights, New Issues In Refugee Research. Working Paper No. 111*, UNHCR, January 2005; KNOX, *Linking Human Rights and Climate Change at the United Nations*, *HELR*, vol. 33, 2009, p. 477 ss.

²²⁷ V. *infra*, capp. 4-5.

²²⁸ V. *infra*, capp. 5-7.

²²⁹ CASSESE, *Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions?*, *EJIL*, vol. 2, 1991, p. 141 ss. In proposito v. la proposta dell'*Environmental Justice Foundation* di istituire un fondo mondiale che si faccia carico dei costi sostenuti dai migranti e dagli Stati che li accolgono. V. *Environmental Justice Foundation, No Place Like Home. Where Next For Climate Refugees?*, London, 2009, p. 25, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.ejfoundation.org/page590.html>].

improvviso di sfollati e che la fonte normativa di riferimento non ne limiti l'ambito di applicazione *ratione personarum* a coloro che fuggono da conflitti e/o da violazioni massicce e sistematiche dei propri diritti umani fondamentali. A ciò si aggiunge, nel diritto interno di numerosi Stati, tra cui l'Italia²³⁰, la protezione "umanitaria", che può essere riconosciuta a chi fugge da catastrofi naturali. Si tratta, naturalmente, di forme di protezione meno garantiste dello *status* di rifugiato. Quanto la disparità di trattamento di tali categorie di stranieri in fuga, rispetto ai rifugiati tradizionali, sia eticamente e giuridicamente giustificabile al giorno d'oggi è oggetto di dibattito, soprattutto a livello europeo. Su tali questioni si tornerà, quindi, nel corso della terza parte del presente lavoro.

12. I rischi insiti in una formulazione onnicomprensiva del "principio" di non-refoulement.

L'Agenzia Onu sui rifugiati non si è accontentata di ampliare e specificare il contenuto e la portata dell'obbligo pattizio accolto nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, proponendosi altresì il perseguimento di due ambiziosi obiettivi: lo sviluppo progressivo di una norma consuetudinaria (e cogente) che vietasse il respingimento e la compressione delle eccezioni previste al par. 2 dell'articolo 33²³¹.

Sin dagli anni Settanta, e poi con maggiore incisività a partire dai primi anni Ottanta, il Comitato esecutivo ha riconosciuto l'evoluzione dell'obbligo pattizio contenuto nell'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra in un "principio" di diritto internazionale generale²³², e sostenuto che siffatto principio stesse acquisendo «*the character of a peremptory rule of international law*»²³³. Nel corso degli anni Novanta, anche l'Alto Commissariato ha riconosciuto l'importanza dell'obbligo di *non-refoulement* quale principio

²³⁰ V. Italia, art. 5, 6° co., del "Testo Unico sull'immigrazione" (D. lgs. 25 luglio 1998 n. 286).

²³¹ Cfr. LEWIS, *UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution*, IJRL, vol. 17, 2005, p. 67 ss.; CORKERY, *The Contribution of the UNHCR Executive Committee to the Development of International Refugee Law*, AILJ, vol. 13, 2006, p. 97 ss.; TÜRK, *The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law*, in NICHOLSON, TWOMEY (eds.), *op. cit.*, p. 153 ss. In questo senso v. anche FARMER, *Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror measures that Threaten Refugee Protection*, GILJ, vol. 23, 2008, p. 1 ss., p. 23 ss.

²³² *Conclusion No. 15*, cit.

²³³ ExCom, *International Protection, Conclusion No. 25 (XXXIII)*, 1982; *Conclusion No. 79*, cit.

consuetudinario²³⁴, che rappresenta la “pietra angolare” del sistema di protezione internazionale²³⁵ («*cornerstone of international protection*»²³⁶). Inoltre, in tempi più recenti, a fronte della tendenza statale a comprimere e a rimodulare l’ambito applicativo dell’obbligo, in risposta alle nuove minacce internazionali alla sicurezza nazionale, l’Alto Commissario ha ribadito il valore del *non-refoulement* come «*basic and well-recognized principle of international law*»²³⁷, aggiungendo che, nella misura in cui è preposto a garantire il rispetto di norme cogenti, esso assume *per relationem* natura inderogabile²³⁸.

L’obiettivo dell’Agenzia Onu per i rifugiati di favorire il progressivo sviluppo del principio di *non-refoulement* è stato espressamente dichiarato e riconosciuto dall’Agenzia stessa, in un parere reso alla Corte costituzionale tedesca nel 1994²³⁹, in cui si legge:

«In the exercise of his supervisory function [...], the United Nations High Commissioner for Refugees has frequently been called upon to draw the attention of governments to the need to respect the principle of *non-refoulement* or to protest to governments in those cases in which the principle of *non-refoulement* has been disregarded. This action [...] has enabled the High Commissioner closely to follow the practice of Governments in regard to the application of the principle of *non-refoulement* and to contribute to the development of this principle into a rule of international customary law»²⁴⁰.

²³⁴ Note on the Principle of Non-Refoulement, cit., lett. B): «Because of its wide acceptance, it is UNHCR’s considered view, supported by jurisprudence and the work of jurists, that the principle of *non-refoulement* has become a norm of customary international law. This view is based on a consistent State practice combined with a recognition on the part of States that the principle has a normative character. As outlined above, the principle has been incorporated in international treaties adopted at the universal and regional levels to which a large number of States have now become parties. Moreover, the principle has also been systematically reaffirmed in Conclusions of the Executive Committee and in resolutions adopted by the General Assembly, thus demonstrating international consensus in this respect and providing important guidelines for the interpretation of the aforementioned provisions». V. anche *Refugee Protection: A Guide to International Refugee Law*, December 2001. Sull’importanza delle risoluzioni dell’Assemblea Generale nella formazione dell’*opinio juris* internazionale cfr. ÖBERG, *The Legal Effect of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*, *EJIL*, vol. 16, 2006, p. 879 ss.

²³⁵ Note on International Protection, 7 September 1994, A/AC.96/830, par. 15: «The provisions of the Convention remain the standard against which any measures for the protection and treatment of refugees are judged. Its most important provision, the principle of *non-refoulement* contained in Article 33, is the cornerstone of international protection».

²³⁶ Conclusion No. 42, cit.

²³⁷ Note on International Protection, 26 June 2009, cit., par. 20.

²³⁸ Sul punto si tornerà nel capitolo 4, in relazione agli sviluppi della norma nel diritto internazionale dei diritti umani.

²³⁹ UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*, 31 January 1994, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=437b6db64>].

²⁴⁰ Ivi, par. 4.

Invero, è innegabile che l'azione dell'UNHCR abbia inciso sulle modalità applicative della Convenzione di Ginevra negli ordinamenti giuridici interni degli Stati parti, che hanno di solito cooperato con l'UNHCR nell'esercizio dei propri compiti statuari²⁴¹. È altresì indubbio che tale azione abbia influenzato positivamente lo sviluppo dell'obbligo consuetudinario di *non-refoulement*. Tuttavia, nello sforzo di superare, per mezzo dell'interpretazione evolutiva della Convenzione di Ginevra, i limiti alla protezione internazionale che essa enuncia, deducendo dall'obbligo di leale collaborazione degli Stati parti con l'Alto Commissariato per i rifugiati²⁴² e dal principio di interpretazione del trattato in buona fede, obblighi giuridici non previsti²⁴³, le enunciazioni dell'UNHCR si sono spesso distaccate dal dato giuridico, perdendo autorevolezza. Inoltre, tale approccio ha favorito una ricostruzione del principio consuetudinario di *non-refoulement* in termini onnicomprensivi, attraverso la riconduzione, all'interno dell'alveo del principio di una pluralità di norme, accomunate dal fine di vietare allo Stato l'allontanamento o la consegna dello straniero se ciò comporti un rischio che questi subisca una violazione grave dei propri diritti fondamentali.

Il problema, sotteso a questa ricostruzione del "principio" di *non-refoulement*, è che essa attinge liberamente alla prassi internazionale sul divieto di

²⁴¹ LEWIS, *UNHCR and International Refugee Law: From Treaties to Innovation*, New York, 2012.

²⁴² Si noti che la Corte internazionale di giustizia, nel parere su *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 16, ha riconosciuto, sebbene in un *obiter dictum*, che dal combinato disposto degli articoli 55 e 56 della Carta Onu discenda l'obbligo in capo agli Stati membri di rispettare i diritti umani, tuttavia da tale obbligo non può dedursi che uno Stato possa essere chiamato a rispondere di ogni singola violazione dei diritti umani ad esso imputabile, qualora non abbia ratificato un trattato che lo obbliga in tal senso. Come sostenuto da Ramcharan: «*There can be little doubt that the United Nations is competent to act for the protection of human rights, particularly in situations where there exists a consistent pattern of gross violations of human rights and fundamental freedoms [...] While it may be doubtful whether States can be called to account for every alleged infringement of the rather general Charter provisions, there can be little doubt that responsibility exists under the Charter for any substantial infringement of the provisions, especially when a class of persons, or a pattern of activity, are involved*». Cfr. ID., *The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1989, p. 27, par. 570, cit. anche in WARBRICK, LOWE (eds.), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst*, London, 2002, pp. 103-104.

²⁴³ HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., p. 506, nota 21; p. 509 e pp. 511-512. ICJ, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua c. Honduras)*, sent. 20 dicembre 1988, ICJ Reports 1988, p. 69 ss., par. 94 in cui la Corte afferma che sebbene il principio di buona fede sia «*one of the most basic principles governing the creation and performance of legal obligations [...] it is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist*»; tale affermazione è ribadita in *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon c. Nigeria)*, sent. 11 giugno 1998, ICJ Reports 1998, p. 275 ss., par. 39.

allontanamento degli stranieri a rischio tortura e maltrattamento per ricondurre, entro l'ambito di applicazione del principio di *non-refoulement*, tutti i casi in cui vi sia un rischio di lesione del diritto alla vita, all'integrità fisica, alla libertà, come pure quelli in cui sussista un rischio di sottoposizione a tortura e maltrattamenti o ad altre gravi violazioni dei diritti umani fondamentali²⁴⁴. In altri termini, tale approccio onnicomprensivo presuppone l'assimilabilità *sic et simpliciter* dei presupposti, del grado e del tipo di tutela contro il *refoulement* che discende dal diritto dei rifugiati e dal diritto internazionale dei diritti umani.

Per capire la tecnica utilizzata dall'UNHCR, riprendiamo, ad esempio, la giustificazione dell'applicazione extraterritoriale del *non-refoulement* proposta dall'Agenzia. Come si è detto, l'estensione dell'obbligo, in tal caso, è stata dedotta, per analogia, dalla prassi degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani in materia di interpretazione e limiti della *jurisdiction*, in base alla constatazione della "*similar nature of the obligations and the object and purpose of the treaties which form their legal basis*"²⁴⁵. Appare chiaro, quindi, come tale approccio sottovaluti le conseguenze giuridiche del fatto che, nel diritto dei rifugiati, il divieto è collegato a un rischio persecutorio, qualificato in base a delle determinanti specifiche e corredato da eccezioni, mentre nel diritto internazionale dei diritti umani, il divieto è ricostruito come garanzia rafforzata del divieto generale e inderogabile di "tortura e maltrattamenti".

Invero, la norma contenuta all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra è una norma geneticamente "autolimitata", nel senso che prevede espressamente eccezioni, al par. 2 dell'articolo richiamato, mentre, come noto, il divieto di tortura è un imperativo assoluto e categorico che, per dirsi osservato, presuppone l'esatta esecuzione di quanto la regola prescrive, senza possibilità di bilanciamento o contemperamento con altri principi o diritti²⁴⁶. Quindi, se nel "principio" di *non-refoulement* si fanno confluire entrambe queste norme, dovrebbe concludersi che soltanto il par. 1 dell'articolo 33 si sia evoluto in una norma di carattere generale e che il par. 2 sia caduto in desuetudine. Tale soluzione potrebbe anche ritenersi supportata dalla disamina della prassi, in cui il richiamo all'eccezione di cui all'articolo 33, par. 2 è invero raro²⁴⁷; tuttavia il

²⁴⁴ Cfr. *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/1066, cit., par. 20

²⁴⁵ V. *supra*, par. 8.

²⁴⁶ ALEX, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, *Ars Interpretandi*, 2005, p. 97 ss.

²⁴⁷ Per una disamina di tale prassi, cfr. STENBERG, *op. cit.*, pp. 221-244; MOHAMMED, *Exclusion in International Refugee Law: 20th Century Principles for 21st Century Practice?*, accessibile online: [<http://www.carfms.org/sites/default/files/Mohammed.ExclusionRefugeeLaw.doc.pdf>].

dato che emerge da questa prassi non implica che il par. 2 dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra abbia cessato di produrre effetti giuridici vincolanti in capo agli Stati parti del trattato, tanto più che siffatti Stati non hanno manifestato una chiara *opinio juris* in tal senso.

Altra ipotesi, invero prospettata da autorevole dottrina, potrebbe essere quella di "conservare" le eccezioni classiche legate alla sicurezza nazionale all'interno del "principio" di *non-refoulement*, confinandole alle ipotesi in cui il rischio di persecuzione non raggiunga una soglia talmente elevata da essere equiparabile al rischio di tortura o di trattamenti crudeli, inumani e degradanti²⁴⁸. Tuttavia, *omnis definitio periculosa est* e, infatti, tale formulazione rischia di condurre due passi indietro nella tutela delle potenziali vittime di persecuzione, in quanto libera l'eccezione dai vincoli stringenti cui essa è soggetta nella Convenzione di Ginevra²⁴⁹, senza peraltro individuare la soglia di rischio necessaria affinché essa sia bloccata dal divieto di tortura.

Quindi, pur avendo il merito di mettere in luce le sovrapposizioni e le interconnessioni esistenti tra i diversi regimi in cui rileva il divieto di *refoulement*²⁵⁰, quest'approccio, per così dire "olistico", lascia impregiudicati numerosi problemi che derivano dalla circostanza che, al di là dell'assimilabilità dell'istanza sottesa a tutte le norme confluite nel "principio" di *non-refoulement*, esse divergono per struttura normativa e funzione assoluta. Inoltre, operando in contesti giuridici distinti, hanno prodotto una prassi largamente divergente quanto a caratteristiche logico-giuridiche, grado ed effettività della protezione, anche e soprattutto in relazione all'idoneità del divieto di *refoulement* ad essere esigibile e a formare oggetto di aspettative di giustiziabilità²⁵¹.

²⁴⁸ LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, cit., pp. 163-164.

²⁴⁹ MESSINEO, *op. cit.*, p. 151.

²⁵⁰ LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, cit., p. 106.

²⁵¹ In questo senso v. HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., spec. a p. 510 dove l'A. afferma: «*The incongruity of the claim arises from the fact that non-refoulement is merely a means to a protection end. The means itself can only be the subject of general acceptance within a particular context. That is, the assertion that all states accept the duty of protection against refoulement assumes some agreement about the circumstances in which the duty is owed. Yet there is no such agreement, since the evidence of opinio juris relied upon by Lauterpacht and Bethlehem sometimes relates to persons who have a well-founded fear of being persecuted; in other cases, to persons at risk of torture; and in still other circumstances, to persons at risk of other forms of human rights abuse. [...] There is, in short, no common acceptance of the duty of non-refoulement related to any particular class of persons or type of risk, much less to their combined beneficiary class*».

Né a ciò può rimediarsi facendo appello al valore cogente del principio di *non-refoulement* in un'ottica progressiva²⁵². Anzi, il tentativo di "puntellare" l'approccio olistico all'analisi degli sviluppi che hanno interessato il divieto di respingimento nel diritto dei rifugiati con l'affermazione della natura inderogabile del divieto finisce per introdurre un ulteriore elemento di complessità, senza peraltro chiarire le conseguenze della ricostruzione del valore imperativo del *non-refoulement* in un'ottica di avanzamento della protezione delle *displaced persons*, ossia nell'ottica in cui si pone l'Alto Commissariato.

Ancora una volta, la questione lasciata aperta riguarda la determinazione dell'esatto contenuto tutelare e di garanzia del principio, operazione che riveste una non secondaria importanza pratica, in quanto, pur promettente in un'ottica progressiva²⁵³, la formulazione onnicomprensiva cara all'UNHCR può indurre l'interprete in errore circa l'estensione e i limiti della protezione da riconoscere nel caso di specie²⁵⁴. Inoltre, l'assenza di un'interpretazione unitaria, se non

²⁵² In tal senso: ALLAIN, *op. cit.*; CANÇADO TRINDADE, *Aproximaciones y convergencias revisitadas*, cit., p. 184: «En efecto, el ámbito de aplicación del principio del non-refoulement se ha ampliado, tanto *ratione personae* cuanto *ratione materiae*, sobre todo a partir de los años ochenta, bajo los tratados de derechos humanos, en benefi cio, además de los refugiados, a los extranjeros en general, y, en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un Estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva) [...]. Considerando que ya se ha conformado en nuestros días un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias[...], y que el principio del non-refoulement, con el aporte que le ha sido dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pretende precisamente evitar el simple riesgo de someter a alguien a tortura (y a tratos crueles, deshumanos o degradantes), cuya prohibición es absoluta, - ya no hay cómo dudar, en mi entender, que el principio del non-refoulement recae en el dominio del *jus cogens*. El carácter de *jus cogens* del non-refoulement ubica a este último por encima de las consideraciones políticas tanto de los Estados como de los órganos políticos de organizaciones internacionales [...]; de ese modo, también llama la atención para la importancia del acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional». *Contra v. DUFFY, Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, IJRL, vol. 20, 2008, p. 373 ss.

²⁵³ Come noto, il c.d. "diritto morbido" non è fonte di obblighi internazionali, ma ha acquisito un importante rilievo nella rilevazione delle norme consuetudinarie. Non diversamente dagli accordi di codificazione, infatti, è ben possibile che le norme contenute in un atto di *soft law* codifichino il diritto internazionale generale esistente o cristallizzino norme in via di formazione. Sull'importanza del diritto morbido nell'evoluzione del regime giuridico dei rifugiati cfr. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, ICLQ, vol. 38, 1989, p. 850 ss.; BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, ICLQ, vol. 48, 1999, p. 901 ss.; TUNKIN, *The Role of Resolutions of International Organisations in Creating Norms of International Law*, in BUTLER (ed.), *International law and the International System*, Dordrecht, 1987, p. 5 ss., p. 7.

²⁵⁴ In questo senso v. CHETAIL, *Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants*, RBDI, vol. 1, 2004, p. 155 ss., p. 194 ss. V. anche MESSINEO, *op. cit.*, p. 141: «human rights provisions are designed to benefit every human

univoca (ossia ancorata a una precisa prassi giurisprudenziale), dei criteri di eleggibilità alla protezione, come la “persecuzione” o il “trattamento degradante”, finisce per lasciare, alle autorità nazionali competenti in materia migratoria, un ampio margine di discrezionalità, alimentando altresì l’idea che il contenuto e la portata del principio di *non-refoulement* siano, allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale, indeterminati e che l’aulico richiamo al rispetto del “principio” da parte degli Stati sia strumentale a legittimare l’adozione di politiche restrittive in materia di immigrazione e asilo, più che una manifestazione dell’*opinio juris* internazionale.

In questo modo, finisce per passare in secondo piano il vero dato giuridico, rappresentato dall’emersione di una norma di diritto internazionale generale il cui contenuto è largamente assimilabile a quello della norma pattizia accolta nell’articolo 33, par. 1 della Convenzione del 1951²⁵⁵.

13. Il divieto consuetudinario di refoulement a rischio persecuzione.

Da quanto sinora detto, emerge come l’apporto dell’UNHCR all’evoluzione della norma che vieta il *refoulement* abbia riguardato tanto l’ampliamento del contenuto della protezione contro il respingimento quanto il rafforzamento dell’*opinio juris* sulla natura consuetudinaria della norma. Non può negarsi, infatti, che gli sforzi dell’UNHCR abbiano inciso sulla formazione di una norma consuetudinaria che vieta il *refoulement*, ribaltando quanto sostenuto ormai quasi trent’anni fa in un celeberrimo scritto, divenuto il simbolo della *querelle* sulla natura del divieto di *refoulement*, in cui si leggeva:

«The point at which the UNHCR’s view of *non-refoulement* diverges from state practice is the point at which wishful legal thinking replaced careful factual and legal analysis. The requirements for the existence of customary international law – consistent state practice and *opinio juris* – simply are not met»²⁵⁶.

Si deve, tuttavia, precisare che la norma consuetudinaria a cui si fa riferimento non è l’onnicomprendivo “principio” di *non-refoulement*, di cui si è parlato nel paragrafo che precede, quanto piuttosto il divieto di respingimento

being at risk of torture or ill-treatment, not just refugees. The risk of casing them as complementary forms of refugee protection is that this vital distinction might be lost».

²⁵⁵ V. *supra*, par. 6.

²⁵⁶ HAILBRONNER, *Non-Refoulement and ‘Humanitarian’ Refugees*, cit., p. 872.

a rischio persecuzione. Invero, sebbene vi sia ancora una parte, tanto autorevole quanto minoritaria, della dottrina che nega siffatti sviluppi²⁵⁷, l'esistenza di una norma consuetudinaria che vieta il *refoulement* in presenza di una minaccia qualificata all'integrità fisica e psichica dello straniero, a partire dall'obbligo pattizio contenuto nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra²⁵⁸, è, al momento in cui si scrive, difficilmente confutabile²⁵⁹.

In astratto, la struttura dell'obbligo convenzionale di *non-refoulement* appare soddisfare i requisiti dettati dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *North Sea Continental Shelf Cases* per l'individuazione delle "norm-creating provisions"²⁶⁰, data la sua funzione cardinale e imprescindibile nel sistema di Ginevra, la chiarezza del suo contenuto normativo (perlomeno di quello meramente negativo), e la circostanza che all'articolo 33 non possano essere apposte riserve dagli Stati parti²⁶¹.

In concreto, si è visto nelle pagine che precedono come l'obbligo di *non-refoulement* sia stato sistematicamente riprodotto negli strumenti internazionali successivi alla Convenzione di Ginevra. Inoltre, la natura consuetudinaria

²⁵⁷ HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, cit., p. 364; ID., *Leveraging Asylum*, cit., p. 510. V. anche COLEMAN, *Non-Refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, EJML, vol. 5, 2003, p. 23 ss.

²⁵⁸ Come noto, tale modalità di creazione delle norme di diritto internazionale generale è stata espressamente riconosciuta dalla Corte internazionale di giustizia nella decisione del caso *North Sea Continental Shelf Cases (Repubblica federale di Germania c. Olanda e Danimarca)*, sent. 20 febbraio 1969, ICJ Reports 1969, p. 3 ss., al par. 71, dove si legge: «*There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed*».

²⁵⁹ In questo senso, v. VILLANI, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, cit., p. 277, dove l'A. sostiene che la Convenzione di Ginevra «*pur non attribuendo ai rifugiati un diritto a ricevere asilo in un altro Stato (né un corrispondente obbligo di ammissione per gli Stati parti), pone tuttavia un divieto, questo rigorosamente obbligatorio e ampiamente ritenuto conforme a una norma di diritto internazionale generale, di espellere o respingere in alcun modo un rifugiato verso le frontiere dei luoghi dove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o delle sue opinioni politiche*». Analogamente, MESSINEO, *op. cit.*, p. 145 ss., spec. p. 145, dove l'Autore afferma che «*Arguments against the customary international law nature of non-refoulement of refugees seem slightly anachronistic*».

²⁶⁰ Come noto, al fine di individuare, in astratto, una "norm-creating provision", ossia una norma che «*has constituted the foundation of, or has generated a rule which, while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general corpus of international law, and is now accepted as such by the opinio juris, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention*», la Corte internazionale di giustizia ritenne, in quel caso, necessario che l'obbligo pattizio fosse un obbligo "primario" (la cui applicazione non fosse subordinata all'impossibilità di ricorrere a un'altra norma del trattato per regolare la medesima fattispecie), che il suo contenuto e la sua portata non fossero incerti e che a tale obbligo non potessero apporsi riserve (v. *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., parr. 71-72).

²⁶¹ V. art. 42 della Convenzione di Ginevra. In argomento, GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 345 ss.

dell'obbligo è stata sempre più spesso invocata dagli Stati e ben poche sono le voci che si distaccano dal coro degli attori internazionali che riconoscono apertamente lo sviluppo di una "pratica generale accettata come diritto"²⁶² a partire dalla norma contenuta nell'articolo 33 della Convenzione del 1951. Oltre agli Stati parti del trattato che, come si è detto, lo hanno solennemente affermato nel 2001²⁶³, le posizioni dell'UNHCR e dell'ExCom hanno trovato riscontro in numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, in cui si condanna «*the widespread violation of the principle of non-refoulement and of the rights of refugees, in some cases resulting in loss of refugee lives*» e si afferma che «*the principle of non-refoulement is not subject to derogation*»²⁶⁴.

Per quanto atti di *soft law*²⁶⁵, siffatte risoluzioni sono una manifestazione non trascurabile dell'*opinio juris* internazionale²⁶⁶, tanto più che esse sono state spesso adottate all'unanimità e che riflettono in larga misura le conclusioni dell'ExCom, organo a composizione intergovernativa, di cui fanno parte i rappresentanti di quegli Stati che vantano «*a demonstrated interest in, and devotion to, the solution of the refugee problem*»²⁶⁷ e che, per questo, possono essere considerati alla stregua di "*specially affected States*"²⁶⁸ ai sensi della

²⁶² Il richiamo è, ovviamente, all'articolo 38, lett. b) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945, 59 Stat. 1055, 33 UNTS 993).

²⁶³ V. *supra*, par. 2, nota 30 e cap. 2, nota 7. Invero, è stato autorevolmente sostenuto che la prassi degli Stati parti di trattati multilaterali in relazione al rispetto di norme ivi contenute, che si sono, poi, cristallizzate nel diritto internazionale generale, non possa rilevare ai fini dell'emersione della consuetudine. V. BAXTER, *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*, BYIL, 1965-1966, p. 275 ss.

²⁶⁴ V. UN Doc. A/RES/52/132, 12 December 1997, par. 12. Per la prassi precedente, v. anche UN Docs. A/RES/35/41, 25 November 1980, par. 7; A/RES/37/195, 18 December 1982, par. 3; A/RES/42/109, 7 December 1987, par. 2; A/RES/43/117, 8 December 1988, par. 3; A/RES/51/75, 12 December 1996, par. 6. Per quella successiva v. da ultimo A/RES/65/193, 10 February 2011, par. 18.

²⁶⁵ Sul valore delle risoluzioni dell'Assemblea Generale nella formazione della consuetudine internazionale v. HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., p. 523: «*First, the fact that the General Assembly is explicitly denied the right to engage in general lawmaking activities should give pause before attributing special lawmaking force to its resolutions. Second, it seems contradictory to argue that governments have effectively consented to use of the General Assembly as a lawmaking forum in order to overcome the (presumably overly demanding) procedural requirements of lawmaking by treaty when those same governments have declined either to amend the rules of treaty-making or the Charter to provide for the speedy process Schachter assumes they want. And finally, where precisely is the evidence that states, rather than scholars, want a speedy, less formal lawmaking process?*».

²⁶⁶ CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2^a ed., Oxford, 2006, p. 114.

²⁶⁷ ECOSOC, UN Doc. E/RES/672 (XXV), cons. 2.

²⁶⁸ In tal senso, LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, cit., p. 148: «*With a membership of fifty-seven states having a declared interest in the area [of refugee protection], Conclusions of the Executive Committee can, in our view, be taken as expressions of opinion which are broadly representative of the views of the international community. This is particularly the case as participation in meetings of the Executive Committee is not limited to, and typically exceeds, its membership*».

giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in materia di emersione della consuetudine internazionale²⁶⁹.

Peraltro, è innegabile che, nella ricostruzione della natura della norma *de qua*, all'*opinio juris* degli Stati "particolarmente affetti" dal problema dei rifugiati sia stata attribuita peculiare enfasi proprio per sopperire all'assenza di una prassi univoca o universale a sostegno della tesi dello sviluppo di una norma consuetudinaria sul *non-refoulement* a rischio persecuzione²⁷⁰. È appunto sull'assenza di universalità in tale prassi che fanno leva le tesi che negano siffatto sviluppo. D'altra parte, è da questo dato incontrovertibile che si è partiti nell'analisi svolta nel presente capitolo, parlando del fallimento della Conferenza delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale²⁷¹.

Tuttavia, è altrettanto vero che, almeno a partire dagli anni Ottanta, si sono moltiplicati, divenendo largamente maggioritari, i casi in cui alla violazione materiale dell'obbligo, anche da parte di Stati terzi a strumenti pattizi che lo prevedevano, faceva seguito una "giustificazione" basata su una particolare interpretazione dello stesso o sulla negazione della presunta violazione²⁷², sicché tali casi non possono essere propriamente adottati per negare la formazione di una consuetudine che vieta il respingimento a rischio persecuzione²⁷³. Né può ritenersi che l'emersione della consuetudine

²⁶⁹ ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 43, par. 73, dove la Corte sottolinea l'importanza della prassi degli Stati "maggiormente toccati" nella formazione della consuetudine: «*With respect to the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected*». Analogamente v. ICJ, *Fisheries Case*, (Regno Unito c. Norvegia), sent. 18 dicembre 1951, ICJ Reports 1951, p. 116 ss., p. 138; *Asylum Case*, cit., pp. 276-277. In argomento, DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^a ed., Paris, 1970; LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, 1982, p. 368; HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005.

²⁷⁰ Così, MESSINEO, *op.cit.*, p. 146.

²⁷¹ V. *supra*, par. 1.

²⁷² La prassi relativa è dettagliatamente esaminata in PERLUSS, HARTMAN, *Temporary Refuge: Emergence of a Customary International Norm*, VJIL, vol. 26, 1986, p. 551 ss., cit. anche in GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 347, nota 428. Per la prassi più recente v. WORSTER, *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law*, cit., p. 107 ss., spec. pp. 120-127.

²⁷³ Come noto, tale principio è stato affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, sent. 27 giugno 1986, ICJ Report 1986, p. 14 ss., parr. 184-186, spec. par. 186, dove si conclude: «*If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule*». Per una lettura restrittiva di tale principio, in base alla quale esso troverebbe applicazione in relazione alle norme consuetudinarie già consolidate v. HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, cit., p.

internazionale presupponga l'esistenza di una prassi totalmente concorde e convergente, essendo invero sufficiente che essa sia "generale"²⁷⁴, cosa che può difficilmente negarsi nell'attuale fase di sviluppo del diritto internazionale²⁷⁵. Lo stesso Relatore speciale in materia di espulsione degli stranieri, Maurice Kamto, ha riconosciuto la natura generale dell'obbligo, sostenendo che «[t]he arguments drawn from universal instruments and convergent regional rights offer a sufficient basis for codifying [the obligation to ensure respect for the right to life and personal liberty in the receiving State of persons who have been or are being expelled] in the context of the law on the expulsion of aliens»²⁷⁶.

Quest'ultima affermazione rafforza la tesi che l'obbligo consuetudinario di *non-refoulement* a rischio persecuzione sia oramai *lex lata*, per cui la prassi statale in violazione dello stesso non possa in ogni caso essere adottata per sostenere la mancata formazione della norma di diritto internazionale generale, rimanendo una mera violazione di una norma consuetudinaria pienamente operativa. In quest'ottica, dunque, andrebbero letti i tentativi volti a revocare in dubbio la natura generale del *non-refoulement* a rischio persecuzione o a depotenziare l'obbligatorietà dello stesso per fare fronte alle sfide del *forced displacement* del XXI secolo²⁷⁷.

364, lettura peraltro abbandonata nel successivo *Leveraging Asylum*, cit., p. 519 ss., come notato anche da MESSINEO, *op. cit.*, pp. 147-148.

²⁷⁴ In tal senso ancora ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, cit., par. 186: «The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule».

²⁷⁵ Si rimanda ai *Country Data Sheets* dell'UNHCR, consultabili online all'indirizzo: [<http://www.unhcr.org/>].

²⁷⁶ ILC, *Expulsion of Aliens. Draft Articles on Protection of the Human Rights of Persons Who Have Been or Are Being Expelled, As Restructured*, cit., nota 8, punto 1.

²⁷⁷ Si veda, ad es., A/RES/65/194, 28 February 2011, par. 4, dove l'Assemblea Generale, dopo aver riconosciuto l'importanza cardinale del divieto di respingimento, aggiunge che gli Stati non parti di strumenti pattizi che vietano il *refoulement* hanno mostrato un «generous approach to hosting refugees», espressione che pare voler "rimestare" le acque del dibattito attorno alla natura del *refoulement*, suggerendo che tale "generous approach" sia più l'espressione di usi e pratiche di ospitalità su base umanitaria che di un obbligo di diritto internazionale generale.

PARTE SECONDA

*Il divieto di respingimento nell'ambito dei diritti umani,
del diritto umanitario e della cooperazione giudiziaria
in materia penale*

CAPITOLO IV

PROTEZIONE COMPLEMENTARE E ALTRI AMBITI DI RILEVANZA DEL DIVIETO DI RESPINGIMENTO

*Der Pass ist der edelste Teil von einem Menschen.
Er kommt auch nicht auf so einfache Weise zustand
wie ein Mensch.
Ein Mensch kann überall zustandkommen, auf die
leichtsinnigste Art und ohne gescheiterten Grund, aber
ein Pass niemals.
Dafür wird er auch anerkannt, wenn er gut ist,
während ein Mensch noch so gut sein kann und doch
nicht anerkannt wird.*

Bertolt Brecht,
Flüchtlingsgespräche, 1940.

SOMMARIO: 1. Il divieto di respingimento al di fuori del regime giuridico dei rifugiati. - 2. Lo sviluppo della protezione complementare. - 3. L'articolo 3 della Convenzione contro la tortura e l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra a confronto. - 4. Il divieto di respingimento quale corollario del divieto di tortura: rilievi sulla prassi del Comitato contro la tortura. - 5. Il divieto di respingimento come alfiere dei diritti umani fondamentali nella prassi del Comitato dei diritti umani. - 6. L'impatto degli sviluppi normativi in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'estraddando sulle cause di rifiuto dell'estraddizione. - 7. Il principio di *non-refoulement* come ago della bilancia tra le esigenze della giustizia penale internazionale e quelle della tutela dei diritti umani. - 8. Il divieto di trasferimento coatto delle "persone protette" nel diritto umanitario: la prassi del Comitato internazionale della Croce Rossa. - 9. Il contributo del Comitato dei diritti del fanciullo e del Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale. - 10. La natura del divieto di allontanamento dello straniero a rischio di violazione del divieto di tortura e maltrattamenti. - 11. I riflessi della cogenza del divieto di tortura sull'interdizione dal respingimento. - 12. La responsabilità collettiva della comunità internazionale per la violazione diretta e indiretta del divieto di tortura. - 13. Il divieto di respingimento come "concetto aperto".

1. Il divieto di respingimento al di fuori del regime giuridico dei rifugiati.

Nel diritto internazionale contemporaneo il regime di protezione dei rifugiati, sviluppatosi a partire dalla Convenzione di Ginevra del 1951, non opera in modo isolato al fine di assicurare il rispetto dei diritti delle persone bisognose di protezione internazionale.

Infatti, accanto alla rimodulazione in via ermeneutica degli obblighi in materia di rifugiati assunti dagli Stati parti della Convenzione di Ginevra, di cui si è parlato nei capitoli che precedono, si è assistito allo sviluppo di forme di protezione del rifugiato in quanto persona, in base agli *standard* internazionali e nazionali in materia di diritti umani, o in particolari contesti, come quello dei conflitti armati o della cooperazione giudiziaria in materia penale. Nell'attuale stadio di sviluppo del diritto internazionale, quindi, il *refoulement* è vietato – espressamente o in via interpretativa – in una pluralità di strumenti di diritto internazionale pattizio, tanto a livello universale, quanto regionale.

Il principale ambito in cui la norma rileva è quello dei diritti umani¹, in cui il divieto di *refoulement* svolge una funzione di protezione degli stranieri cui non può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra² (ad esempio perché esclusi dalla definizione convenzionale, o in applicazione delle clausole eccezionali) che nondimeno rischiano di subire una violazione dei propri diritti fondamentali nel Paese di origine³. Inoltre, esso svolge un'importante funzione nel diritto umanitario⁴ e nelle forme di cooperazione giudiziaria in materia penale⁵.

Il diritto dei rifugiati è, quindi, inserito in un più ampio mosaico, costituito da regimi differenti che convivono e si integrano a vicenda. Come riconosciuto dal *Rapporteur* speciale Kamto in materia di espulsione degli stranieri:

«the principle of non-refoulement has passed beyond the bounds of international refugee law and has become part of international humanitarian law (see article 45 of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949); it is also deemed to be an integral part of international human rights protection. [...] That provision has been taken up, with differences or

¹ V. *infra*, cap. 5.

² È appena il caso di sottolineare che soltanto agli individui che si rivolgono alle autorità di uno Stato parte della Convenzione di Ginevra possono vedersi riconoscere lo *status* di rifugiato, non potendosi attribuire al contenuto della protezione che ne deriva valore consuetudinario. Così, HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., pp. 531-534.

³ GIL-BAZO, *La protección internacional del derecho del refugiado a recibir asilo en el Derecho internacional de los derechos humanos*, in MARIÑO MENÉNDEZ (dir.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, 2° ed., 2003, p.681 ss., pp. 691-692: «En el contexto de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos, si bien no existe una definición explícita del término refugiado, los órganos de control han desarrollado una jurisprudencia que protege a los extranjeros en ciertas situaciones con respecto a las medidas relativas a su entrada o salida del territorio de un Estado parte, creando de este modo una categoría de “personas protegidas”. Así, frente al concepto de refugiado en virtud del Derecho Internacional de Refugiados, estas categorías de extranjeros “inexpulsables” o frente a los cuales los Estados tienen obligaciones de admisión, recibirán también la denominación de “refugiados” en sentido amplio, o en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos».

⁴ V. *infra*, par. 8.

⁵ V. *infra*, par. 6.

nuances of formulation, in a variety of international human rights instruments both universal and regional (article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights; article 2, paragraph 1, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights); article 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights; see also the Arab Charter on Human Rights)»⁶.

Alla luce degli sviluppi normativi successivi discende che il divieto di respingimento non possa essere considerato come una fonte di diritto internazionale settoriale⁷, dovendosi riconoscere la feconda interazione esistente tra la norma contenuta all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra e il divieto di allontanamento degli stranieri a rischio, codificato "*with differences or nuances of formulation*" nel diritto umanitario, nei trattati di estradizione e nel diritto internazionale dei diritti umani.

2. Lo sviluppo della protezione complementare.

Come si è avuto modo di mettere in evidenza nella ricostruzione operata nei capitoli precedenti, la *ratio* umanitaria sottesa all'istituzione del regime internazionale di protezione dei rifugiati basato sulla Convenzione di Ginevra del 1951⁸ funge da naturale *trait d'union* tra i diversi ambiti normativi

⁶ ILC, *Expulsion of Aliens. Draft Articles on Protection of the Human Rights of Persons Who Have Been or Are Being Expelled, As Restructured by the Special Rapporteur*, cit., nota 8, punto 1.

⁷ Invero, interpretare un trattato ai sensi della Convenzione di Vienna comporta anche una operazione di contestualizzazione dello stesso nella sistematica dei successivi accordi stipulati dagli Stati parti in relazione alla medesima materia. In argomento, CLARK, CRÉPEAU, *Mainstreaming Refugee Rights. The 1951 Refugee Convention and International Human Rights Law*, NQHR, vol. 17, 1999, p. 389 ss.

⁸ Come si è già sottolineato nella prima parte del lavoro, siffatta *ratio* umanitaria emerge tanto dalla lettera della Convenzione di Ginevra del 1951, quanto dall'oggetto e dallo scopo del trattato stesso. Per dirla con Lauterpacht e Bethlehem: «[T]he 1951 Convention is of an avowedly humanitarian character. This emerges clearly from the preambular paragraphs [...] which notes the profound concern expressed by the United Nations for refugees and the objective of assuring to refugees the widest possible exercise of the fundamental rights and freedoms referred to in the 1948 Universal Declaration of Human Rights». V. ID., *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, cit., p. 106, par. 46. Quanto all'oggetto e lo scopo della Convenzione, molteplici sono i fattori che concorrono ad evidenziare la natura intrinsecamente umanitaria della Convenzione del 1951, che rappresenta un elemento distintivo del regime giuridico da essa derivante rispetto ai precedenti tentativi di regolare la questione del trattamento internazionale dei rifugiati. Ad esempio, obiettivi di natura umanitaria sono alla base dell'obbligo di leale cooperazione tra gli Stati nella gestione del problema dei rifugiati, contenuto nel testo convenzionale al quarto considerando del Preambolo: «Considering that the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries, and that a satisfactory solution of a problem of which the United Nations has

internazionali in cui è codificata una norma che vieta il respingimento dello straniero in presenza di un rischio di violazione dei diritti fondamentali nel luogo di destinazione.

Invero, in quanto basato sul riconoscimento di uno *status* di protezione internazionale agli stranieri che siano vittime di “persecuzione”, il sistema di Ginevra presentava *in nuce* le caratteristiche per diventare un potente strumento al servizio dei diritti dell’uomo⁹, *in primis* del diritto alla vita e all’integrità fisica¹⁰. Il rapporto tra diritto dei rifugiati e diritti umani si è andato approfondendo a mano a mano che si espandeva il *corpus iuris* dei diritti umani e la necessità di garantire il rispetto di questi diritti diventava prioritaria nell’agenda internazionale¹¹.

Da tali premesse non può, tuttavia, dedursi che, attraverso l’interpretazione analogica dell’obbligo di *non-refoulement* accolto nella Convenzione di Ginevra, lo *status* di rifugiato possa essere riconosciuto a chiunque benefici del divieto di respingimento ai sensi di uno qualsiasi dei trattati universali o regionali sulla tutela dei diritti umani¹². Altrimenti detto:

recognized the international scope and nature cannot therefore be achieved without international co-operation».

⁹ In questo senso, LENZERINI, *op. cit.*, p. 321.

¹⁰ D’altra parte, d’un canto, l’articolo 1 della Convenzione individua il contenuto del termine persecuzione, qualificandolo in modo preciso in relazione alla razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale e opinione politica della vittima, nonché all’intensità della minaccia alla vita, all’integrità fisica o alla libertà; dall’altro, lascia spazio all’esercizio ermeneutico successivo quanto al significato precipuo dei diversi moventi dell’atto persecutorio, consentendo un allargamento delle maglie della protezione internazionale. Come si è visto nel capitolo che precede, a partire da queste premesse, la tutela internazionale arriva, ad esempio, a coprire situazioni in cui si verifica “*un’aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell’ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese d’origine o di cittadinanza*”, indicate nella Convenzione OUA oppure la “*violazione massiccia dei diritti dell’uomo*”, prevista dalla Dichiarazione di Cartagena del 1984.

¹¹ In argomento, BUERGENTHAL, *The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights*, HRQ, vol. 19, 1997, p. 703 ss.

¹² Sulla problematicità di questa deduzione (che sottende l’elaborazione ermeneutica dell’UNHCR in relazione al rapporto tra obbligo di *non-refoulement* ex articolo 33 della Convenzione di Ginevra e divieto di allontanamento degli stranieri a rischio tortura nei trattati sui diritti umani), si è già detto nel capitolo che precede, al par. 12. Volendo qui ricordare l’argomentazione dell’UNHCR, si veda *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement*, cit., parr. 34-35: «[I]t is also necessary to have regard to developments in related areas of international law when interpreting the territorial scope of Article 33(1) of the 1951 Convention. International refugee law and international human rights law are complementary and mutually reinforcing legal regimes. [...] It follows that Article 33(1), which embodies the humanitarian essence of the 1951 Convention and safeguards fundamental rights of refugees, must be interpreted in a manner which is consistent with developments in international human rights law». In argomento, SPIJKERBOER, *Subsidiarity in Asylum Law. The Personal Scope of International Protection*, in BOUTEILLET-PAQUET (ed.) *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Bruxelles, 2002, p. 19 ss., pp. 28-29.

«[T]he 1951 Convention provides for a status for persons in international law and for exclusion of persons from that status. It is not a human rights regime for all persons forcibly displaced across an international border. Instead, it protects those falling within the definition of a refugee, and that definition has an exclusion clause for those not worthy of protection (see article 1 F and 33.2 of the Refugee Convention)»¹³.

Ovviamente, ciò non significa che tutti coloro che fuggono da un rischio di violazione grave dei propri diritti umani fondamentali, che si tratti di rischio persecutorio legato alla razza, alla religione, all'appartenenza a un gruppo, o più in generale di maltrattamento e tortura, non possano essere definiti in senso atecnico "rifugiati"¹⁴. Piuttosto, tale precisazione serve a ricordare quanto già in precedenza sottolineato, vale a dire che la Convenzione di Ginevra non è un trattato sul *non-refoulement*, bensì il *non-refoulement* è uno dei benefici collegati all'accertamento della qualità di rifugiato ai sensi del trattato stesso¹⁵.

Ciò è confermato da una delle raccomandazioni finali annesse al testo definitivo della Convenzione del 1951, in cui si legge:

«The Conference expresses the hope that the Convention relating to the Status of Refugees will have value as an example exceeding its contractual scope and that all nations will be guided by it in granting so far as possible to persons in their territory as refugees and who would not be covered by the terms of the Convention, the treatment for which it provides»¹⁶.

Attraverso tale affermazione, la Conferenza che ha negoziato il trattato sui rifugiati del 1951 incoraggiava gli Stati parti a riconoscere, a coloro che non rientrassero nella definizione di rifugiato contenuta all'articolo 1, lett. (A) dello stesso, forme di protezione extra convenzionali, che non fossero mosse da

¹³ DE WET, VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford, 2012, p. 10.

¹⁴ In tal senso, GOODWIN-GILL, *Asylum: The Law and Politics of Change*, IJRL, vol. 7, 1995, p. 1 ss., p. 1: «The refugee in this broader sense includes not only those who have a well founded fear of persecution, but also those who have a substantial risk to be subjected to torture or to a serious harm if they are returned to their country of origin, for reasons that include war, violence, conflict and massive violations of human rights».

¹⁵ V. *supra*, cap. 2.

¹⁶ *Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Recommendation E*, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c2aa10.pdf>]. V. anche la dichiarazione, resa per consensus durante la Conferenza sull'Asilo territoriale, circa l'esigenza di ampliare la definizione convenzionale di rifugiato su cui, *infra*, cap. 3. V. UNHCR, *Proposed measures to extend the personal scope of the Convention*, cit., par. 2.

motivazioni pratiche o compassionevoli¹⁷. Nella prassi statale e regionale, tali forme di protezione, definite “complementari” a partire dagli anni Novanta¹⁸, sono state sviluppate muovendo dagli obblighi di non respingimento derivanti dalla ratifica di trattati internazionali in materia di diritti umani¹⁹. Come affermato nella recente sentenza della Corte federale australiana:

«The expression of the matters in respect of which complementary protection is to be afforded derives from Australia’s non-refoulement obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights, the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights Aiming at the Abolition of the Death Penalty, the Convention on the Rights of the Child and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment»²⁰.

A partire da presupposti simili, una forma di protezione complementare è stata codificata, ad esempio, in ambito europeo²¹, dove garantisce ai cittadini di Paesi terzi che fuggono da persecuzioni, tortura, trattamenti inumani e esecuzione della pena capitale o ancora qualsiasi minaccia individuale alla

¹⁷ ExCom, *Conclusion No. 103*, cit.; UNHCR, *Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection*, 2 June 2005; *The International Protection of Refugees: Complementary Forms of Protection*, April 2001; MANDAL, *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”)*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, 2005; PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention: Constructing A De Facto Right Of Asylum From International Human Rights Instruments*, in NICHOLSON, TWOMEY (eds.), *op. cit.*, p. 81 ss.; VEDSTED-HANSEN, *Assessment of the Proposal for an EC Directive on the Notion of Refugee and Subsidiary Protection from the perspective of International Law*, in BOUTEILLET-PAQUET (ed.), *op. cit.*, p. 57 ss.

¹⁸ *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/799, cit., par. 5.

¹⁹ MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, cit., p. 21: «[complementary protection] operates as a form of human rights or humanitarian protection triggered by States’ expanded non-refoulement obligations». V. anche HURWITZ, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, cit., p. 173 ss.

²⁰ *Australia, Minister for Immigration and Citizenship v. SZGIZ*, (2013) FCAFC 71, par. 20. Per un commento sulla sentenza v. *Complementary Protection: Open And Accountable Or ‘Opening The Floodgates’*, July 11, 2013, accessibile online all’indirizzo: [<http://parliamentflagpost.blogspot.it/2013/07/complementary-protection-open-and.html>]. V. anche KARLSEN, *Migration Amendment (Complementary Protection) Bill 2011, Bills Digest*, n. 79, 2010-2011, Canberra, 2011. A partire dal 24 marzo 2012, la protezione complementare è riconosciuta anche in Australia. V. Department of Immigration and Border Protection, *Fact Sheet 61a – Complementary Protection*, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/61a-complementary.htm>].

²¹ V. *infra*, cap. 6. V. anche negli Stati Uniti, le nozioni di “Temporary Protected Status”, “Withholding of Removal”, “Deferral of Removal” e in Canada la nozione di “Persons in Need of Protection”, cit. in MCADAM, *Complementary Protection*, cit., p. 22. Per quanto riguarda l’America Latina, v. ELI, GONZALES (eds.), *Refugee Status Determination In Latin America: Regional Challenges & Opportunities. The national systems of Brazil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, and Mexico*, gennaio 2013, accessibile online all’indirizzo: [<http://asylumaccess.org/AsylumAccess/wp-content/uploads/2013/04/refugeestatus.pdf>].

propria vita che derivi da violenza generalizzata, l'accesso allo *status* di protezione "sussidiaria"²².

Il contenuto delle forme di protezione complementare, dunque, consiste nel riconoscimento individuale di uno *status* giuridico di protezione a beneficiari diversi da quelli cui si rivolge il trattato del 1951²³, *status* che si distingue dalla protezione temporanea, garantita ai componenti di uno specifico gruppo e intesa come «*a specific provisional protection response to situations of mass influx providing immediate emergency protection from refoulement, [which] should be clearly distinguished from forms of complementary protection which are offered after a status determination and which provide a definitive status*»²⁴.

Le forme di protezione complementare, in assenza di un *framework* internazionale che uniformi l'accesso ai diritti che da esse discende, differiscono in modo anche sostanziale passando da un contesto nazionale/regionale all'altro²⁵. Inoltre, garantiscono ai beneficiari un trattamento meno generoso rispetto a quello derivante dal riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra²⁶. Tuttavia, hanno consentito di rispondere all'evoluzione delle odierne dinamiche del *displacement* internazionale dei rifugiati (intesi in senso atecnico come persone in fuga) e rappresentano

²² V. *infra*, cap. 6. In merito alla differenza tra protezione complementare e sussidiaria v. MCADAM, *Complementary Protection*, cit., p. 49: «Although 'subsidiary protection' is sometimes used, it may also have some weak normative significance. By entrenching a hierarchical protection structure, the Qualification Directive relegates complementary protection in the EU to an intrinsically secondary role, although it is sometimes used interchangeably with 'complementary protection', it is better characterized as a narrow form of complementary protection».

²³ CHETAİL, *Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 155 ss.

²⁴ *Global Consultations on International Protection*, UN Doc. EC/GC/01/18, 4 September 2001, par. 11 (g).

²⁵ DICKER, MANSFIELD, *Filling the Protection Gap: Current Trends In Complementary Protection in Canada, Mexico and Australia*, UNHCR New Issues In Refugee Research, Research Paper No. 238, May 2012, p. 4: «Due to the absence of any binding international agreement on complementary protection, complementary protection practice continues to be ad hoc and varied among states, largely decided on the basis of executive discretion rather than any unified international approach». V. anche GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 285.

²⁶ MCADAM, *Complementary Protection*, cit., p. 23: «Yet, while States have oscillated between granting 'extra-Convention' refugees¹⁵ an identical status to Convention refugees¹⁶ and a subsidiary status,¹⁷ the question of how to treat not-removable persons who would be excludable under the Refugee Convention but for the operation of human rights non-refoulement remain unresolved in States practice. While international law mandates that their treatment by the host States must not itself be inhuman or degrading, its actual content remains ill-defined and unresolved». In merito alle critiche v. *Summary Record of the 540th Meeting, Geneva, 7 ottobre 1999*, UN Doc. A/AC.96/SR.540, par. 44.

quantitativamente la principale fonte di protezione internazionale attualmente operante a livello mondiale²⁷.

Allo stadio attuale di sviluppo del diritto internazionale, si può quindi sostenere che un divieto di consegna forzata degli stranieri a rischio di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali è contenuto in numerosissimi strumenti internazionali, per cui l'articolo 33 rappresenta soltanto uno dei casi in cui il *non-refoulement* rileva²⁸.

Ciò detto, come si vedrà nelle pagine che seguono, la valutazione della misura in cui la costante rimodulazione in via interpretativa del contenuto tutelare e di garanzia del *non-refoulement* (tipica soprattutto della dinamica giurisprudenziale delle corti internazionali sui diritti umani²⁹) abbia condotto a una divaricazione dal contenuto e dalla portata dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra è complicata dall'esistenza di una molteplicità di nozioni sottilmente differenti di *non-refoulement*, sviluppate nei diversi *fora* internazionali rilevanti, e dalla circostanza che soltanto una parte, peraltro minoritaria, di tali sviluppi possa essere ricondotta alla Convenzione di Ginevra del 1951³⁰, i richiami alla quale da parte di organismi internazionali diversi dall'Alto Commissariato, sono molto spesso puramente formali³¹.

3. *L'articolo 3 della Convenzione contro la tortura e l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra a confronto.*

In quanto garanzia primaria e assoluta dell'intangibilità del supremo valore della dignità umana, il divieto di tortura è uno dei pilastri portanti dell'impalcatura giuridica costruita a difesa della persona umana nel secondo dopoguerra³². A sua volta, il divieto di respingimento è stato declinato in

²⁷ *Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection*, 2 June 2005, UN Doc. EC/55/SC/CRP.16; *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/830.

²⁸ V. GIL-BAZO, *Refugee Status, Subsidiary Protection, and the Right to Be Granted Asylum Under Ec Law*, UNHCR New Issues in Refugee, Research Paper No. 136, November 2006, p. 10-13; MCADAM, *Humane Rights: The Refugee Convention as a Blueprint for Complementary Protection Status*, paper presentato alla Conferenza *Moving On: Forced Migration and Human Rights*, NSW Parliament House, 22 November 2005.

²⁹ In argomento, *ex multis*, FITZMAURICE, MERKOURIS (eds.), *Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Leiden/Boston, 2013.

³⁰ HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., spec. pp. 535-536.

³¹ V. *infra*, cap. 7.

³² Come noto, nel diritto umanitario, l'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 vieta, nei confronti di coloro che non partecipino attivamente alle ostilità, tutta una

funzione strumentale, vale a dire di “tutela rafforzata”, ancorché indiretta, delle norme che costituiscono il nocciolo duro dei diritti intangibili della persona umana, prima fra tutte, il divieto di tortura³³.

La relazione tra il divieto di tortura e l’obbligo di non respingimento è stata positivizzata tanto in strumenti pattizi universali quanto in trattati regionali in materia di diritti umani³⁴, in cui il *non-refoulement* è formulato in termini assoluti, a partire dalla natura imperativa del divieto cui esso è strumentalmente legato³⁵.

Nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, il contenuto di siffatto crimine si sostanzia in atti attraverso i quali vengono intenzionalmente inflitte all’individuo gravi sofferenze fisiche e mentali, al fine di ottenere informazioni o a titolo punitivo, intimidatorio o discriminatorio, con il consenso o l’acquiescenza di un’autorità pubblica³⁶. L’articolo 2, par. 2 del trattato ribadisce la natura assoluta del divieto, sancendo che in nessuna circostanza eccezionale, dallo stato di guerra a una minaccia alla pace, alla stabilità politica interna o a un’altra emergenza pubblica, può ritenersi giustificato il ricorso alla tortura. Alla luce di queste due disposizioni di apertura va letto l’articolo 3 della Convenzione del 1984, che statuisce:

serie di condotte che possono rientrare nel divieto espresso di tortura e maltrattamenti, come le violazioni gravi contro la vita e l’integrità corporale, le mutilazioni, i supplizi, nonché le varie forme di oltraggio alla dignità personale. V. altresì art. 12 della II e della III Convenzione; art. 50 della I Convenzione; art. 51 della II Convenzione; artt. 17, 87 e 130 della Convenzione III; artt. 32 e 147 della IV Convenzione; art. 75 del I Protocollo del 1977 e art. 4 del II Protocollo del 1977 (gli strumenti pattizi internazionali sopra richiamati sono accessibili *online* sul sito dell’ICRC: [<http://www.icrc.org/eng/index.jsp>]). Nel diritto internazionale dei diritti umani, il divieto di tortura assume una peculiare rilevanza almeno a partire dalla Dichiarazione universale, il cui articolo 5, pur senza dare una definizione giuridica del crimine di tortura, statuisce che nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizioni crudeli, inumani o degradanti. Nel diritto penale internazionale, il crimine di tortura è ricompreso nell’elenco dei crimini contro l’umanità (art. 7 dello Statuto della ICC), ma anche dei crimini di guerra (ivi, art. 8) ed è proibito come strumento per ottenere informazioni di interesse giudiziario (ivi, art. 55).

³³ In argomento FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 2013, p. 136 ss.

³⁴ V. *infra*, cap. 5.

³⁵ Commissione ONU per i diritti umani, *Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, 1 September 2004, UN Doc. A/59/324, par. 28: «[t]he principle of non-refoulement is an inherent part of the overall absolute and imperative nature of the prohibition of torture and other forms of ill-treatment».

³⁶ Convenzione contro la tortura, articolo 1. In argomento, BURGERS, DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht-London, 1988; DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law*, EJIL, vol. 15, 2004, p. 97 ss.; MACDONALD, *International Prohibitions Against Torture and Other Forms of Similar Treatment or Punishment*, in DINSTEIN (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht-London, 1989, p. 385 ss.

«No State Party shall expel, return (“*refouler*”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights»³⁷.

Tale disposizione offre, dunque, un’importante garanzia complementare rispetto a quella apprestata dall’articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951³⁸. Si tratta di una forma di protezione il cui ambito di applicazione è, per un verso, più circoscritto di quello dell’obbligo di *non-refoulement* nella Convenzione del 1951, per altro verso, più ampio.

È più limitato *ratione materiae*, giacché dal combinato disposto degli articoli 1, 3 e 16³⁹ della Convenzione contro la tortura si deduce che il divieto di *refoulement* si attiva soltanto in relazione a un rischio di tortura (e non anche nell’ipotesi di trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁴⁰), mentre ai sensi dell’articolo 33 della Convenzione di Ginevra l’interdizione dal respingimento discende dall’esistenza di seri motivi per ritenere che lo straniero vada incontro a un mero rischio persecutorio, che ben può includere l’ipotesi di maltrattamenti. A ciò si aggiunge che il divieto di *refoulement* in relazione al rischio di sottoposizione a tortura da parte di enti non statali è intrinsecamente circoscritto dalla definizione stessa di “tortura”, in base alla quale, come si è detto più sopra, essa deve essere inflitta «*by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity*»⁴¹.

È più esteso *ratione personarum*, giacché la protezione riguarda “*every person*” ed è indipendente dai motivi per i quali l’individuo rischia di essere sottoposto a tortura. Inoltre, ai sensi del par. 2 dell’articolo 3, le autorità dello Stato di accoglienza, competenti nel *risk assessment*, devono tenere in debita considerazione la sussistenza di violazioni sistematiche, gravi o flagranti dei

³⁷ Convenzione contro la tortura, art. 3.

³⁸ ExCom, *Conclusion No. 79*, cit., lett. j).

³⁹ Convenzione contro la tortura, art. 16: «*In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture of reference to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*». Tra le disposizioni per le quali è possibile la sostituzione del riferimento ai “trattamenti inumani e degradanti” con il riferimento alla “tortura” non è annoverato anche l’articolo 3.

⁴⁰ Durante i lavori preparatori della Convenzione contro la tortura, si ipotizzò, peraltro, di estendere il divieto di respingimento in modo da coprire quest’ultima ipotesi, ma la proposta non raggiunse un numero sufficiente di consensi. V. BURGERS, DANIELIUS, *op. cit.*, p. 150; WOUTERS, *op. cit.*, pp. 518-520.

⁴¹ Convenzione contro la tortura, art. 1.

diritti dell'uomo nello Stato di destinazione dello straniero. Ugualmente ampia è la protezione in relazione alle misure statali che vengono interdette nel caso in cui si attivi la protezione, che sono l'espulsione, l'estradizione (espressamente prevista a differenza dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra), e il *refoulement*, il riferimento al quale, come emerge dai lavori preparatori, è stato inserito nella versione definitiva per ragioni di completezza, ovvero «*to cover all measures by which a person is physically transferred to another state*»⁴².

L'articolo 3 della Convenzione del 1984 costituisce, quindi, il fondamento dell'eccezione all'estradizione in relazione al rischio di tortura⁴³, che è una delle principali cause di rifiuto dell'estradizione previste tanto dagli ordinamenti giuridici nazionali quanto dagli strumenti pattizi internazionali in materia di diritti umani e nella disciplina pattizia dell'estradizione⁴⁴. Essa è contenuta, ad esempio, nell'articolo 3, lett. f) del *Model Treaty on Extradition* delle Nazioni Unite e prevede che l'estradizione non sia concessa qualora «*the person whose extradition is requested has been or would be subjected in the requesting State to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*»⁴⁵.

⁴² V. BURGERS, DANIELIUS, *op. cit.*, p. 126.

⁴³ In relazione alla prassi del CAT da cui emerge siffatta interpretazione dell'articolo 3 della Convenzione v. *Dadar v. Canada*, n. 258/2004, dec. 23 novembre 2005, CAT/C/35/D/258/2004; *T.A. v. Sweden*, n. 226/2003, dec. 27 maggio 2005, CAT/C/34/D/226/2003; *Rios v. Canada*, n. 133/1999, dec. 23 novembre 2004, CAT/C/33/D/133/1999; *Karoui v. Sweden*, n.185/2001, dec. 8 maggio 2002, CAT/C/28/D/185/2001; *A.S. v. Sweden*, n. 149/1999, dec. 24 novembre 2000, CAT/C/25/D/149/1999; *Elmi v. Australia*, n. 120/1998, dec. 14 maggio 1999, CAT/C/22/D/120/1998; *Haydin v. Sweden*, n. 101/1997, dec. 16 dicembre 1998, CAT/C/21/D/101/1997; *Korban v. Sweden*, n. 88/1997, dec. 16 novembre 1998, CAT/C/21/D/088/1997; *Ayas v. Sweden*, n. 97/1997, dec. 12 novembre 1998, CAT/C/21/D/97/1997; *A.F. v. Sweden*, n. 89/1997, dec. 8 maggio 1998, CAT/C/20/D/89/1997; *Aemei v. Switzerland*, n. 34/1995, dec. 9 maggio 1997, CAT/C/18/D/34/1995; *Tapia Paez v. Sweden*, n. 39/1996, dec. 28 aprile 1997, CAT/C/18/D/39/1996; *Tala v. Sweden*, n. 43/1996, dec. 15 novembre 1996, CAT/C/17/D/43/1996; *Kisoki v. Sweden*, n. 41/1996, dec. 8 maggio 1996, CAT/C/16/D/41/1996; *Khan v. Canada*, n. 15/1994, dec. 15 novembre 1994, CAT/C/13/D/15/1994; *Mutombo v. Switzerland*, n. 13/1993, dec. 27 aprile 1994, CAT/C/12/D/013/1993; *Abichou v. Germany*, n. 430/2010, dec. 21 maggio 2013, CAT/C/50/D/430/2010, par. 11.5. V. anche *Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture: Canada, 34th sess.*, CAT/C/CO/34/CAN, maggio 2004, par. 4(a), in cui si critica la sentenza della Corte suprema canadese nel caso *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2002) S.C.C. 1, 1 S.C.R. 3, laddove il collegio, al par. 78, afferma: «*We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified*»). In argomento, MCADAM, *Complementary Protection*, cit., p. 112.

⁴⁴ KAPFERER, *The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2003/05, November 2003, p. 74 ss.

⁴⁵ *UN Model Treaty on Extradition*, 14 December 1990, UN Doc. A/RES/45/116, articolo 3. Analogamente, OSCE, *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 1990, par. 16.3, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.osce.org/node/14304>], dove gli Stati membri dell'OSCE hanno riconosciuto che

L'extradizione è una forma di cooperazione giudiziaria in materia penale, che nella Convenzione contro la tortura è finalizzata alla prevenzione e alla repressione del reato di tortura⁴⁶. Per ottenere questo scopo, gli Stati parti hanno l'obbligo di combattere l'impunità stabilendo diversi tipi di giurisdizione, tra cui quella universale, che consente allo Stato parte, nella cui giurisdizione si trova l'individuo sospettato di tortura, di processarlo, quand'anche la persona e il reato non abbiano alcun collegamento con tale Stato⁴⁷. La Convenzione contro la tortura, quindi, non è soltanto un trattato in materia di diritti umani, ma può altresì essere considerato, a tutti gli effetti, come un trattato in materia di estradizione.

L'articolo 7, par. 2 della Convenzione afferma la regola *aut dedere aut iudicare*⁴⁸ per i colpevoli della tortura e, ai sensi dell'articolo 8 la Convenzione si attegga altresì a fondamento giuridico dei trattati conclusi tra le parti in materia di estradizione⁴⁹, nell'intento di rimuovere qualsiasi potenziale ostacolo all'extradizione dei presunti colpevoli di tortura⁵⁰. Ciò pone il problema di stabilire se il divieto di estradizione verso tortura contenuto all'articolo 3 della Convenzione debba ritenersi operante anche nei confronti degli indiziati di tortura⁵¹.

È invero arduo giungere a una conclusione positiva in base alla Convenzione contro la tortura, data la centralità del divieto di tortura nella sistematica del trattato⁵². Ne consegue che l'articolo 3 della Convenzione contro

«no exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture».

⁴⁶ Convenzione contro la tortura, articolo 4.

⁴⁷ Ivi, articoli 5 e 7. In argomento, NOWAK, MCARTHUR, *The United Nations Convention against Torture. A Commentary*, New York, 2008, p. 318; v. anche pp. 309 e 415.

⁴⁸ Sul significato della regola v. GALICKI, *Preliminary report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut iudicare)*, 7 June 2006, UN Doc. A/CN.4/571, par. 61, punto 7; *Second report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut iudicare)*, 11 June 2007, UN Doc. A/CN.4/585, par. 88. In argomento, FOCARELLI, *Diritto internazionale*, vol. I: *Il sistema di Stati e i valori comuni dell'umanità*, Padova, 2012, p. 519.

⁴⁹ Convenzione contro la tortura, articolo 8, par. 2.

⁵⁰ NOWAK, MCARTHUR, *op. cit.*, p. 377.

⁵¹ In argomento HATHAWAY, HARVEY, *op. cit.*, p. 319. Secondo gli A.: «Peremptory exclusion of fugitives from justice is not an ideal solution. To the contrary, it would be preferable to have a broader universal consensus on which acts are appropriately defined as criminal, uniformly enforced through an international mechanism – perhaps modeled on the International Criminal Court. Asylum seekers believed to have committed a relevant offense could then be prosecuted and punished for their crimes without any risk of direct and indirect refoulement to a place where persecution is feared».

⁵² V. anche Commissione ONU per diritti umani, *Human Rights Resolution 2005/39: Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 19 April 2005, UN Doc. E/CN.4/RES/2005/39, cons. 5: «Also urges States not to expel, return (refouler), extradite or in any other way transfer a person to another State where there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to torture».

la tortura possa essere interpretato come causa di rifiuto della consegna ai sensi dell'articolo 7, ogni qualvolta vi siano gravi indizi che facciano ritenere allo Stato richiesto che qualora l'indiziato del reato di tortura venga consegnato a uno degli Stati competenti a processarlo in conformità all'articolo 5, par. 1⁵³, costui rischi di essere torturato a sua volta⁵⁴.

Peraltro, tale argomentazione non implica l'impunità del presunto torturatore, giacché nell'ambito della Convenzione la possibilità di ricorso alla giurisdizione universale assolve proprio l'esigenza residuale di non lasciare ingiudicate situazioni come queste⁵⁵.

4. Il divieto di respingimento quale corollario del divieto di tortura: rilievi sulla prassi del Comitato contro la tortura.

La prassi sviluppata dal Comitato contro la tortura in materia di *non-refoulement* è di fondamentale rilevanza sotto una pluralità di aspetti.

In primo luogo, il Comitato contro la tortura ha contribuito in maniera significativa a enucleare gli elementi salienti nella valutazione del rischio di *refoulement*, concentrandosi in particolare sull'importanza della situazione personale dello straniero che si intende allontanare. Difatti, sebbene nell'articolo 3 della Convenzione contro la tortura si sottolinei che «*the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights*» debba essere presa in considerazione dalle autorità competenti a valutare i rischi cui il soggetto potrebbe essere esposto a seguito di *refoulement*, il Comitato

⁵³ Convenzione contro la tortura, art. 5, par. 1: «*Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases: When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State; When the alleged offender is a national of that State; When the victim was a national of that State if that State considers it appropriate*».

⁵⁴ In argomento, CIMIOTTA, *Aut dedere aut judicare, universalità 'condizionata' e Convenzione contro la tortura: a margine del caso Belgio c. Senegal*, DUDI, vol. 7, 2013, p. 105 ss., pp. 122-123.

⁵⁵ SAUL, *Protecting Refugees in the Global "War on Terror"*, Sidney, 2008, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/357399056.pdf>], p. 13, dove l'A. sostiene che il perseguimento dell'individuo nello Stato di rifugio può essere una valida alternativa all'impossibilità di rinviarlo verso una persecuzione. V. anche NOWAK, MCARTHUR, *op. cit.*, p. 378. Gli autori sostengono il c.d. "*extradition approach*" sulla base che lo Stato territoriale o quello di nazionalità dell'estradando abbia accesso a più informazioni per giudicarlo, tuttavia non sottovalutano il c.d. "*prosecution approach*" che consente di evitare lunghe procedure estradizionali e di fare giustizia nei casi in cui l'extradizione non sia possibile. V. infine SIMEON, *Ethics and the Exclusion of Those Who Are 'Not Deserving' of Convention Refugee Status*, in JUSS, HARVEY (eds.), *Research Companion to Migration Theory and Policy*, cit., p. 258 ss., p. 282 ss.

ha chiarito a più riprese che la situazione generale del Paese di destinazione non sia, da sola, dirimente ai fini della determinazione del rischio di tortura, essendo la situazione personale del singolo individuo l'elemento fondamentale nella valutazione della conformità dell'esecuzione della misura di allontanamento rispetto agli obblighi che derivano in capo agli Stati parti dall'adesione alla Convenzione contro la tortura⁵⁶.

Quanto alla qualificazione dell'agente di persecuzione⁵⁷, il Comitato ha dichiarato la violazione dell'articolo 3, nel caso di tortura inflitta da enti non statuali, soltanto nei casi in cui la condotta privata sia avallata dal consenso o dall'acquiescenza delle autorità pubbliche dello Stato verso il quale avviene l'espulsione⁵⁸. Tale impostazione, più restrittiva rispetto a quella dell'Alto Commissariato e delle corti regionali in materia dei diritti umani, è stata, tuttavia, mitigata dall'affermazione, nella prassi del Comitato, che la situazione personale del destinatario della misura di espulsione ben può sostanziare la presunzione che questi vada incontro a un rischio di tortura anche qualora, nel Paese di destinazione, non si registrino violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani⁵⁹.

Nell'articolazione del rapporto tra il divieto assoluto di tortura e il divieto di espulsione verso Paesi a rischio, il Comitato, nel caso *Tapia Paez c. Svezia*, ha espressamente sancito che «*the test of article 3 of the Convention is absolute. Whenever substantial grounds exist for believing that an individual would be in danger of being subjected to torture upon expulsion to another State, the State party is under obligation not to return the person concerned to that State. The nature of the activities in which the person concerned engaged cannot be a material consideration when making a determination under article 3 of the Convention*»⁶⁰.

Dunque, ha affermato l'irrilevanza della condotta repressibile dell'individuo che s'intende allontanare ai fini della valutazione del rischio di tortura cui va incontro in seguito alla deportazione. Di conseguenza, gli Stati parti sono tenuti a garantire il rispetto dell'obbligo anche nei confronti degli

⁵⁶ CAT, *Tala v. Sweden*, cit., par. 10.1.

⁵⁷ Convenzione contro la tortura, art. 1: «[...] when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity».

⁵⁸ CAT, *A.A.M. v. Sweden*, n. 413/2010, dec. 23 maggio 2012, CAT/C/48/D/413/2010, par. 9.2. V. anche CAT, *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 of the Convention by States Parties*, 2007, Supplement No. 44, UN Doc. A/63/44, Annex VI, par. 18.

⁵⁹ CAT, *Mutombo v. Switzerland*, cit., par. 9.3: «[T]he absence of a consistent pattern of gross violations of human rights does not mean that a person cannot be considered to be in danger of being subjected to torture in his specific circumstances».

⁶⁰ CAT, *Tapia Paez v. Sweden*, cit. par. 14.5.

stranieri che costituiscano una potenziale minaccia per la sicurezza nazionale e non possono ricorrere alle previsioni derogatorie contenute agli articoli 1, lettera (F) e 33, paragrafo 2 della Convenzione di Ginevra del 1951, che – come si è già avuto modo di sottolineare – rappresentano un minimo comune denominatore, a sua volta derogabile *in melius* dalle Alte Parti contraenti⁶¹.

A ciò occorre aggiungere che, nella prassi del Comitato, dall'articolo 3 della Convenzione contro la tortura discende una forma di tutela che si estende al *refoulement* indiretto⁶² e che, sotto il profilo procedurale, si traduce nell'obbligo degli Stati parti di predisporre mezzi di ricorso effettivo contro la decisione di allontanamento, dotati di effetto sospensivo automatico in relazione all'esecuzione della stessa⁶³ e che riguarda tutte le tipologie di atti di allontanamento dello straniero.

Tale tesi è stata rigettata da taluni Stati, le cui prassi o normative contemplano una sorta di "outsourcing" della tortura⁶⁴. È il caso degli Stati Uniti d'America che, in base a un'interpretazione restrittiva dell'articolo 3 della Convenzione contro la tortura, non si ritengono responsabili per la consegna a Stati terzi (che praticano la tortura) di persone in custodia detentiva statunitense al di fuori del territorio americano (come nel caso della base navale di Guantánamo Bay, a Cuba)⁶⁵. Peraltro, non si tratta di un caso isolato, giacché nella "war on terror", inaugurata dopo l'11 settembre 2001, il ricorso alla

⁶¹ V. *supra*, cap. 2.

⁶² CAT, *Mutombo v. Switzerland*, cit., par. 45; CAT, *General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)*, 1997, UN Doc. A/53/44, annex IX.

⁶³ CAT, *Josu Arkauz Arana v. France*, n. 63/1997, dec. 9 novembre 1999, CAT/C/23/D/63/1997, par. 6.1.V. in termini identici, la giurisprudenza della Corte EDU, analizzata *infra* cap. 5.

⁶⁴ *Non-Refoulement: Extraordinary Renditions and Outsourcing Torture*, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.globalization101.org/non-refoulement-extraordinary-renditions-and-outsourcing-torture>].

⁶⁵ CdE, Assemblea Parlamentare, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states, Draft report – Part II (Explanatory memorandum)*, Rapporteur: Mr Dick Marty, Switzerland, ALDE, Doc. 10957, 07.06.2006, par. 272, dove è riassunta la posizione statunitense sull'articolo 3 della Convenzione contro la tortura: «With regard to Article 3 of CAT, this is a technical issue. The obligation under Article 3 of the Convention Against Torture requires a country not to return, expel or refouler an individual. For more than a decade, the position of the US Government, and our courts, has been that all of those terms refer to returns from, or transfers out from the United States. So we think that Article 3 of the CAT is legally binding upon us with respect to transfers of anyone from the United States; but we don't think it is legally binding outside the United States» (sottolineature originali). In argomento, WEISSBRODT, BERGQUIST, *Extraordinary Rendition and the Torture Convention*, *VJIL*, vol. 46, 2006, p. 585 ss., p. 608.

detenzione segreta, giustificato dall'esigenza di "non disclosure" di informazioni sensibili note ai presunti terroristi, è cresciuto in maniera esponenziale⁶⁶.

Il Comitato contro la tortura ha reagito duramente a tali gravissime violazioni dell'articolo 3 della Convenzione, utilizzando la nozione convenzionale di *jurisdiction* per comprimere le zone d'ombra nella protezione contro il rischio di *refoulement*⁶⁷. Partendo dalla tradizionale interpretazione di tale concetto, inteso come la capacità di controllare, regolare e imporre il proprio potere o la propria autorità su soggetti giuridicamente riconosciuti⁶⁸, nelle *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* del 2004⁶⁹, il Comitato ha argomentato:

«[T]he Committee observes that the Convention protections extend to all territories under the jurisdiction of a State party and considers that this principle includes all areas under the *de facto* effective control of the State party's authorities»⁷⁰.

Esso ha stabilito la responsabilità dello Stato parte per la potenziale violazione dell'obbligo di *non-refoulement* rispetto a individui detenuti all'interno d'istituti carcerari siti fuori dai confini nazionali⁷¹, allorquando sia

⁶⁶ *Joint Study on global practices in relation to secret detention in the context of countering terrorism of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin; the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak; the Working Group on arbitrary detention represented by its Vice-chair, Shaheen Sardar Ali; and the Working Group on enforced or involuntary disappearances represented by its Chair, Jeremy Sarkin*, del 19 febbraio 2010 (UN Doc. A/HRC/13/42). In argomento CARLETTI, *La dimensione preventiva del contrasto al terrorismo e la protezione internazionale dell'individuo*, in LANCIOTTI, TANZI (a cura di), *Il ricorso alla forza e la legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2012, p. 283 ss., p. 358.

⁶⁷ Come già chiarito nel cap. 1, al par. 5, si ritornerà a svolgere più approfondite considerazioni sul punto nel corso dei capitoli 5 e 6 del presente lavoro.

⁶⁸ Come noto, la nozione di "sovranità" non coincide con quella di *jurisdiction* nel diritto internazionale, essendo la prima una forma di personalità giuridica che abilita all'esercizio della seconda entro un ambito specifico. In argomento, BROWNLIE, *op. cit.*, pp. 106, 289, 297; CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des états, Cours général de droit international public*, RdC, vol. 257, 1996, p. 35 ss.; MILANOVIC, *From Compromise To Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, HRLR, vol. 8, 2008, p. 411 ss.; KLUG, HOWE, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-Refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, in RYAN, MITSILEGAS (eds.), *op. cit.*, p. 65 ss.; GONDEK, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, NILR, vol. 52, 2005, p. 349 ss., p. 369.

⁶⁹ CAT, *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 25 November 2004.

⁷⁰ Ivi, par. 4 (b).

⁷¹ Circa la definizione di "place of detention", v. *Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted by the United Nations General Assembly in New York on 18 December 2002, entered into force on 22 June 2006* (OPCAT), art.

possibile dimostrare che tale Stato ha esercitato un “controllo effettivo” sugli stessi.

Analogamente, nelle *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture on the United States of America* del 2006⁷², ha dichiarato in violazione dell’obbligo di *non-refoulement* la pratica delle c.d. “consegne straordinarie” (“*extraordinary renditions*”), consistenti nel trasferimento extragiudiziale di sospetti terroristi:

«The Committee is concerned that the State party considers that the *non-refoulement* obligation, under article 3 of the Convention, does not extend to a person detained outside its territory. The Committee is also concerned by the State party’s rendition of suspects, without any judicial procedure, to States where they face a real risk of torture (art. 3). The State party should apply the *non-refoulement* guarantee to all detainees in its custody, cease the rendition of suspects, in particular by its intelligence agencies, to States where they face a real risk of torture, in order to comply with its obligations under article 3 of the Convention. The State party should always ensure that suspects have the possibility to challenge decisions of *refoulement*»⁷³.

La pratica delle *extraordinary renditions* era, peraltro, il fulcro di un programma di contrasto al terrorismo internazionale che i servizi segreti americani sono stati autorizzati ad adottare e a implementare dopo l’11 settembre⁷⁴, fondato sulla detenzione segreta dei presunti terroristi in prigioni fantasma, definite “*black sites*”, collocate molto spesso in Afghanistan e comunque al di fuori del territorio statunitense⁷⁵.

art. 4, par. 1: «*any place under its jurisdiction and control where persons are or may be deprived of their liberty*». In merito alla nozione di “*deprivation of liberty*”, v. OPCAT, par. 2 dell’articolo 4: «*any form of detention or imprisonment or the placement of a person in a public or private custodial setting which that person is not permitted to leave at will by order of any judicial, administrative or other authority*».

⁷² CAT, *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture on the United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 18 May 2006.

⁷³ Ivi, par. 20, par. 15 e 26. V. anche THEO VAN BOVEN, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 2004, UN Doc. A/59/324, par. 29: «*The Special Rapporteur is seriously concerned about an increase in practices that undermine th[e] principle [of non refoulement]. One such practice is for the police authorities of one country to hand over persons to their counterparts in other countries without the intervention of a judicial authority and without any possibility for the persons concerned to contact their families or their lawyers. The Committee against Torture [...] found that practice to be in violation of article 3 of the Convention, as well as of the right to due process*».

⁷⁴ CdE, Assemblée Parlamentare, *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report, Explanatory memorandum, Rapporteur: Mr Dick Marty, Switzerland, ALDE, 7 June 2007*, accessibile online all’indirizzo: [http://assembly.coe.int/committeeDocs/2007/Emarty_20070608_noEmbargo.pdf].

⁷⁵ *Non-Refoulement: Extraordinary Renditions and Outsourcing Torture*, cit.

La procedura di cattura del sospettato ne prevedeva il sequestro e la riconduzione al di fuori dei confini dello Stato in cui si trovava, il suo interrogatorio svolto mediante il ricorso a *shock* e tortura e il suo confino nel carcere segreto per mesi, nel tentativo di appurare la natura dei suoi presunti legami con Al Qaeda⁷⁶.

L'efficace realizzazione del programma è stata resa possibile dalla collaborazione di oltre cinquanta Stati, tra cui molti Paesi europei⁷⁷, di cui è stato provato il coinvolgimento nei sequestri, nelle detenzioni stragiudiziali dei sospetti e, soprattutto, nelle consegne degli stessi alla CIA, avvenute al di fuori di qualsiasi schema di regolare cooperazione giudiziale in materia penale e in flagrante violazione dell'obbligo di *non-refoulement*⁷⁸.

È appena il caso di sottolineare che tale pratica si pone anche in contrasto con il divieto di sparizioni forzate. Le "*enforced disappearance*" sono considerate come una flagrante violazione di molteplici diritti umani, nonché del divieto di respingimento, in numerosi strumenti internazionali, adottati tanto a livello regionale⁷⁹ quanto a livello universale⁸⁰, nonché come un crimine contro l'umanità, ai sensi dell'articolo 7, par. 1, lett. (i) dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale. Questa pratica, anticamente diffusa nel continente americano⁸¹, è divenuta lo strumento base di cui si è servito l'antiterrorismo statunitense nell'ultimo decennio.

⁷⁶ V. *infra*, cap. 5.

⁷⁷ V. CARRERA, GUILD, SOARES DA SILVA, WIESBROCK, *Note on the Results of Inquiries into the CIA's Programme of Extraordinary Rendition and Secret Prisons in European States in Light of the New Legal Framework Following the Lisbon Treaty*, PE 462.456, 2012. V. anche *Globalizing Torture. CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, Open Society Foundations, 2013.

⁷⁸ *Human Rights, Terrorism and Counter-Terrorism, Fact Sheet No. 32*, pp. 34-35, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32EN.pdf>].

⁷⁹ *Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons*, 9 June 1994, OAS Treaty Series No. 68, 33 ILM 1429 (1994), art. 2: «*the act of depriving a person or persons of his or their freedom, in whatever way, perpetrated by agents of the state or by persons or groups of persons acting with the authorization, support, or acquiescence of the state, followed by an absence of information or a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the whereabouts of that person, thereby impeding his or her recourse to the applicable legal remedies and procedural guarantees*».

⁸⁰ V. *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, 20 December 2006, UNTS vol. 2715, Doc. A/61/488, art. 16. Tale trattato è entrato in vigore nel dicembre 2010. Si veda anche la *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances*, 18 December 1992, UN Doc. A/RES/47/133, art. 8 e *Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions*, E.S.C. res. 1989/65, annex, 1989, U.N. Doc. E/1989/89 (1989), punto 5.

⁸¹ GALELLA, ESPÓSITO, *Extraordinary Renditions in the Fight Against Terrorism. Forced Disappearances?*, *SUR - Int'l J. on Hum Rts*, vol. 9, 2012, p. 7 ss.

La questione si è posta al vaglio del Comitato nel caso *Agiza c. Svezia*⁸². Il caso riguardava un cittadino egiziano, che nel 2001 aveva chiesto asilo in Svezia per sfuggire a una condanna a venticinque anni di carcere, emessa a suo carico in ragione di presunti legami con il terrorismo di matrice islamica da una Corte marziale in Egitto, *in absentia* e senza rispettare alcuno dei diritti della difesa⁸³.

Le autorità svedesi avevano rigettato la domanda di asilo, senza motivare la decisione, e avevano predisposto l'immediato rimpatrio dello stesso, senza garantire una via di ricorso⁸⁴. Peraltro, le assicurazioni diplomatiche sul trattamento del prigioniero, chieste dalla Svezia all'Egitto, si sarebbero rivelate insufficienti a evitare che lo stesso fosse torturato in carcere⁸⁵.

È stato in seguito sostenuto che le ragioni dell'adozione di una procedura extragiudiziale di rimpatrio, in contrasto con la normativa interna svedese, fossero legate alla circostanza che l'immediata deportazione del ricorrente fosse stata richiesta alla Svezia dalla CIA, sulla base di indizi emersi nell'ambito del programma segreto di *renditions*⁸⁶ e fosse stata eseguita da agenti americani in territorio svedese con il consenso delle autorità locali⁸⁷.

Nella decisione del 2005, il Comitato contro la tortura ha condannato la Svezia per la violazione degli articoli 3 e 22 della Convenzione, dichiarando la responsabilità dello Stato convenuto per la tortura e il *refoulement* del ricorrente, nonché per la violazione dell'obbligo di leale collaborazione con il Comitato, violazione derivata dall'omissione da parte della Svezia di informazioni ritenute essenziali per decidere il caso, come quelle circa le motivazioni del rigetto della domanda di asilo⁸⁸. Inoltre, ha stabilito che il rispetto dell'obbligo di *non-refoulement* non possa essere eluso mediante la richiesta di assicurazioni diplomatiche a Stati le cui pratiche di tortura sono ben documentate⁸⁹ e che esso pone in capo allo Stato parte che intende espellere uno straniero l'obbligo di assicurare mezzi effettivi indipendenti e imparziali di ricorso contro la decisione di allontanamento che garantiscano all'individuo di poter dimostrare

⁸² CAT, *Agiza v. Sweden*, n. 233/2003, dec. 20 maggio 2005, CAT/C/34/D/233/2003.

⁸³ Ivi, parr. 2.1-2.10.

⁸⁴ Ivi, par. 2.5.

⁸⁵ Ivi, par. 12.6.

⁸⁶ CHASDI, *Tapestry of Terror: A Portrait of Middle East Terrorism, 1994-1999*, Lanham, 2002, p. 171.

⁸⁷ *New Book: Top Politicians Lied about CIA Aircraft*, in *Stockholm News*, 2009-01-19, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.stockholmnews.com/more.aspx?NID=2531>].

⁸⁸ CAT, *Agiza v. Sweden*, cit., parr. 13.9-13.10.

⁸⁹ Ivi, par. 13.4.

l'incompatibilità della misura di espulsione con il suo diritto ad essere libero dalla tortura⁹⁰.

Naturalmente, la debolezza della protezione complementare contro il rischio di *refoulement* nella Convenzione contro la tortura, così come nella Convenzione di Ginevra del 1951 e in altri strumenti universali sui diritti umani, è legata al valore non vincolante delle comunicazioni del Comitato e alla circostanza che la Convenzione contro la tortura non contenga una clausola che abiliti automaticamente il Comitato a pronunciarsi sulle *requêtes* individuali in merito alla presunta violazione dei diritti in essa sanciti, rendendosi necessaria a tali fini un'espressa dichiarazione di accettazione della giurisdizione del Comitato stesso, resa *ex* articolo 22⁹¹.

Ciononostante, la prassi del Comitato contro la tortura ha fortemente contribuito al radicamento dell'*opinio juris* sull'inderogabilità dell'obbligo di *non-refoulement* a rischio tortura nella prassi di altri organismi internazionali e delle giurisdizioni interne.

Quanto al primo profilo, può citarsi la recente posizione di ferma condanna della detenzione segreta e delle sparizioni forzate, assunta dal Consiglio permanente dell'OSCE nel 2013⁹². Partendo dalle informazioni risultanti dalla quarantanovesima sessione del Comitato contro la tortura sulla vicenda del sequestro, della deportazione in Tajikistan e della detenzione segreta del presunto terrorista Abdulvosit Latipov, avvenuta nell'ottobre 2012 ad opera dei servizi segreti russi, l'organo permanente dell'OSCE ha ribadito l'obbligo degli

⁹⁰ Ivi, par. 13.7.

⁹¹ Come noto, ai sensi degli artt. 19-22 della Convenzione, il CAT ne monitora il rispetto attraverso la disamina dei rapporti statali sullo stato di attuazione dei diritti che discendono dalla stessa e la presentazione di osservazioni e raccomandazioni agli Stati sotto forma di *Concluding Observations*, in cui fornisce anche l'interpretazione autoritativa della Convenzione. Inoltre, emette comunicazioni, prive tuttavia di valore giuridico vincolante, nelle controversie individuali e interstatali sottoposte alla sua attenzione, e svolge inchieste sul rispetto della Convenzione. Si ricorda che il 18 dicembre 2002, con l'adozione del Protocollo opzionale, entrato in vigore nel 2006, il sistema ha acquisito un ulteriore strumento di *enforcement*, rappresentato dalla Sottocommissione per la prevenzione della tortura, con il compito di visitare ed ispezionare luoghi di detenzione e rivolgere raccomandazioni agli Stati parti (art. 11 (a)) e di collaborare con le agenzie specializzate dell'Onu e gli attori rilevanti nel contesto regionale e nazionale (art. 11(c)). In argomento, EDWARDS, *The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees*, ICLQ, vol. 57, 2008, p. 789 ss.; PARISI, *La tutela dei diritti fondamentali della persona*, in DRAETTA, FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di), *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, 2011, p. 73 ss., pp. 97-98; BOULESBAA, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, The Hague/Boston/London, 1999.

⁹² OSCE, Consiglio Permanente, *Respect of the Non-refoulement Principle /Incommunicado Detention and Disappearances in the OSCE Area*, Permanent Council of 24 January 2013, PC.DEL/25/13.

Stati parti di rispettare il divieto di respingimento, il cui contenuto è stato individuato nei termini seguenti:

«[N]on-refoulement principle is absolute unlike in the realm of refugee law, as it is not conditional of the grant of asylum or refugee status but generally aims to protect a person from being expelled or returned to a country where the person would be at risk of torture. Therefore, in the context of immigration laws, of fighting organized crime, and in countering terrorism, States must adhere to the long-established principle of non-refoulement as an effective legal and procedural safeguard against torture. The rule that States must not deport or extradite a person to a jurisdiction where he or she runs the risk of persecution is part of the peremptory rules of international law. In addition, and more specifically with respect to the risk of being tortured, it is contemplated in the Convention against Torture (Article 3)»⁹³.

Quanto al secondo profilo, numerose giurisdizioni nazionali hanno allineato la propria giurisprudenza a quella del Comitato e alcune di sono spinte a dichiarare che il divieto assoluto di *refoulement* contenuto nella Convenzione contro la tortura abbia fatto decadere la deroga contenuta all'articolo 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra.

Ciò è avvenuto nel caso *A.G. c. Zaoui*⁹⁴, in cui la Corte Suprema della Nuova Zelanda, dopo aver concesso che la Convenzione contro la tortura non può essere considerata uno strumento di emendamento della Convenzione di Ginevra, ha nondimeno sostenuto che si tratti di un trattato successivo volto a regolare la medesima materia della Convenzione del 1951⁹⁵ e che «[t]he prohibition on refoulement to torture has the status of a peremptory norm or jus cogens with the consequence that article 33.2 [of the Refugee Convention] would now be void to the extent that it allows for [refoulement in such circumstances]»⁹⁶. Dunque, secondo la Corte Suprema, la natura assoluta e inderogabile della norma che vieta la tortura si riflette *per relationem* sul divieto di *refoulement*, di modo che

⁹³ *Ibid.* Invero il Consiglio Permanente ha così liberamente riportato il contenuto della dichiarazione sul *non-refoulement* resa l'anno prima dal *Rapporteur* speciale contro la tortura. V. *Speech of the United Nations Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, at the 914th Meeting of the OSCE Permanent Council, Vienna, 31 May 2012.*

⁹⁴ Nuova Zelanda, *A.G. v. Zaoui & Insp.-Gen. of Intell. & Sec.*, (2005) NZSC 38; (2006) 1 NZLR 289; (2005) 7 H.R.N.Z. 860; rep. ILDC 81 (NZ 2005) (Sup. Ct., N. Zealand June 21, 2005).

⁹⁵ *Ivi*, par. 50.

⁹⁶ *Ivi*, par. 51.

quest'ultimo acquisisca natura di diritto cogente, nella misura in cui è strumentale a prevenire un atto di tortura⁹⁷.

5. Il divieto di respingimento come alfiere dei diritti umani fondamentali nella prassi del Comitato dei diritti umani.

Il divieto di tortura è sancito altresì all'articolo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, in base al quale «[n]o one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment»⁹⁸. Da questa scarna disposizione, cui è stato riconosciuto dal Comitato dei diritti umani il valore di “*peremptory norm*”⁹⁹, tale organo ha ricavato, in capo alle Parti contraenti, un divieto assoluto¹⁰⁰ di esporre un individuo al pericolo di tortura o di trattamenti crudeli, inumani o degradanti mediante il respingimento, attuato sotto forma di estradizione, espulsione o *refoulement*, diretto o indiretto¹⁰¹.

L'estensione della protezione offerta dal Comitato dei diritti umani contro il rischio di *refoulement* anche ai trattamenti inumani e degradanti, esclusi dalla tutela approntata dal Comitato contro la tortura, è il primo *distinguo* nella configurazione dell'obbligo da parte del Comitato dei diritti dell'uomo e del Comitato contro la tortura, e un importante elemento materiale in comune tra la

⁹⁷ Analogamente v. Regno Unito, *R. v. Bow St. Metro. Stip. Magistr., ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), (2000) 1 A.C. 147; Stati Uniti, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 714-19 (9th Cir. 1992).

⁹⁸ ICCPR, art. 7, che aggiunge, inoltre: «*In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation*».

⁹⁹ HRC, *General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a state emergency*, 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 11.

¹⁰⁰ V. UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, 2005, p. 15: «*The State party should recognize the absolute nature of the prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment, which in no circumstances can be derogated from*».

¹⁰¹ HRC, *General Comment No. 20: Article 7 Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1992, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1), 2008, p. 200, par. 9. Gli Stati Uniti, i cui soli obblighi in materia di *refoulement* discendono dalla ratifica della Convenzione contro la tortura e del Protocollo di New York allegato alla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, hanno formentemente criticato la deduzione dell'obbligo di non respingimento dagli articoli 6 e 7 del Patto, ribadendo che non è possibile interpretare un trattato internazionale in maniera tale da imporre agli Stati parti obblighi che esso non prevede. V. HRC, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: International Covenant on Civil and Political Rights. Concluding Observations of the Human Rights Committee, United States of America, Addendum, comments by the Government of the United States of America on the Concluding Observations of the Human Rights Committee*, 12 February 2008, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1/Add.1, p. 8 ss., accessibile online all'indirizzo: [<http://www.refworld.org/docid/47bbf3662.html>].

prassi del Comitato dei diritti umani e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'articolo 3 della CEDU¹⁰².

Inoltre, come la Corte di Strasburgo, anche il Comitato dei diritti dell'uomo ha ricostruito un divieto di respingimento in situazioni in cui possa prospettarsi un rischio che lo straniero allontanato vada incontro a violazioni gravi dei propri diritti umani, non sussumibili entro l'alveo del divieto di tortura e di maltrattamenti¹⁰³. Tale estensione della protezione è stata ottenuta a partire dalla constatazione che:

«[T]he enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party. This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation»¹⁰⁴.

Ne consegue che le distinzioni tra cittadini e non cittadini¹⁰⁵, ma anche tra una categoria di migranti e l'altra, per essere legittime, devono superare un *test* di proporzionalità e di ragionevolezza¹⁰⁶, ma altresì che, dalle norme sui diritti umani, derivi un obbligo implicito di non rinviare una persona verso luoghi in cui essa rischi di subire violazioni gravi degli stessi¹⁰⁷, vale a dire tali da generare un “*real risk of irreparable harm*”. Come chiarito nel *General Comment No. 31* del 2004¹⁰⁸:

¹⁰² Tale prassi è analizzata in apertura del capitolo che segue. Giova qui precisare che, a parte l'estensione del divieto di respingimento anche all'ipotesi di trattamenti crudeli, inumani e degradanti, l'ambito di applicazione del divieto stesso nelle prassi del Comitato dei diritti umani e della Corte EDU non è identico. Si veda, ad es., HRC, *General Comment No. 20*, cit., par. 9; *General Comment No. 31*, cit., par. 12.

¹⁰³ In argomento, WOUTERS, *op. cit.*, 377 ss.

¹⁰⁴ HRC, *General Comment No. 31*, cit., par. 10. In argomento, TRAPP, *Holding States Responsible for Terrorism before the International Court of Justice*, *JIDS*, vol. 3, 2012, p. 279 ss., p. 291: «The Human Rights Committee has equally read the obligation of non-refoulement into the Article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure respect for the International Covenant on Civil and Political Rights (in particular the right to life and the prohibition on torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)».

¹⁰⁵ Si ricorda che tra quelle previste dal Patto del 1966 sui diritti civili e politici vi è, appunto, la libertà di circolazione. In argomento, NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, cit., p. 31 ss.

¹⁰⁶ In tali termini v. anche *Report of the High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. E/2010/89, 1 June 2010, p. 19.

¹⁰⁷ Per simili rilievi, MESSINEO, *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁸ HRC, *General Comment No. 31*, cit., par. 10.

«[T]he article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed. The relevant judicial and administrative authorities should be made aware of the need to ensure compliance with the Covenant obligations in such matters»¹⁰⁹.

Dunque, il parametro di valutazione del rischio nella prassi del Comitato dei diritti umani è rappresentato dall'irreparabilità del danno che deriverebbe all'individuo dall'esecuzione della misura di allontanamento, in relazione tanto al divieto di tortura, contenuto all'articolo 7, quanto al diritto alla vita, riconosciuto all'articolo 6.

Come nella prassi del Comitato contro la tortura, la ricostruzione di una responsabilità indiretta, in capo allo Stato parte del Patto, per aver collaborato fattualmente alla potenziale violazione dei diritti in esso sanciti, attraverso l'esecuzione di una misura di allontanamento, ha consentito un'estensione della tutela contro il rischio di *refoulement* sia sotto il profilo soggettivo, in relazione alle violazioni dei diritti umani fondamentali da parte di Stati terzi, sia sotto quello oggettivo, in relazione non soltanto alle violazioni già avvenute, ma anche a quelle potenziali.

Così, ad esempio, riguardo al divieto di tortura di cui all'articolo 7, nella decisione del caso *Joseph Kindler v. Canada*¹¹⁰, il Comitato dei diritti umani ha sostenuto che «*a State party would itself be in violation of the Covenant if it handed over a person to another State in circumstances in which it was foreseeable that torture would take place. The foreseeability of the consequence would mean that there was a present violation by the State party, even though the consequence would not occur until later on*»¹¹¹.

Il divieto di *refoulement*, nella prassi del Comitato dei diritti umani, copre anche l'ipotesi di arbitraria privazione del diritto alla vita, in assenza delle garanzie di giusto processo¹¹². Infatti, l'esecuzione della pena capitale in assenza di un *minimum standard* internazionalmente riconosciuto di garanzie processuali può integrare una violazione degli articoli 6 e 7 del Patto; di

¹⁰⁹ Ivi, par. 12.

¹¹⁰ HRC, *Kindler v. Canada*, n. 470/1991, dec. 30 luglio 1993, CCPR/C/48/D/470/1991.

¹¹¹ Ivi, par. 6. 2.

¹¹² HRC, *General Comment No. 31*, cit., par. 12.

conseguenza, nei casi in cui sussistesse tale rischio, l'esecuzione della misura di allontanamento è stata ritenuta contraria all'obbligo di *non-refoulement*¹¹³.

Nel *leading case Chitat Ng c. Canada*¹¹⁴, il ricorrente, che si trovava in Canada, era un cittadino britannico, condannato negli Stati Uniti alla pena capitale per aver commesso atti di particolare efferatezza. Qualora fosse stato estradato, in seguito alla richiesta statunitense, sarebbe con tutta probabilità andato incontro all'esecuzione della pena in camera a gas e al conseguente decesso per asfissia¹¹⁵. A tal proposito, il Comitato non sostenne che, in assenza di garanzie sulla commutazione della pena da parte degli Stati Uniti, l'estradizione del ricorrente violasse di per sé l'articolo 6 del Patto, dal momento che il medesimo articolo non esclude la possibilità per gli Stati parti di comminare tale pena per i reati più gravi¹¹⁶. Né, d'altra parte, si spinse ad affermare che la pena capitale costituisca un trattamento inumano ai sensi dell'articolo 7 del Patto.

Tuttavia, riconobbe che, nel caso di specie, le modalità utilizzate per eseguire tale pena ammontassero a un trattamento degradante e inumano, contrario all'articolo 7¹¹⁷. Infatti, l'esecuzione per asfissia col gas non aveva superato il *test* elaborato dal Comitato per stabilire la compatibilità dello strumento punitivo con il divieto di trattamenti crudeli, *test* fondato sul requisito della "minima sofferenza fisica o mentale"¹¹⁸. Di conseguenza, il Canada sarebbe stato responsabile, ai sensi del Patto, qualora avesse proceduto all'estradizione del ricorrente, in base al presupposto che:

«If a State party extradites a person within its jurisdiction in such circumstances that as a result there is a real risk that his or her rights under the Covenant will be violated in another jurisdiction, the State party itself may be in violation of the Covenant»¹¹⁹.

¹¹³ HRC, *General Comment No. 6: Article 6 Right to Life*, 1982, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1), 2008, p. 176, par. 7. In argomento, BORELLI, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 724 ss.; LUGATO, *op. cit.*, p. 67 ss. In generale, sulla prassi dell'HRC cfr. KÄLIN, *Limits to Expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Atti del Convegno di Studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999), Padova, 2003, p. 143 ss.; FLYNN, *Counter-Terrorism and Human Rights: The View from the United Nations*, EURLR, vol. 10, 2005, p. 29 ss.

¹¹⁴ HRC, *Chitat Ng v. Canada*, n. 469/1991, dec. 5 novembre 1993, CCPR/C/49/D/469/1991. In merito alla ricevibilità delle comunicazioni individuali sulla violazione dei diritti sanciti nel Patto cfr. *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, UNTS 302. In argomento, PARISI, *La tutela dei diritti fondamentali della persona*, cit. pp. 94-95.

¹¹⁵ HRC, *Chitat Ng v. Canada*, cit., par. 3.

¹¹⁶ Ivi, parr. 15.6-15.7.

¹¹⁷ Ivi, par. 16.4.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Ivi, par. 14.2.

Come nella prassi del Comitato contro la tortura, dunque, anche in quella del Comitato dei diritti umani si è affermata la preminenza dell'obbligo di *non-refoulement* rispetto agli obblighi derivanti da trattati bilaterali di estradizione¹²⁰. Di conseguenza, le esigenze della cooperazione giudiziaria in materia penale non possono essere addotte per consegnare uno straniero ai propri torturatori, ma anche alle autorità di uno Stato che, nel processarlo, non rispetti il suo diritto a non essere arbitrariamente privato della vita.

Ciò detto, va rilevato che nella prassi più risalente in materia di *non-refoulement*, il Comitato dei diritti umani ha configurato l'onere della prova dell'irreparabilità del danno in termini alquanto stringenti. Così, ad esempio, è avvenuto nella decisione del caso *Mrs G.T. v. Australia*¹²¹, dove al ricorrente è stata chiesta la prova della reale intenzione dello Stato di destinazione di violare i diritti fondamentali sanciti dal Patto, al fine di poter legittimamente invocare il beneficio del *non-refoulement*. Di conseguenza, il *risk assessment* ha dato esito positivo per il ricorrente soprattutto nelle ipotesi di estradizione, e non in quelle di espulsione, vale a dire in quei casi in cui le intenzioni dello Stato di destinazione fossero *ipso facto* chiarite dalle ragioni della richiesta.

Nel più recente caso *Judge c. Canada*¹²², il Comitato ha rivisitato la propria precedente giurisprudenza sul rapporto tra pena capitale e divieto di respingimento¹²³, affermando che gli Stati nei cui ordinamenti giuridici interni è stata abolita la pena di morte, e quelli che hanno ratificato trattati internazionali che la proibiscono, hanno l'obbligo di non esporre l'individuo a un rischio reale dell'esecuzione della stessa in un altro Paese, in cui la pena capitale sia ordinariamente prevista per la punizione di gravi reati. Di conseguenza, ad esempio, quegli Stati parti del Patto e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che hanno ratificato il Protocollo n. 6 ad essa allegato, hanno l'obbligo di non procedere all'allontanamento dello straniero, in qualsiasi

¹²⁰ Ivi, par. 14.1: «States parties to the Covenant will also frequently be parties to bilateral treaty obligations, including those under extradition treaties. A State party to the Covenant must ensure that it carries out all its other legal commitments in a manner consistent with the Covenant. The starting point for consideration of this issue must be the State party's obligation, under article 2, paragraph 1, of the Covenant, namely, to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the Covenant. The right to life is the most essential of these rights».

¹²¹ HRC, *Mrs G.T. v. Australia*, n. 706/1996, dec. 4 novembre 1997, CCPR/C/61/D/706/1996, par. 8.2.

¹²² HRC, *Judge v. Canada*, n. 829/1998, dec. 5 agosto 2003, CCPR/C/78/D/829/1998, par. 10.4.

¹²³ HRC, *Kindler v. Canada*, cit.; *Ng v. Canada*, cit.; *A. R. J. v. Australia*, n. 692/1996, dec. 28 luglio 1997, CCPR/C/60/D/692/1996.

forma, verso un Paese in cui sia praticata la pena capitale¹²⁴. Peraltro, la causa di rifiuto dell'extradizione nel caso in cui l'ordinamento interno dello Stato richiedente contempa la pena di morte riflette uno *standard* in materia di estradizione internazionalmente riconosciuto, essendo prevista in numerosi strumenti multilaterali in materia di cooperazione giudiziaria penale, tanto in termini facoltativi¹²⁵ quanto obbligatori¹²⁶.

Il consolidamento del divieto di estradizione a rischio di esecuzione della pena capitale è avvenuto nel successivo caso *Kwok Yin Fong c. Australia*¹²⁷, in cui l'organo di controllo del Patto ha stabilito, sulla scorta della propria prassi risalente di condanna delle "esecuzioni extragiudiziali"¹²⁸, che una misura di allontanamento integri in ogni caso la violazione del diritto alla vita quando esista il rischio che sia eseguita nei confronti dell'estradando una sentenza di condanna a morte pronunciata al termine di un processo iniquo¹²⁹.

In questo modo, il Comitato ha valorizzato l'importanza del divieto di respingimento come strumento di prevenzione delle esecuzioni extragiudiziali, importanza che viene parimenti attribuita a tale divieto dall'articolo 5 dei Principi delle Nazioni Unite per la prevenzione effettiva e le investigazioni di esecuzioni extragiudiziali, sommarie e arbitrarie¹³⁰, in base al quale «[n]o one shall be involuntarily returned or extradited to a country where there are substantial grounds for believing that he or she may become a victim of extra-legal, arbitrary or summary execution in that country»¹³¹.

Attenzione è stata dedicata dal Comitato anche all'ipotesi di detenzione segreta o arbitraria, nel qual caso la potenziale violazione dell'obbligo di non-

¹²⁴ CdE, Protocollo n. 6 alla CEDU (*Protocol No. 6 concerning the Abolition of the Death Penalty*, CETS No. 114, 28 April 1983).

¹²⁵ V. articolo 11 della Convenzione europea di estradizione, che comunque fa salva la possibilità di procedere all'extradizione quanto lo Stato richiedente dia garanzie, ritenute sufficienti dalla Parte richiesta, che la pena capitale non sarà eseguita.

¹²⁶ CdE, Comitato dei Ministri, *Guidelines of the Committee of the Ministers of the Council on Europe on Human Rights and the Fight Against Terrorism*, 15 luglio 2002, accessibile online all'indirizzo: [[http://press.coe.int/cp/2002/369a\(2002\).htm](http://press.coe.int/cp/2002/369a(2002).htm)], par. 13.2 e 13.4: «When the person whose extradition has been requested makes out an arguable case that he/she has suffered or risks suffering a flagrant denial of justice in the requesting State, the requested State must consider the well-foundedness of that argument before deciding whether to grant extradition».

¹²⁷ HRC, *Kwok Yin Fong v. Australia*, n. 1442/2005, dec. 23 ottobre 2009, CCPR/C/97/D/1442/2005, par. 9.4.

¹²⁸ HRC, *Baboeram et al. v. Suriname*, n. 146/1983 e 148-154/1983, dec. 4 aprile 1985, CCPR/C/24/D/154/1983. V. anche HRC, *General Comment No. 6*, cit., par. 3.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ V. ECOSOC, *Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions*, E.S.C. res. 1989/65, 24 maggio 1989, annex, UN Doc. E/1989/89 (1989).

¹³¹ *Ivi*, par. 5.

refoulement è stata riscontrata ai sensi dell'articolo 9 del Patto, che sancisce il diritto alla libertà e alla sicurezza¹³². Inoltre, il divieto di *refoulement* è stato esteso, in alcuni casi, anche all'ipotesi in cui l'esecuzione di un provvedimento di allontanamento di uno straniero, verso un Paese la cui normativa o prassi non risulti conforme agli *standard* minimi internazionali in materia di diritto di difesa e di diritto di ricorso effettivo, implichi un rischio di violazione dell'articolo 14 del Patto¹³³.

Infine, il Comitato dei diritti umani ha ricavato, dalla natura assoluta del divieto di tortura e dall'esigenza di garantire una protezione effettiva contro il rischio di *refoulement*, che l'esecuzione di una misura di allontanamento nei confronti di uno straniero, nelle more dell'esame delle sue doglianze dinanzi al Comitato stesso, costituisce una violazione degli obblighi che discendono dal Patto¹³⁴. Nella decisione del caso *Alzery c. Svezia*, che riguardava la deportazione di un cittadino egiziano richiedente asilo, avvenuta senza motivazione e senza garanzie di equo processo¹³⁵, anche il Comitato dei diritti umani ha assunto una posizione di severa condanna della procedura stragiudiziale di consegna, ribadendo che «[b]y the nature of *refoulement*, effective review of a decision to expel to an arguable risk of torture must have an opportunity to take place prior to expulsion, in order to avoid irreparable harm to the individual»¹³⁶.

¹³² HRC, *G. T. v. Australia*, cit., par. 8.7. Inoltre, nel *General Comment 20*, cit., l'HRC ha fatto rientrare, nell'ambito di applicazione dell'art. 7 del Patto, la valutazione delle condizioni di detenzione cui vengono sottoposti i detenuti, confermando la linea giurisprudenziale inaugurata nel caso *Marais v. Madagascar*, n. 49/1979, dec. 24 marzo 1983, CCPR/C/18/D/49/1979, e conferendo una maggiore efficacia al dettame di cui all'art. 10 del Patto, in virtù del quale qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e con il rispetto della dignità inerente alla persona umana.

¹³³ HRC, *A. R. J. v. Australia*, cit., par. 6.15; *Alzery v. Sweden*, n. 1416/2005, dec. 25 ottobre 2006, CCPR/C/88/D/1416/2005, par. 11.9.

¹³⁴ HRC, *Mansour Ahani v. Canada*, n.1051/2002, dec. 29 marzo 2004, CCPR/C/80/D/1051/2002, par. 11: «The Committee reiterates its conclusion that the State party breached its obligations under the Optional Protocol by deporting the author before the Committee's determination of his claim».

¹³⁵ Tale deportazione era avvenuta contestualmente a quella oggetto del ricorso dinanzi al Comitato contro la tortura nel già citato caso *Agiza c. Svezia*. V. BARNETT, *Extraordinary Renditions. International Law and the Prohibition of Torture*, Ottawa, 2008, p. 13 ss. e 20 ss. sulle critiche mosse agli Stati Uniti dal CAT e dall'HRC in merito al rispetto del divieto di *refoulement*.

¹³⁶ HRC, *Alzery v. Sweden*, cit., par. 11.8.

6. L'impatto degli sviluppi normativi in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'extradando sulle cause di rifiuto dell'extradizione.

Com'è emerso dall'analisi svolta sin qui, il divieto di *refoulement* ben può collidere con il rispetto degli obblighi di cooperazione giudiziaria in materia penale assunti dagli Stati. Appare, quindi, opportuno riflettere su come questo potenziale contrasto normativo sia stato gestito negli ultimi decenni.

Per un verso, bisogna prendere atto del fatto che, in anni recenti, la stipula di accordi di estradizione, di mutua assistenza in materia penale e di contrasto al crimine organizzato transnazionale ha ricevuto un significativo impulso, in relazione all'esigenza di combattere il traffico di stupefacenti¹³⁷ e il terrorismo¹³⁸.

Al contempo, l'avanzamento del diritto internazionale dei diritti umani ha esplicato i propri effetti anche in questo ambito, traducendosi nel rafforzamento e nell'ampliamento delle cause di rifiuto dell'extradizione volte alla tutela della persona nel procedimento estradizionale¹³⁹. La tradizionale causa di esclusione dell'extradizione - l'eccezione di delitto politico - ha iniziato a essere interpretata, in sede giurisdizionale, come garanzia volta a proteggere i diritti fondamentali dell'extradando¹⁴⁰. Inoltre, si è affermato un divieto assoluto e inderogabile di estradizione laddove sussista il rischio di tortura o di trattamenti crudeli, inumani o degradanti, di esecuzione della pena capitale o di violazione del principio del giusto processo¹⁴¹.

In aggiunta a ciò, nella tutela dell'individuo contro il rischio di *refoulement* nella vicenda estradizionale, un rilievo non trascurabile hanno assunto le eccezioni all'extradizione legate al divieto di discriminazione per ragioni di

¹³⁷ LUGATO, *op. cit.*, pp. 30 e 66.

¹³⁸ Una sottolineatura dell'importanza dell'istituto nella lotta al terrorismo internazionale è venuta dalla risoluzione 1566/2004 del Consiglio di Sicurezza, adottata all'unanimità l'8 ottobre 2004, nel cui preambolo si afferma che, nel cooperare contro il terrorismo, gli Stati «*must ensure that any measures taken to combat terrorism comply with all their obligation under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular international human rights, refugee and humanitarian law*». Cfr. Security Council Resolution 1566 (2004) Concerning Threats to International Peace and Security Caused by Terrorism, 8 October 2004, UN Doc. S/RES/1566 (2004). In argomento, CARLETTI, *op. cit.*, *passim*.

¹³⁹ LUGATO, *op. cit.*, p. 19. Così anche SIRINELLI, *op. cit.*, p. 611 ss.

¹⁴⁰ Nell'ordinamento italiano, v. ad es., Cass. pen. sez. I, 23 gennaio 1990, ric. *Proc. gen. in causa Van Anraat*, in PICONE (a cura di), *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*, vol. II, *Repertorio 1987-1997*, Napoli, 1997, p. 278 ss. Per la prassi giurisprudenziale di altri Paesi v. ICRC, *Practice Relating to Rule 161. International Cooperation in Criminal Proceedings, Section D. Political offence exception to extradition*, accessibile online all'indirizzo: [http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule161_sectiond].

¹⁴¹ V. *supra*, parr. 4-5.

razza, religione, cittadinanza, politiche o di genere¹⁴². Infatti, per garantire il rispetto del principio di non discriminazione si è imposta l'esigenza di negare la consegna dell'estraddando ogni qualvolta vi siano fondati motivi per ritenere che la richiesta di estradizione per fattispecie criminose ordinarie celi l'intenzione dello Stato richiedente di perseguire un individuo in ragione della sua razza, religione, nazionalità, opinione politica o allorquando tale individuo possa subire un pregiudizio (per una delle summenzionate ragioni) a causa dell'esecuzione della richiesta di estradizione. In questi termini va interpretata la clausola di non discriminazione contenuta in trattati multilaterali come la Convenzione europea e quella interamericana di estradizione¹⁴³.

In entrambi i casi, siffatte clausole sono collegate all'eccezione di delitto politico che, come si è ricordato nella prima parte del lavoro, rappresenta il più antico limite all'estraddizione¹⁴⁴. Nella Convenzione europea di estradizione, l'articolo 3, par. 1 prevede che l'estraddizione «*shall not be granted if the offence in respect of which it is requested is regarded by the requested Party as a political offence or as an offence connected with a political offence*». Ai sensi del successivo par. 2, inoltre, «*[t]he same rule shall apply if the requested Party has substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that that person's position may be prejudiced for any of these reasons*».

Modellata su questa disposizione, ma di contenuto più ampio, è l'eccezione di delitto politico contenuta all'articolo 4 della Convenzione interamericana di estradizione, in base al quale la consegna è interdetta se, «*as determined by the requested State, the offense for which the person is sought is a political offense, an offense related thereto, or an ordinary criminal offense prosecuted for political reasons*»¹⁴⁵. Al successivo paragrafo, il divieto di estradizione si estende anche all'ipotesi in cui «*from the circumstances of the case, it can be inferred that*

¹⁴² CRYER ET AL. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2^a ed., New York, 2010, p. 98.

¹⁴³ Convenzione interamericana sull'estraddizione (*Interamerican Convention on Extradition (B47)*), 25 February 1981, 20 ILM 723 (1981).

¹⁴⁴ Oltre che in numerosi trattati bilaterali e multilaterali in materia, tale limite è riprodotto nella gran parte delle costituzioni nazionali del Ventesimo secolo. V. ad es. Italia, art. 10, 4° co. e art. 26 della Costituzione.

¹⁴⁵ Convenzione interamericana di estradizione, art. 4, par. 4, che aggiunge: «*The requested State may decide that the fact that the victim of the punishable act in question performed political functions does not in itself justify the designation of the offense as political*».

persecution for reasons of race, religion or nationality is involved, or that the position of the person sought may be prejudiced for any of these reasons»¹⁴⁶.

Nella Convenzione europea di estradizione, e ancor più in quella interamericana, emerge che la principale differenza tra le due clausole di esclusione della consegna è il rilievo tributato alla discrezionalità dello Stato richiesto¹⁴⁷. In entrambi i casi, è tale Stato ad accertare la natura dei motivi alla base della richiesta di estradizione. Tuttavia, l'attivazione dell'eccezione di delitto politico è subordinata alla determinazione, da parte dello Stato richiesto, della natura politica del delitto imputato all'estradando, la debolezza del limite essendo inerente alla problematicità della stessa nozione di "reato politico"¹⁴⁸, nonché ai limiti cui l'attivazione della protezione contro la consegna soggiace¹⁴⁹.

Al contrario, l'eccezione antidiscriminatoria è legata all'accertamento, da parte di tale Stato, delle "*circumstances of the case*", vale a dire dell'esistenza di "*substantial grounds for believing*" che, se consegnato allo Stato richiedente, l'estradando possa subire una forma di persecuzione. Le similitudini tra le clausole di non discriminazione contenute nei trattati sull'extradizione qui richiamati e la disposizione di cui all'articolo 33, par. 1 della Convenzione di

¹⁴⁶ Ivi, art. 4, par. 5.

¹⁴⁷ QUADRI, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴⁸ DEL TUFO, *op. cit.*, *passim*. Per una proposta di adozione di una nozione di "delitto politico" nella Costituzione italiana che escluda gli atti terroristici e consenta l'extradizione dei presunti terroristi v. MASARONE, *Argomenti in favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata del delitto politico: il divieto di estradizione per reati politici e la 'depolitizzazione' del terrorismo*, DPC, 28 ottobre 2013.

¹⁴⁹ Ad es. ai sensi del par. 3 dell'articolo 3 della Convenzione europea sull'extradizione, l'attentato alla vita del capo di Stato non costituisce un "reato politico" ai fini dell'applicazione del par. 1 dello stesso articolo. Inoltre, in base al successivo par. 4, gli accordi multilaterali di estradizione obbligatoria per reati politici intercorrenti tra le Parti contraenti la Convenzione prevalgono sugli obblighi derivanti dal par. 1 dell'articolo 3 della stessa. Tali obblighi sono specificati nel Protocollo addizionale alla Convenzione, adottato a Strasburgo il 15 ottobre 1975, che all'art. 1 statuisce: «*For the application of Article 3 of the Convention, political offences shall not be considered to include the following: a. the crimes against humanity specified in the [1948 Genocide Convention]; b. the violations specified in Article 50 of [the 1949 Geneva Convention I], Article 51 of [the 1949 Geneva Convention II], Article 130 of [the 1949 Geneva Convention III] and Article 147 of [the 1949 Geneva Convention IV]; c. any comparable violations of the laws of war having effect at the time when this Protocol enters into force and of customs of war existing at that time, which are not already provided for in the above-mentioned provisions of the Geneva Conventions*». Eccezioni al divieto di estradizione per reati politici sono contenute in trattati quali la Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 dicembre 1948, UN Resolution (III) A, art. VII), le Convenzioni di Ginevra sul diritto umanitario del 1949 (art. 50 della I Convenzione, articolo 51 della II Convenzione, articolo 130 della III Convenzione e articolo 147 della IV Convenzione) e la Convenzione europea per la soppressione del terrorismo, 27 gennaio 1977, artt. 1 e 2), che impediscono la classificazione come reati politici delle fattispecie criminali che ricadono nel proprio impianto normativo.

Ginevra sono evidenti¹⁵⁰, pur emergendo, nel caso delle prime, un più marcato accento sulla natura politica della persecuzione¹⁵¹.

L'extradizione in condizioni che possono configurarsi discriminatorie per l'estradando è annoverata tra i motivi di rifiuto della consegna in molti altri trattati multilaterali e bilaterali sul terrorismo e sui crimini internazionali¹⁵², nonché nella gran parte degli ordinamenti giuridici nazionali¹⁵³. Ad esempio, in termini molto simili alla versione interamericana, l'articolo 5 della Convenzione europea per l'eliminazione del terrorismo stabilisce «*nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite if the requested State has substantial grounds for believing that the request for extradition [...] has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that that person's position may be prejudiced for one of these reasons*»¹⁵⁴. Analogamente, nell'articolo 9 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la presa di ostaggi e negli strumenti di diritto dell'Unione europea sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, si stabilisce il divieto di estradizione per ragioni discriminatorie¹⁵⁵.

La clausola di non discriminazione è altresì contenuta all'articolo 3, lett. b) del *Model Treaty on Extradition* delle Nazioni Unite, che estende il divieto di estradizione ben oltre le tradizionali qualificanti, prevedendo che lo Stato richiesto debba astenersi dalla consegna ogni qualvolta vi siano seri motivi di

¹⁵⁰ LUGATO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵¹ In altri termini, la condotta vietata è la consegna dello straniero allorché, dalle circostanze del caso, si possa dedurre che la richiesta apparentemente fondata sulla volontà di "perseguire" un individuo per un reato ordinario, nasconde, in realtà, l'intento di "perseguitarlo" in ragione delle proprie caratteristiche personali di razza, religione, nazionalità e opinione politica, o di pregiudicare il godimento dei suoi diritti fondamentali per qualsiasi di queste ragioni. La protezione non si estende anche all'appartenenza "a un determinato gruppo sociale", come nel caso dell'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951; in questo senso, la clausola antidiscriminatoria dei trattati multilaterali in materia di estradizione ha una matrice più marcatamente politica.

¹⁵² *Conclusion No. 17*, cit., lett. (d), (e).

¹⁵³ Nel nostro ordinamento, si è detto, la norma è l'articolo 698 del c.p.p. rubricato "Reati pubblici. Tutela dei diritti fondamentali". Ad es. nell'ordinamento tedesco è l'art. 6, par. 2 della legge di cooperazione giudiziaria in materia penale (*Gesetz über Internationale Rechtshilfe*) del 23 dicembre 1982.

¹⁵⁴ Convenzione europea per la soppressione del terrorismo, 1977, articolo 5. V. anche CdE, *Explanatory Report on the European Convention on the Suppression of Terrorism*, (ETS no. 090).

¹⁵⁵ Direttiva 2003/110/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea (GUCE L 321/26, 6.12.2003); Decisione quadro del CdE 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GUCE L 190, 18.7.2002), *cons.* 13 del preambolo.

ritenere che lo Stato richiedente intenda punire, o sottoporre a processo l'individuo, *inter alia*, per le sue origini etniche o il suo sesso o *status*¹⁵⁶.

7. Il principio di non-refoulement come ago della bilancia tra le esigenze della giustizia penale internazionale e quelle della tutela dei diritti umani.

Da quanto sinora detto si evince come, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, il grado di tutela contro il *refoulement* dipende dal punto di equilibrio prescelto nei diversi strumenti tra due contrapposte, eppur meritevoli, esigenze: per un verso quella di non lasciare impuniti i responsabili di gravi crimini (esigenza di cui è emblema l'istituzione della Corte penale internazionale), per altro verso quella di tutelare i diritti della persona coinvolta nel procedimento estradizionale.

Di recente, la questione del contemperamento tra l'esigenza di garantire protezione ai richiedenti e quella di favorire la cooperazione degli Stati al corretto funzionamento della giustizia penale internazionale si è posta all'attenzione della Corte penale internazionale, in relazione al caso di tre testimoni congolese della difesa nel processo contro i "signori della guerra" Katanga e Ngudjolo Chui¹⁵⁷.

I tre cittadini congolese erano detenuti in Congo in attesa di processo quando, nel 2011, sono stati trasferiti nel centro di detenzione della Corte all'Aja¹⁵⁸. In base all'articolo 93, par. 7, lett. (b) dello Statuto di Roma sarebbero dovuti rimanere nella custodia detentiva della Corte, per il tempo necessario a rendere la testimonianza, e quindi essere riconsegnati alle autorità congolese. Tuttavia, adducendo che la testimonianza resa ai giudici all'Aja li avrebbe esposti al rischio di gravi lesioni alla propria incolumità e di violazione del diritto a un equo processo al ritorno nel Paese di origine, avevano presentato

¹⁵⁶ UN Model Treaty on Extradition, articolo 3.

¹⁵⁷ ICC, *Procuratore c. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, dec. 30 settembre 2008.

¹⁵⁸ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo (Decision on an amicus curiae application and on the "Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile" (articles 68 and 93(7) of the Statute))*, ICC-01/04-01/07, dec. 9 giugno 2011, parr. 1-16.

una domanda di asilo allo Stato di sede della Corte (i Paesi Bassi)¹⁵⁹. Inoltre, per assicurarsi di non essere rinviiati in Congo nelle more dell'esame della propria domanda d'asilo da parte delle autorità olandesi, avevano chiesto alla Camera di prima istanza di rimanere nella custodia della Corte penale internazionale, in virtù delle disposizioni contenute nell'articolo 68 dello Statuto di Roma, relative alla protezione delle vittime e dei testimoni e alla loro partecipazione al processo¹⁶⁰.

Si tratta del primo caso in cui la Corte penale internazionale si è confrontata con una richiesta simile¹⁶¹. La Camera di prima istanza ha esordito negando la propria competenza a valutare, ai sensi dell'articolo 68, il potenziale rischio di persecuzione e maltrattamenti che i tre testimoni avrebbero corso una volta consegnati alle autorità congolese¹⁶². Invero, l'articolo richiamato riguarda le misure che la Corte penale può assumere per proteggere i testimoni in ragione della loro cooperazione e non attribuisce alla Corte una competenza a proteggerli da potenziali violazioni dei loro diritti umani, tanto in generale, quanto nell'ambito delle procedure di asilo¹⁶³.

Ciononostante, la Camera ha riconosciuto che il diritto di presentare una domanda di asilo spetta a tutti, anche ai detenuti¹⁶⁴, per cui l'immediata consegna dei testimoni al Congo (che pure ai sensi del richiamato articolo 93 deve avvenire "senza ritardo") avrebbe comportato la violazione degli obblighi generali in materia di diritti umani che discendono in capo alla Corte dallo Statuto. Di conseguenza, nel rispetto di siffatti obblighi di tutela dei diritti umani, ha ritenuto necessario attendere la decisione delle autorità olandesi sulle domande di asilo¹⁶⁵.

Nel motivare questa decisione, la Camera è partita dall'articolo 21, par. 3 dello Statuto, in base al quale l'interpretazione e applicazione del diritto applicabile da parte della Corte penale internazionale deve avvenire, senza

¹⁵⁹ In merito alla questione preliminare della sussistenza della giurisdizione dei Paesi Bassi sui tre testi in custodia della Corte penale internazionale, v. ZORZI GIUSTINIANI, *Il diritto di asilo approda alla Corte penale internazionale*, DUDI, vol. 5, 2011, p. 646 ss., p. 647.

¹⁶⁰ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo (Decision on three applications for leave to appeal Decision of 9 June 2011)*, ICC-01/04-01/07-3003, dec. 14 luglio 2011, par. 1.

¹⁶¹ ICC, *Decision on an amicus curiae*, cit., par. 85. V. anche ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo (Prosecution's Application for Leave to Appeal Trial Chamber II's)*, ICC-01/04-01/07, dec. 15 giugno 2011, par. 14: «*This is, at the same time, a unique situation*».

¹⁶² ICC, *Decision on an amicus curiae*, cit. par. 59 ss.

¹⁶³ Ivi, par. 59.

¹⁶⁴ Ivi, par. 67.

¹⁶⁵ Ivi, par. 79. Per una dettagliata analisi del caso, ZORZI GIUSTINIANI, *Il diritto di asilo approda alla Corte penale internazionale*, cit., a pp. 647-651.

discriminazioni, nel rispetto dei diritti umani riconosciuti in campo internazionale¹⁶⁶. Quindi, dopo aver riconosciuto che «[t]he “non-refoulement” principle is considered to be a norm of customary international law [...] and is an integral part of international human rights protection. All individuals are entitled to enjoy its application by a State»¹⁶⁷, ha affermato che dall’articolo 21, par. 3 deriva un vincolo per la Corte nell’interpretazione delle norme applicabili (nella specie, dell’articolo 68 dello Statuto), che debbono essere interpretate nel rispetto dei diritti umani (nella specie, del diritto a non essere *refoulés* nelle more dell’esame della domanda di asilo)¹⁶⁸.

Con un’innovativa e risoluta affermazione della *primauté* dei diritti umani nell’interpretazione e applicazione dello Statuto di Roma¹⁶⁹, la Camera di prima istanza ha concluso di essere «unable to apply article 93(7) of the Statute in conditions which are consistent with internationally recognised human rights, as required by article 21(3) of the Statute», ossia senza violare il diritto dei testimoni di avere effettivo accesso all’asilo e senza costringere i Paesi Bassi a violare i propri obblighi in materia di protezione internazionale¹⁷⁰.

Al contempo, ha ammonito lo Stato di sede sulla circostanza che la custodia dei testi non possa durare a tempo indeterminato¹⁷¹ e ha ricordato che soltanto a tale Stato spetta il compito di esaminare le domande di asilo dei richiedenti e decidere sul punto¹⁷². Inoltre, ha aggiunto che, in caso di rigetto delle domande da parte dei Paesi Bassi, la consegna dei testi al Congo sarebbe stata comunque subordinata alla verifica della sufficienza di talune “protective measures”¹⁷³, che la Camera aveva chiesto a quest’ultimo Stato di adottare e, nell’eventualità

¹⁶⁶ ICC, *Decision on an amicus curiae*, cit., par. 62.

¹⁶⁷ Ivi, par. 68 e 64.

¹⁶⁸ Ivi, par. 69-70. Sul rilievo della decisione in commento nell’affermazione della primazia dei diritti umani nell’ambito della giustizia penale internazionale si vedano i rilievi di ZORZI GIUSTINIANI, *Il diritto di asilo approda alla Corte penale internazionale*, cit, p. 650 ss. e di FORTIN, *Quatre détenus en RD Congo entendus à la CPI: saisine inédite établissant la primauté des droits de l’homme internationalement reconnus lors de l’application du Statut de Rome*, RQDI, vol. 24, 2011, p. 53 ss.

¹⁶⁹ International Bar Association, *Witnesses before the International Criminal Court, Programme Report on the ICC’s Efforts and Challenges to Protect*, July 2013, pp. 50-54.

¹⁷⁰ ICC, *Decision on an amicus curiae*, cit., par. 73.

¹⁷¹ Ivi, par. 85.

¹⁷² Ivi, par. 64. In merito alle argomentazioni della difesa di Katanga sugli obblighi incombenti sui Paesi Bassi dall’adesione alla CEDU v. ivi, par. 35: «The expectation, then, of the host State that the Court will not, either directly or indirectly, let a person that has expressed fear of being persecuted or treated inhumanely leave for a State that has not obliged itself to respect the prohibition of refoulement, cannot prevent it from admitting the detainees into the asylum procedure. Such a denial would render obsolete the protection of the detained witnesses from serious human rights violations».

¹⁷³ Tali misure sono state definite nella successiva decisione del 22 giugno 2011. V. ZORZI GIUSTINIANI, *Il diritto di asilo approda alla Corte penale internazionale*, cit., p. 650.

dell'insufficienza delle stesse a scongiurare la potenziale lesione dei diritti fondamentali dei testi, «*the Court would then have to seek a solution with one or, if necessary, more States Parties which would afford the witnesses effective protection*»¹⁷⁴.

Invero, quest'ultima ipotesi, assai vaga, di soluzione della questione mediante il ricorso alla cooperazione con altri Stati parti, è stata accantonata in seguito a una successiva ordinanza, con cui la Camera ha preso atto della "sufficienza" delle assicurazioni diplomatiche rese dal governo congolese¹⁷⁵. Nondimeno, i tre testi congolese non sono ancora stati riconsegnati al Paese di origine e si trovano nella custodia dell Corte, essendo, al momento in cui si scrive, ancora pendenti le domande di asilo dinanzi alle competenti autorità olandesi¹⁷⁶.

Infatti, l'ardimentosa decisione della Camera ha aperto un aspro contenzioso tra le autorità olandesi sull'immigrazione, il governo congolese, la Camera stessa e l'Ufficio del Procuratore¹⁷⁷. Siffatto contenzioso è la prova del fatto che un'interpretazione "non-refoulement oriented" dello Statuto di Roma, pur giuridicamente ed eticamente auspicabile, può incidere sull'operatività della Corte stessa e, più precisamente, sul rispetto dell'obbligo di cooperazione che deriva in capo agli Stati parti dalla ratifica del trattato¹⁷⁸ e, dunque, «*could affect the fair and expeditious conduct and potentially the outcome of future [proceedings], including future proceedings in this case*»¹⁷⁹.

8. Il divieto di trasferimento coatto delle "persone protette" nel diritto umanitario: la prassi del Comitato internazionale della Croce Rossa.

Il parallelo ontologico-concettuale che esiste tra il diritto umanitario e quello dei rifugiati è genetico, dal momento che il primo nasce per regolamentare lo

¹⁷⁴ ICC, *Decision on an amicus curiae*, cit., par. 84.

¹⁷⁵ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo (Decision on the Security Situation of witnesses)*, ICC-01/04-01/07, dec. 24 agosto 2011, par. 13.

¹⁷⁶ DÜRR, *ICC Witness on Hunger Strike, Observer*, Mai 1, 2014, accessibile online all'indirizzo: [<http://en.iccobserver.com/2014/05/icc-witness-hunger-strike/>].

¹⁷⁷ La descrizione degli aspetti procedurali si trova in ICC, *Decision on three applications for leave to appeal*, cit., par. 2-7.

¹⁷⁸ In argomento, LANCIOTTI, *op. cit.*, p. 67 ss.

¹⁷⁹ ICC, *Prosecution's Application for Leave to Appeal Trial Chamber II's*, cit., parr. 14-16. In argomento, VAN WIJK, *When International Criminal Justice Collides with Principles of International Protection: Assessing the Consequences of ICC Witnesses Seeking Asylum, Defendants Being Acquitted, and Convicted Being Released*, LJIL, vol. 26, 2013, p. 173 ss., p. 175 ss.

svolgimento delle operazioni belliche, nel tentativo di “umanizzare” la guerra¹⁸⁰, il secondo si sviluppa per far fronte alla principale conseguenza di qualsiasi conflitto, vale a dire il trasferimento coatto di popolazione e la violazione sistematica dei diritti delle minoranze¹⁸¹.

È proprio per proteggere gli “sfollati” della seconda guerra mondiale che la Convenzione di Ginevra venne elaborata. Peraltro, il *continuum* ideale tra la funzione svolta dal diritto internazionale umanitario e da quello dei rifugiati, il cui movente è la protezione della dignità della persona umana, discende anche dal fatto che i rispettivi trattati internazionali sono stati elaborati nello stesso momento storico¹⁸².

Ciononostante, come si è avuto modo di sottolineare più volte nei capitoli precedenti, i due regimi sono andati sempre più divaricandosi in ragione della connotazione marcatamente individuale della nozione di persecuzione accolta nella Convenzione di Ginevra, che ha impedito il riconoscimento dello *status* di rifugiato a coloro che sono vittime della guerra senza essere anche vittime di una forma di persecuzione qualificata (ai sensi dell’articolo 1, lett. (A), par. 2 della Convenzione del 1951)¹⁸³.

Per quanto riguarda la protezione dei rifugiati e degli apolidi che si trovano nel territorio di una delle parti in un conflitto internazionale, siffatte categorie di stranieri sono tutelati dagli effetti delle ostilità dalle norme sulla protezione della popolazione civile, che vietano di attaccarli, terrorizzarli, affamarli¹⁸⁴. Nei conflitti interni, essi sono tutelati, *inter alia*, dall’articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra che, secondo la Corte internazionale di giustizia, è ispirato a «*elementary considerations of humanity*»¹⁸⁵.

¹⁸⁰ MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, *AJIL*, vol. 94, 2000, p. 239 ss., spec. p. 254 ss.

¹⁸¹ In argomento, BRETT, LESTER, *Refugee Law and International Humanitarian Law: Parallels, Lessons and Looking Ahead: A Non-Governmental Organization’s View*, *IRRC*, vol. 83, 2001, p. 713 ss.; JAQUEMET, *The Cross-Fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law*, *IRRC*, vol. 83, 2001, p. 651 ss.; LAVOYER, *Refugees and Internally Displaced Persons: International Humanitarian Law And The Role of the ICRC*, *IRRC*, vol. 305, 1995, p. 162 ss.

¹⁸² V. *supra*, cap. 1, parr. 3-4.

¹⁸³ In argomento, v. HOLZER, *The 1951 Refugee Convention and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence*, UNHCR, PPLA/2012/05, September 2012.

¹⁸⁴ Articolo 73 del Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, adottato l’8 giugno 1977 e artt. 4 e 13 della IV Convenzione di Ginevra sul significato di “persone protette” e sull’applicazione del principio di non discriminazione.

¹⁸⁵ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, cit., p. 114. V. anche il II Protocollo aggiuntivo. In argomento, GUTTERIDGE, *The Geneva Convention of 1949*, *BYIL*, vol. 26, 1949, p. 294 ss., p. 300.

Come già si è detto nella prima parte del lavoro¹⁸⁶, anche nel diritto umanitario vi è una norma che vieta il trasferimento coatto dei rifugiati e degli apolidi e che rappresenta una delle prime formulazioni dell'obbligo di *non-refoulement* del secondo dopoguerra, codificata meno di due anni prima rispetto a quella contenuta nell'articolo 33 della Convenzione sullo *status* di rifugiato¹⁸⁷. Tale norma è accolta nel Titolo II della IV Convenzione di Ginevra sulla protezione dei civili in tempo di guerra, titolo dedicato a regolamentare la situazione degli stranieri presenti sul territorio di una parte belligerante.

L'articolo 45, par. 4 della IV Convenzione prevede: «*[i]n no circumstances shall a protected person be transferred to a country where he or she may have reason to fear persecution for his or her political opinions or religious beliefs*»¹⁸⁸. Nel contesto degli altri paragrafi di cui si compone l'articolo richiamato, che regolano alcune ipotesi in cui invece il trasferimento degli stranieri è possibile – come nel caso in cui un'altra parte contraente della Convenzione fornisca assicurazioni diplomatiche effettive sul rispetto del trattato nei confronti delle persone trasferite¹⁸⁹ o quando la consegna riguardi persone accusate di reati di diritto comune e avvenga in esecuzione di obblighi di estradizione derivanti da trattati conclusi prima dell'inizio delle ostilità¹⁹⁰ – il divieto di *refoulement* contenuto al par. 4 è formulato in termini particolarmente stringenti.

Peraltro, la protezione che il diritto umanitario garantisce ai rifugiati e agli apolidi, contro il rischio di allontanamento coatto, non riguarda soltanto l'ipotesi di *refoulement*, ossia di trasferimento transfrontaliero di stranieri da una parte detentrica a un altro Stato, ma altresì quella di trasferimento forzato all'interno del territorio in cui si svolgono le ostilità (c.d. "*internal displacement*"), ipotesi in relazione alla quale i rifugiati e gli apolidi sono protetti alla stregua della popolazione civile¹⁹¹.

¹⁸⁶ V. *supra*, cap. 1, par. 3.

¹⁸⁷ Come noto, tale Convenzione è stata adottata il 28 luglio 1951 a Ginevra, mentre le quattro Convenzioni di diritto umanitario sono state adottate nella stessa città il 12 agosto 1949.

¹⁸⁸ IV Convenzione di Ginevra, 1949, articolo 45, par. 4. In ordine al divieto di trasferimento coatto in generale della popolazione civile durante i conflitti internazionali, eccezione fatta nei casi in cui sia necessario per proteggere la stessa o per imperiose esigenze militari, v. art. 49, par. 6, della IV Convenzione di Ginevra, art. 85(4)(a) del I Protocollo addizionale. La violazione di tali disposizioni integra un crimine di guerra ai sensi dell'art. 8, par. 2, lett. b), (viii) dello Statuto della Corte penale internazionale.

¹⁸⁹ IV Convenzione di Ginevra, 1949, art. 45, par. 3.

¹⁹⁰ Ivi, par. 45, par. 5.

¹⁹¹ V. l'art. 17 del II Protocollo addizionale, che estende all'ipotesi di conflitto interno la previsione contenuta nell'art. 49 della IV Convenzione di Ginevra, in relazione alla protezione dei civili contro la deportazione dai territori occupati a quello della potenza occupante. Il par. 2 recita: «*civilians shall not be compelled to leave their own territory for reasons connected with the*

L'obbligo di *non-refoulement* nel diritto umanitario è stato enormemente valorizzato nella prassi del Comitato internazionale della Croce Rossa, a partire dalla estensione in via interpretativa del contenuto normativo dell'articolo 45 della IV Convenzione di Ginevra¹⁹². Così, ad esempio, in relazione al significato del divieto "*to be transferred*", il Comitato ha spiegato che esso riguarda qualsiasi trasferimento di stranieri, attuato dalla potenza detentrica, tanto su base individuale che collettiva¹⁹³, e comprende ad esempio, le ipotesi di internamento della persona protetta nel territorio di un'altra parte belligerante, il rimpatrio forzato e l'estradizione.

Inoltre, ha definito le garanzie procedurali che discendono dal divieto di trasferimento contenuto all'articolo 45, par. 4, stabilendo che, nel caso in cui si renda necessaria l'espulsione, essa debba essere eseguita nel rispetto della dignità delle persone riguardate, alle quali deve essere, in ogni caso, garantito il diritto di difesa contro la decisione di deportazione, nonché un lasso di tempo ragionevole prima della materiale esecuzione del provvedimento.

La protezione ha riguardato anche e soprattutto le persone private della libertà personale nelle more del rimpatrio, che lamentino un rischio persecutorio derivante dall'esecuzione del provvedimento di allontanamento¹⁹⁴. In tali casi, il Comitato della Croce Rossa ha affermato che, in base all'obbligo di non trasferimento di cui all'articolo 45, par. 4 della IV Convenzione, la potenza detentrica è tenuta a sospendere l'esecuzione della misura di rimpatrio, a predisporre un'inchiesta sulla fondatezza del timore espresso dal detenuto dinanzi a un giudice competente e a consentire allo straniero in questione l'accesso alle procedure di asilo¹⁹⁵.

Accanto all'interpretazione del contenuto e della portata della protezione contro il trasferimento coatto, in base alla IV Convenzione di Ginevra, e alla definizione delle garanzie procedurali che da essa discendono, nella prassi del

conflict». La violazione di tale disposizione è un crimine di guerra ai sensi dell'art. 8, par. 2, lett. e), (viii) dello Statuto della ICC e può anche integrare un crimine contro l'umanità ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. (d) dello Statuto.

¹⁹² V. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. I, p. 120; vol. II-A, pp. 660-662, 764-765, 809, 826-827, 854-855; vol. II-B, pp. 413-414; Vol. III, pp. 128-129.

¹⁹³ V. ICRC, *Commentary - Art. 45. Part III: Status and treatment of protected persons, Section II: Aliens in the territory of a party to the conflict, Transfer To Another Power*, (2), p. 265 ss., p. 266.

¹⁹⁴ V. in generale RODLEY, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 3° ed., Oxford, 2009, p. 166 ss.

¹⁹⁵ DROEGE, *Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement And Contemporary Challenges*, IRRC, vol. 90, 2008, p. 669 ss.

Comitato si è assistito altresì all'estensione, in via interpretativa, del divieto di respingimento all'ipotesi di deportazione di massa di stranieri¹⁹⁶.

L'interpretazione analogica dell'articolo 45, par. 4 della IV Convenzione ha consentito, inoltre, di ampliare la portata della protezione all'ipotesi di conflitto interno. Nondimeno, le difficoltà pratiche incontrate dal Comitato, nel compiere tale operazione ermeneutica, non sono state trascurabili.

Come si è detto, infatti, l'articolo 45 conferisce una forma di tutela contro il *refoulement* soltanto agli stranieri coinvolti in un conflitto internazionale. Per i conflitti interni, il Comitato ha dovuto ricavare il divieto di respingimento dal diritto dei rifugiati e dai diritti umani. Quando applicabile, e non aggirato mediante la richiesta di assicurazioni diplomatiche¹⁹⁷, siffatto divieto ha posto, tra l'altro, il problema di determinare la titolarità dello stesso in base al concetto di *jurisdiction*¹⁹⁸.

Inoltre, d'un canto, l'adozione del paradigma normativo della protezione internazionale in tempo di pace, per interpretare una norma di diritto umanitario, è stata sovente contestata dagli Stati; dall'altro, il Comitato è stato spesso lasciato solo nel presiedere all'*enforcement* del divieto di respingimento nelle zone di conflitto, dove si registra sovente una capacità di azione limitata degli altri organismi internazionali in grado di operare sul campo, sicché «*[although] non-refoulement as a rule of human rights acts as a safety net [...] as a matter of practical reality all too often there is no-one to hold this safety net*»¹⁹⁹.

La protezione contro il *forced displacement* durante i conflitti interni è peraltro fondamentale nell'attuale contesto storico, giacché sempre più spesso gli afflussi massicci di rifugiati verso i confini di Paesi terzi derivano dalla fuga da

¹⁹⁶ V. ICRC, *Commentary - Art. 45*, cit., a p. 266.

¹⁹⁷ Sul problema della verificabilità dell'efficacia delle assicurazioni diplomatiche in situazioni di conflitto v. GILLARD, *Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law - Three Pillars. Statement at the International Association of Refugee Law Judges World Conference, Stockholm, 21-23 April 2005*: «*The final element of complexity is the increasing resort by states to diplomatic assurances to side-step their obligations under the principle of non-refoulement. The extent, if at all, these are compatible with nonrefoulement is far from clear*» e riconosce un ruolo fondamentale alle corti interne nel chiarimento di tali profili: «*Why do I tell you all of this? Because of the pivotal role of national courts in upholding the principle of nonrefoulement. We look to you to authoritatively set the limits and scope of the principle; identify its constitutive elements; determine the interplay between international humanitarian law, refugee law and human rights law, as well as any issues of criminal responsibility; determine the role and limits of diplomatic assurances*». Accessibile online all'indirizzo [<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/6t7g86.htm>].

¹⁹⁸ Tale problema non rileva *ex* articolo 45, par. 4 della IV Convenzione di Ginevra, giacché nel caso di conflitto internazionale risulta più agevole la determinazione delle responsabilità delle parti coinvolte nello stesso.

¹⁹⁹ GILLARD, *op. cit.*

situazioni di guerra civile²⁰⁰. Come rilevato dall'Alto Commissariato per i rifugiati nel dicembre 2012:

«Since the end of the Cold War, two main trends in the causes, character and impact of armed conflict and other situations of violence can be observed. First, there has been a rise in non international armed conflicts involving a diversity of armed actors along with different modes of violence thus blurring the traditional boundaries between war and peace and between combatants and civilians. Second, while there has been a general decline in the lethality of armed conflicts, there has been an increase in the targeting or terrorizing of civilians (and other forms of “coercive violence” aimed, for example, at controlling the population). The use and availability of low technological weaponry has also aided the spread of conflict into civilian areas, including urban settings. Meanwhile, the indirect effects of conflict – including poverty, economic decline, inflation, violence, disease, food insecurity and malnourishment and displacement – need to be taken into account»²⁰¹.

9. Il contributo del Comitato dei diritti del fanciullo e del Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale.

Nel paragrafo che precede si è ricordato che, pur essendo complementari in origine, le modalità operative del diritto umanitario e di quello dei rifugiati sono andate divaricandosi in ragione della connotazione marcatamente individuale della nozione di persecuzione, accolta nella Convenzione di Ginevra²⁰².

Al fine di garantire protezione alle persone in fuga da conflitti, che non rispondano ai requisiti necessari per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, la prassi degli organi di controllo di trattati universali sui diritti umani ha elaborato specifiche limitazioni al diritto dello Stato ospitante di allontanare lo straniero, soprattutto a partire dalla peculiare vulnerabilità dello stesso e dall'esigenza di garantire l'integrale rispetto del divieto di discriminazione.

La tutela contro il rischio di *refoulement* ha assunto particolare ampiezza nella prassi del Comitato istituito in base alla Convenzione delle Nazioni Unite

²⁰⁰ KÄLIN, *Flight in Times of War*, IRRIC, vol. 83, 2001, p. 621 ss., pp. 631-639.

²⁰¹ UNHCR, *Summary Conclusions on International Protection of Persons Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence*, cit., par. 1.

²⁰² Da qui l'estensione della definizione di rifugiato nel diritto dei rifugiati *post*-Ginevra e, da ultimo, la proposta dell'UNHCR, a seguito della crisi siriana del 2013, di introduzione di un nuovo protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra del 1951, per regolamentare la c.d. “protezione temporanea” e consentire l'operatività del sistema di protezione internazionale dei rifugiati in occasione delle crisi umanitarie di profughi in fuga da guerre civili. V. *supra*, cap. 3, par. 10.

sui diritti dell'infanzia del 1989, che è il trattato più ratificato al mondo²⁰³. Il Comitato ha dedotto il divieto di respingimento, in tempo di pace e di guerra, dall'articolo 22 della stessa²⁰⁴, in base al quale gli Stati parti sono tenuti a fornire garanzie addizionali ai minori rifugiati o altrimenti bisognosi di protezione internazionale, nonché a cooperare per innalzare il livello di protezione ad essi riservato. L'obbligo di protezione "rafforzata" dei minori stranieri rifugiati, che discende dalla disposizione richiamata, è peraltro una specificazione dei principi generali sottesi all'impianto convenzionale, che sono il divieto di discriminazione²⁰⁵, il diritto alla vita²⁰⁶ e il principio del superiore interesse del minore²⁰⁷.

Quest'ultimo, in particolare, pone in capo agli Stati parti l'obbligo di adattare le legislazioni e prassi interne al fine di garantire che, nelle decisioni che riguardano i minori, sia prioritaria la tutela dell'interesse superiore del minore. Calato nel contesto specifico della tutela dei minori stranieri, il principio del superiore interesse si traduce nell'obbligo di adottare *standard* di trattamento di tale "gruppo vulnerabile", in grado di garantire che le decisioni relative all'ingresso, alla permanenza e all'allontanamento degli stessi siano sempre prese nel loro interesse ("*best interest of the child*")²⁰⁸.

In relazione alla formulazione di un obbligo più stringente di tutela dei minori stranieri rifugiati è, dunque, centrale il concetto di "*peculiar vulnerability*", concetto che è stato sviluppato nel diritto internazionale in relazione a una molteplicità di gruppi, come le donne, gli anziani, le persone disabili e le minoranze²⁰⁹.

²⁰³ *Convention on the Rights of the Child* (Convenzione sui diritti del fanciullo), 20 November 1989, UN Doc. A/RES/44/25, 20 November 1989, GAOR Suppl. No. 49 (A/44/49), p. 166.

²⁰⁴ Ivi, articolo 22. In argomento, BIERWIRTH, *The Protection of Refugee and Asylum-Seeking Children, The Convention on the Rights of the Child and the Work of the Committee on the Rights of the Child*, RSQ, vol. 24, 2005, p. 98 ss.

²⁰⁵ Convenzione sui diritti del fanciullo, art. 2.

²⁰⁶ Ivi, art. 6.

²⁰⁷ Ivi, art. 3.

²⁰⁸ V. UNHCR, *Guidelines on determining the Best Interests of the Child*, 2008. Nell'ambito del CdE, v. Comitato dei Ministri, *Twenty Guidelines On Forced Return*, 2005 e *Recommendation CM/Rec (2007) 9 on Life Projects For Unaccompanied Migrant Minors*, 2007; Assemblea parlamentare, *Resolution 1810 (2011), Unaccompanied Children in Europe: Issues of Arrival, Stay and Return*, 2011 e *Recommendation 1596 (2003), Situation of Young Migrants in Europe*, 2003; Commissario per i diritti umani, *Positions on the Rights of Migrant Children in an Irregular Situation*, 2010. Per la prassi dell'Unione europea, v. DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, DUDI, 2014, p. 243 ss.

²⁰⁹ In argomento V. VENTURINI, *op. cit.*, spec. pp. 384-386.

Nel *General Comment No. 6*²¹⁰, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo ha precisato che, in ragione della loro “peculiare vulnerabilità”, i fanciulli debbano essere protetti dal rischio di *refoulement* in qualsiasi circostanza. Quindi, dopo aver sostenuto che il contenuto della norma internazionale che vieta il respingimento dei minori è dato dalla somma degli obblighi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani, dal diritto umanitario e dal diritto dei rifugiati, con particolare riguardo alle norme codificate nell’articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 e nell’articolo 3 della Convenzione contro la tortura²¹¹, ha stabilito che, al fine di rispettare la Convenzione sui diritti del fanciullo, gli Stati parti debbano astenersi dal respingere un minore tanto verso un Paese in cui possa subire un “danno grave”²¹², quanto verso un luogo in cui rischi il *refoulement* indiretto, indipendentemente dalla circostanza che il rischio derivi da un atto od omissione dello Stato o di enti non statuali.

Quanto alla valutazione del rischio che il minore subisca un “danno grave”, ha chiarito l’importanza dell’età e del sesso, nonché delle conseguenze dell’alimentazione e dell’efficienza del sistema sanitario nel Paese di destinazione sullo sviluppo psico-fisico del minore²¹³. Infine, in relazione alla problematica dei “bambini soldato”²¹⁴ e allo sfruttamento della prostituzione minorile nel contesto dei conflitti ha affermato:

«States shall refrain from returning a child in any manner whatsoever to the borders of a State where there is a real risk of underage recruitment, including recruitment not only as a combatant but also to provide sexual services for the military or where there is a real risk of direct or indirect participation in hostilities, either as a combatant or through carrying out other military duties»²¹⁵.

²¹⁰ Comitato dei diritti del fanciullo, *General Comment No. 6 (2005) Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, p. 10, par. 26-28.

²¹¹ Ivi, par. 26.

²¹² Come si spiegherà meglio nel capitolo 6, la nozione di “danno grave” è alla base del diritto dell’Unione europea che ha sviluppato la protezione sussidiaria.

²¹³ *General Comment No. 6 (2005)*, cit., par. 27.

²¹⁴ La Convenzione sui diritti dell’infanzia tutela i minori coinvolti nei conflitti armati attraverso varie disposizioni, in particolare l’art. 38. Tuttavia, la gravità della questione del coinvolgimento dei minori nelle guerre moderne ha condotto alla codificazione di uno strumento giuridico *ad hoc*, rappresentato dal Protocollo opzionale sul coinvolgimento dei minori nei conflitti armati, adottato dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2000, con Ris. A/RES/54/263 (v. *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict*, New York, 25 May 2000, 2173 UNTS 222).

²¹⁵ *General Comment No. 6 (2005)*, cit., par. 28.

Invero, come si è detto nel paragrafo che precede, a partire dagli anni Novanta, la polverizzazione dei conflitti interni, soprattutto a sfondo etnico o religioso, ha modificato i connotati del problema mondiale dei rifugiati, rendendo necessari adattamenti e previsioni di speciali tutele nei confronti di coloro che fuggono da guerre civili.

Anche il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale ha considerato tale problematica, nella *Raccomandazione n. 22*²¹⁶, in cui ha precisato il contenuto dei diritti di cui godono i rifugiati e i profughi etnici in fuga da aree di conflitto, ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione Onu sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale²¹⁷.

L'articolo 5 della Convenzione stabilisce che gli Stati parti adottano le misure atte a garantire l'eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione razziale e a consentire a ciascuno – senza distinzioni di razza, colore, origini etniche o nazionali – l'eguaglianza di fronte alla legge, il diritto alla libertà e alla sicurezza, i diritti politici e civili (in particolare, il diritto di lasciare il proprio e di farvi ritorno) e i diritti economici sociali e culturali (in particolare, il diritto al lavoro, alla casa, alla salute, all'istruzione e alla partecipazione alla vita pubblica).

Da tale articolo il Comitato ha ricavato il diritto al rimpatrio volontario in condizioni di sicurezza dei rifugiati o dei profughi²¹⁸, nonché, dopo il rimpatrio, il diritto a riacquisire le proprietà di cui erano stati privati e a partecipare alla vita pubblica a tutti i livelli e in condizioni di parità con gli altri cittadini²¹⁹.

Si tratta, indubbiamente, di un cambio di passo nella definizione dello statuto giuridico del migrante, ove si consideri che non può ritenersi operante nel diritto internazionale contemporaneo un vero e proprio *ius migrandi*, vale a dire un diritto di libera circolazione dello straniero che si spinga sino a ricomprendere un diritto soggettivo di installarsi in uno Stato diverso da quello di nazionalità, cui corrisponda un obbligo giuridico in capo a tale Stato ospitante di ammettere tale straniero nel proprio territorio²²⁰. Invero, nell'ottica

²¹⁶ *General Recommendation No. 22: Article 5 and Refugees and Displaced Persons*, 24 agosto 1996, cons. 1 del Preambolo: «Conscious of the fact that foreign military, non-military and/or ethnic conflicts have resulted in massive flows of refugees and the displacement of persons on the basis of ethnic criteria in many parts of the world». In argomento, CASSESE, *Il sistema di garanzia della Convenzione dell'ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, RDI, vol. 50, 1967, p. 270 ss.

²¹⁷ *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21 December 1965, General Assembly Resolution 2106 (XX), 660 UNTS 195.

²¹⁸ Ivi, art. 5, par. 2: «(a) All such refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin under conditions of safety».

²¹⁹ Ivi, lett. (c).

²²⁰ In argomento, NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, cit., p. 42 ss.

del Comitato, il rispetto, integrale ed effettivo del divieto di discriminazione nelle operazioni di allontanamento degli stranieri, impone agli Stati parti l'obbligo di astenersi dall'adozione di misure di rimpatrio, contro la volontà dello straniero da espellere e qualora questi rischi di essere gravemente discriminato al ritorno in patria²²¹.

In questa logica, dall'articolo 5 della Convenzione contro la discriminazione razziale discendono due ordini di conseguenze.

In primo luogo, che per soddisfare le condizioni sopra elencate – ossia la volontarietà del rimpatrio, il ritorno dello straniero in condizioni di sicurezza e la sua partecipazione alla vita civile e sociale nel Paese di origine – la procedura di allontanamento di un rifugiato o di un profugo debba svolgersi nel pieno rispetto di tutte le garanzie che discendono dal principio di non discriminazione.

In secondo luogo, che l'obbligo di *non-refoulement* non possa ritenersi rispettato quando l'allontanamento comporti la privazione del godimento di un nucleo indefettibile di diritti civili e politici, ma anche economici e sociali, equiparabile a un'ingiustificabile discriminazione nei confronti dell'individuo allontanato²²².

Tali sviluppi interpretativi appaiono particolarmente interessanti, nell'attuale contesto storico, in cui si moltiplicano le c.d. “*non arrival policies*”, ossia le politiche migratorie tendenti a contenere i flussi migratori mediante meccanismi in grado di comprimere il diritto di lasciare il proprio Paese, costringendo coloro che subiscono una lesione dei propri diritti fondamentali a rimanere all'interno del territorio in cui si origina la predetta lesione²²³.

Invero, in assenza di forme di protezione efficaci e universalmente riconosciute degli sfollati interni, il rispetto del diritto di lasciare il proprio Paese di origine è il necessario presupposto affinché uno straniero possa dimostrare di abbisognare della protezione che deriva dal divieto di respingimento ed essere quindi liberato dal rischio di gravi discriminazioni e violazioni dei propri diritti umani fondamentali²²⁴.

²²¹ *General Recommendation No. 22*, cit., par. 2, (b): «States parties are obliged to ensure that the return of such refugees and displaced persons is voluntary and to observe the principle of non-refoulement and non-expulsion of refugees».

²²² Sul rapporto tra i concetti di “persecuzione” e “discriminazione” ai fini della protezione internazionale, si rinvia ai rilievi svolti *supra*, cap. 2, parr. 2 ss.

²²³ Su queste delicate questioni si tornerà nella parte terza del presente scritto, spec. nel cap. 6.

²²⁴ CdE, *The Right to Leave a Country. Issue Paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, October 2013, par. 31: «Key to the right [...] to be protected from refoulement is the right of people to leave their countries. Until they have done so they cannot be recognised as refugees – only

Tale diritto, come si è detto in apertura del presente paragrafo, è strettamente correlato al quello di ritornare nel proprio Paese, in condizioni di sicurezza e nel rispetto dell'articolo 5 della Convenzione, che è stato recentemente (seppur in maniera indiretta) richiamato anche nel caso *Georgia c. Russia*, posto all'attenzione della Corte internazionale di giustizia²²⁵.

Senza entrare nei dettagli della controversia, rispetto alla quale nel 2011 tale giurisdizione si è dichiarata incompetente, per quel che qui interessa, basti ricordare che essa riguardava il conflitto originatosi nel 2008 in Ossezia del sud²²⁶, regione semiautonoma della Georgia, le cui pretese secessionistiche avevano ricevuto il sostegno della Russia con la giustificazione che il governo di Tbilisi non fosse in grado di proteggere, appunto, la minoranza osseta di origine russa ivi residente²²⁷. A sua volta la Georgia, preoccupata per le sorti dei cittadini di etnia georgiana, che si trovavano in Ossezia del sud e in Abkhazia, e che erano stati costretti dalle forze armate russe, di concerto con le milizie separatiste ossete, ad abbandonare le proprie case, aveva chiesto alla Corte internazionale di giustizia l'adozione di una misura interinale²²⁸ per prevenire, *inter alia*, l'irreparabile violazione dell'articolo 5 della Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale nei confronti di tali cittadini e consentirne il ritorno alle proprie case, in condizioni di sicurezza²²⁹.

Nell'ordinanza del 15 ottobre 2008, pur in assenza di riferimenti espliciti alla questione sollevata dalla Georgia, la Corte internazionale ha accordato la richiesta di tale Stato²³⁰.

internally displaced persons. The international protection right is only triggered once the individual has managed to cross an international border. For this reason the right to leave one's country is central to the right to enjoy international protection».

²²⁵ ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, obiezioni preliminari, sent. 1 aprile 2011, ICJ Reports 2011, p. 70 ss., par. 187.

²²⁶ SPAGNOLO, *La "tentata" prevenzione del conflitto in Sud Ossezia e in Abkhazia*, in SACCUCCI, NAPOLETANO (a cura di), *Gestione internazionale delle emergenze globali. Regole e valori*, Napoli, 2013, p. 27 ss.

²²⁷ Ci sia consentito rinviare a VITIELLO, *Il ricorso alla forza a protezione dei propri cittadini all'estero: evoluzione e limiti della prassi*, in LANCIOTTI, TANZI (a cura di), *Il ricorso alla forza e la legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 203 ss., p. 225 ss.

²²⁸ ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia c. Russia)*, adozione di misure provvisorie 15 ottobre 2008, ICJ Report 2008, p. 353 ss.

²²⁹ ICJ, *Amended Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of Georgia*, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.icj-cij.org/docket/files/140/14689.pdf>], par. 19.

²³⁰ ICJ, *Georgia c. Russia*, 2008, cit., pp 398-399: «Both Parties, within South Ossetia and Abkhazia and adjacent areas in Georgia, shall refrain from any act of racial discrimination and abstain from sponsoring, defending or supporting such acts; refrain from placing any impediment to humanitarian assistance; and

10. La natura del divieto di allontanamento dello straniero a rischio di violazione del divieto di tortura e maltrattamenti.

Ciò che viene in evidenza dalla prassi del Comitato contro la discriminazione razziale, descritta nel paragrafo che precede, è la tendenza a collocare il diritto degli stranieri all'interno di un sistema organico di norme internazionali in materia di protezione della persona umana, attraverso il superamento della logica dei "compartimenti stagni". Questa tendenza discende dall'internazionalizzazione del problema delle migrazioni forzate, fenomeno in preoccupante crescita e contro il quale non è sufficiente schierare i soli strumenti di cui dispone il diritto dei rifugiati²³¹. Nella ridefinizione dello statuto giuridico degli stranieri, il *non-refoulement* va acquisendo una rilevanza crescente, in quanto comune architrave di una complessa, ancorché fragile, struttura che la comunità internazionale va erigendo a protezione della dignità

refrain from any action which might prejudice the rights of the other Party or which might aggravate or extend the dispute». Nella sentenza del 2011, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza sul concetto di "controversia internazionale" (par. 26-30) e dedicato una minuziosa analisi di tutti gli atti di valenza interna e internazionale prodotti dalla Georgia in relazione alla vicenda osseta (parr. 31-104), la Corte ha concluso che non vi fossero riferimenti sostanziali alla responsabilità della Russia per la violazione del diritto di ritorno in condizioni di sicurezza degli sfollati georgiani ai sensi della Convenzione contro la discriminazione razziale e che, quindi, «no legal dispute arose between Georgia and the Russian Federation during that period with respect to the Russian Federation's compliance with its obligations under CERD» (par. 105). Giova ricordare che ulteriori chiarimenti sul rapporto tra diritti umani e diritto umanitario nella protezione contro le moderne forme di *displacement* sono forse ancora possibili in relazione alla vicenda osseta, giacché è al momento pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo il ricorso interstatale presentato dalla Georgia, dichiarato ammissibile il 13 dicembre 2011 (*Georgia c. Russia (II)*, n. 38263/08, adozione di misure provvisorie, dec. 13 dicembre 2011). A riguardo, è interessante che la Corte di Strasburgo ha reagito all'eccezione sull'ammissibilità, sollevata dalla Russia in relazione alla natura internazionale del conflitto che l'aveva opposta alla Georgia, ricordando che «the Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part», che il diritto umanitario riveste «an indispensable and universally accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict», che nessuno dei due Stati coinvolti aveva fatto appello alla deroga contenuta all'articolo 15 della CEDU e che la questione del rapporto tra diritto umanitario e diritto CEDU dovesse essere valutata nel merito. Cfr. Corte EDU, *Georgia c. Russia (II)*, parr. 72-74. V. anche parr. 5, 31, 36 in cui si riporta che anche alla Corte di Strasburgo lo Stato ricorrente aveva chiesto l'adozione di una misura provvisoria, accordata dalla Corte EDU il 12 agosto 2008, per far cessare le azioni delle forze separatiste e russe volte a distruggere la proprietà dei cittadini georgiani presenti in Ossezia e Abkhazia, ad espellerli e a impedire loro il ritorno alle proprie case, in violazione dell'articolo 8 CEDU, dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU (Paris, 20.III.1952, CETS 115) e dell'articolo 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU (Strasbourg, 16.IX.1963, CETS 115).

²³¹ Cfr. UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011*, 27 March 2012.

umana dello straniero, le cui colonne sono il diritto dei rifugiati, i diritti umani e il diritto umanitario²³². La norma che viene in evidenza, in maniera particolare, è il divieto assoluto di allontanamento dello straniero a rischio tortura o maltrattamenti.

Nel dibattito internazionale, la prassi del Comitato contro la tortura e quella del Comitato dei diritti umani, come pure la giurisprudenza degli organi di controllo di trattati regionali sui diritti umani, esaminata nel capitolo che segue, hanno offerto lo spunto per una più generale riflessione sulla natura della norma che vieta il respingimento in presenza di un rischio di sottoposizione a tortura e maltrattamenti nel Paese di destinazione dello straniero²³³.

In anni recenti, a tale norma è stata, sempre più spesso, e sempre più a ragione, riconosciuta natura consuetudinaria, muovendo da due diverse linee argomentative: l'una basata sulla formazione di una norma di diritto internazionale generale, a partire dalla norma pattizia contenuta nell'articolo 3 della Convenzione contro la tortura; l'altra fondata sul presupposto che la norma che vieta la tortura e i maltrattamenti contenga, al proprio interno, un divieto di respingimento a tutela del diritto a non subire la condotta proibita, per cui la natura consuetudinaria del *non-refoulement* discenderebbe dalla ricostruzione del divieto di tortura e maltrattamenti in termini di diritto internazionale generale.

Nella ricostruzione dello sviluppo di una norma di diritto internazionale generale che vieta il respingimento, dall'obbligo pattizio contenuto nell'articolo 3 della Convenzione contro la tortura, possono adottarsi i medesimi criteri utilizzati per valutare la formazione di un divieto consuetudinario di *refoulement* a partire dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra²³⁴. Anche in questo caso, la reale difficoltà non consiste nel provare in astratto il carattere di "norma generatrice di norme" del divieto in questione, tanto più stante la chiarezza del contenuto dell'obbligo posto in capo agli Stati parti e la natura incondizionata dello stesso²³⁵.

Più complessa potrebbe rivelarsi la dimostrazione dell'esistenza di una prassi concorde e convergente nel riconoscimento della natura consuetudinaria

²³² GILLARD, *op. cit.*: «*International humanitarian law, refugee law and human rights law are complementary bodies of law that share a common goal, the protection of the lives, health and dignity of persons. They form a complex network of complementary protections and it is essential that we understand how they interact.*».

²³³ V. MESSINEO, *op. cit.*, p. 149.

²³⁴ V. *supra*, cap. 3, par. 13.

²³⁵ ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., parr. 71-72.

del divieto di respingimento a rischio tortura. Invero, pur essendo sufficiente la prova che siffatta prassi sia “generale”²³⁶, e non essendo necessario dimostrarne l’universalità, anche la ricostruzione di una prassi generale potrebbe essere un’operazione complicata nell’attuale contesto storico, a causa del proliferare di pratiche che supportano un affievolimento della percezione dell’obbligatorietà giuridica del divieto di *refoulement*, nonché di politiche di “outsourcing” della tortura, basate su un’interpretazione dell’articolo 3 della Convenzione contro la tortura che tende a privare la norma del proprio effetto utile²³⁷.

Tuttavia, non è peregrino credere che la norma *de qua* sia venuta in formazione prima degli sviluppi della prassi in relazione alla “war on terror”, che riguardano, appunto, gli anni Duemila. In questa prospettiva, le pratiche in contrasto con il divieto di *refoulement* (sviluppatosi dall’articolo 3 della Convenzione contro la tortura) perderebbero rilevanza, dal punto di vista della ricostruzione del valore generale dello stesso, e rappresenterebbero meri episodi di violazione di una norma consuetudinaria già esistente²³⁸.

In ogni caso, seguendo questa linea argomentativa si giunge ad affermare la sussistenza di un divieto generale di respingimento a rischio tortura, con i limiti che discendono dalla mancata estensione dello stesso all’ipotesi di rischio di “trattamenti inumani e degradanti” e dalla qualificazione in termini pubblicistici dell’agente di persecuzione.

Un divieto consuetudinario di respingimento, di più ampia portata e più coerente con gli sviluppi attuali, può essere derivato seguendo l’approccio argomentativo indicato dal Comitato dei diritti dell’uomo, nonché (lo si dirà meglio in seguito) dalla Corte europea dei diritti dell’uomo a partire dal caso *Soering*²³⁹. Come si è anticipato, tale approccio si basa sulla derivazione, in via

²³⁶ In tal senso ancora ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, cit., par. 186, già cit. nel capitolo 3, par. 13.

²³⁷ V. *supra*, par. 4.

²³⁸ In termini più ampi v., MESSINEO, *op. cit.*, p. 147: «once it is established that a customary international law rule is formed, subsequent contrary practice is a violation thereof, not a lack of state practice [...] especially if such violations are carried out by states parties to the Convention, reasoning a contrario from the ‘Baxter paradox’». Come si è già detto nel capitolo che precede (nota 261), secondo Baxter la prassi degli Stati parti di trattati multilaterali in relazione al rispetto di norme ivi contenute, che si sono, poi, cristallizzate nel diritto internazionale generale, non rileva ai fini dell’emersione della consuetudine, argomentazione dalla quale Messineo deduce che neppure possa rilevare la prassi in violazione delle suddette norme, quando riguardi Stati parti del trattato.

²³⁹ V. *infra*, cap. 5, par. 1. Naturalmente, la Corte EDU è un organo di un trattato regionale in materia di diritti umani, nondimeno la sua giurisprudenza sull’articolo 3 CEDU si è rivelata influente anche al di là del contesto regionale degli Stati parti. In argomento, DELAS, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l’homme*, Bruxelles, 2011.

interpretativa, di un divieto di respingimento dalla norma che vieta la tortura e i maltrattamenti (la cui assolutezza riflette a sua volta l'esigenza di garantire il rispetto del sommo valore della dignità umana).

Tale operazione ermeneutica si giustifica nella misura in cui il *non-refoulement* si atteggia come un "mezzo" per raggiungere il "fine" di garantire il rispetto assoluto del divieto di tortura²⁴⁰, approntando una protezione "rafforzata" contro il potenziale verificarsi della condotta proibita dal divieto. Se ne deduce che il *non-refoulement* «*is structurally embedded in the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*» per cui «*it is sufficient to show that the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment has attained the status of customary international law and it will automatically follow that non-refoulement shares the same status*»²⁴¹.

L'inquadramento del divieto di respingimento come "obbligo implicito" contenuto nel divieto di tortura e maltrattamenti, oltre a estenderne la portata ed escludere il contemperamento, semplifica di non poco la ricostruzione dello stesso in termini di diritto consuetudinario, che discenderebbe *per relationem* dalla norma che vieta la tortura e i maltrattamenti, la cui natura generale non è invero revocabile in dubbio nell'attuale stadio di sviluppo del diritto internazionale²⁴².

Indipendentemente dall'approccio teorico-ricostruttivo che si predilige, comunque, l'analisi sinora condotta, e quella che sarà svolta nel capitolo che segue, mostrano che la natura consuetudinaria e il carattere assoluto del divieto di allontanamento dello straniero a rischio tortura e maltrattamenti sono stati ampiamente riconosciuti tanto nell'alveo dei diritti umani²⁴³, quanto nella cooperazione giudiziaria in materia penale²⁴⁴ e nel diritto umanitario²⁴⁵.

Appare invero difficile negare, nella fase attuale, che questo processo abbia già condotto all'affermazione di un divieto consuetudinario di respingimento in rapporto alle ipotesi di allontanamento a rischio di tortura, trattamenti crudeli, inumani e degradanti²⁴⁶; così come (lo si è già detto) non sembra ragionevole

²⁴⁰ HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., spec. a p. 510.

²⁴¹ In questi termini MESSINEO, *op. cit.*, p. 149, dove l'A. illustra la linea argomentativa basata sugli obblighi impliciti. Tale linea è stata sviluppata, su tutti, da LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, cit., p. 150 ss.

²⁴² GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, pp. 345-346

²⁴³ V. *supra*, parr. 4-5.

²⁴⁴ V. *supra*, parr. 6-7.

²⁴⁵ V. *supra*, parr. 8-9.

²⁴⁶ In accordo con questa posizione, v. GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, pp. 345-354, spec. p. 354; MESSINEO, *op. cit.*, p. 129 ss.; DUFFY, *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, cit., p. 384: «*With 90 per cent of the world's sovereign states party to a treaty which*

disconoscere la formazione di un obbligo consuetudinario di *non-refoulement* in relazione a un rischio di persecuzione, il cui contenuto ricalchi quello della norma di cui all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra²⁴⁷.

D'altra parte, anche quella dottrina minoritaria che nega l'esistenza di una norma di diritto internazionale generale sul *non-refoulement*, in realtà disconosce la formazione di un "principio" di *non-refoulement* – inteso come somma di tutte le norme internazionali che sanciscono un divieto di respingimento – posizione che ci vede, peraltro, d'accordo²⁴⁸, ma ammette che il divieto possa essere «*the subject of general acceptance within a particular context. That is, the assertion that all states accept the duty of protection against refoulement assumes some agreement about the circumstances in which the duty is owed*»²⁴⁹.

La tesi qui sostenuta trova, inoltre, conferma nella centralità che il divieto di respingimento (nelle accezioni sopra delineate) assume nella struttura del *Progetto di articoli sulla protezione dei diritti umani delle persone espulse o in via di espulsione*²⁵⁰, recentemente elaborato dalla Commissione del diritto internazionale, che nel 2004 ha deciso di avviare un processo di codificazione in tema di espulsione, preso atto, appunto, dell'urgenza di una regolamentazione organica della materia²⁵¹.

Il Progetto di codificazione è ispirato a una visione moderna della condizione dello straniero, fondata sul principio di umanità²⁵², che esige, oltre

prohibits refoulement in some shape or form, does this sufficiently establish the normative status of non-refoulement in international law? The incorporation of this principle into key international instruments is also testament to consistent practice and a strong opinio juris which contributes to the creation of a customary norm».

²⁴⁷ V. *supra*, cap. 3, par. 13.

²⁴⁸ V. *supra* cap. 3, par. 12.

²⁴⁹ HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., spec. a p. 510.

²⁵⁰ ILC, *Draft articles on protection of the human rights of persons who have been or are being expelled*, cit.

²⁵¹ In argomento v. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, cit., p. 64 ss.

²⁵² V. ad es., Corte inter.am., *Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, Requested By The United Mexican States. Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, par. 88: «*The fact that, despite all the sufferings of past generations, persist in our days new forms of exploitation of man by man, – such as the exploitation of the labour force of the undocumented migrants, forced prostitution, the traffic of children, forced and slave labour, amidst a proved increase of poverty and social exclusion and marginalization, the uprootedness and family disruption, – does not mean that "regulation is lacking" or that Law does not exist. It rather means that Law is being ostensibly and flagrantly violated, from day to day, to the detriment of millions of human beings, among whom the undocumented migrants all over the world. In reacting against these generalized violations of the rights of the undocumented migrants, which affront the juridical conscience of humankind, the present Advisory Opinion of the Inter-American Court contributes to the current process of the necessary humanization of International Law*».

al rispetto generale del principio di non discriminazione²⁵³, il riconoscimento di particolari tutele nel momento di contatto dello straniero con la sovranità di uno Stato diverso da quello di origine o di residenza abituale. Tale funzione cautelare è svolta, appunto, dal divieto di respingimento, che è contenuto in due norme distinte, poste sotto lo stesso capo, rubricato *“Protection in relation to the risk of violation of human rights in the receiving State”*.

Il primo è l'articolo 14 (*“Obligation to ensure respect for the right to life and personal liberty in the receiving State of persons who have been or are being expelled”*), che riflette la formulazione dell'obbligo di *non-refoulement* nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, ma la integra con gli sviluppi dello stesso nell'alveo dei diritti umani in relazione al rischio di esecuzione capitale e la depura dai limiti contenuti nel par. 2 del summenzionato articolo²⁵⁴.

Il secondo è l'articolo 15 (*“Obligation to protect persons who have been or are being expelled from torture and inhuman or degrading treatment”*), che trae ispirazione dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'articolo 3 CEDU, contenendo un divieto generale di espulsione a rischio tortura e maltrattamenti, esteso all'ipotesi in cui l'agente di persecuzione sia un'entità non statale e a quella in cui lo Stato di destinazione sia un *“failed state”*²⁵⁵.

Tuttavia, la strada verso la codificazione di un obbligo di non respingimento nel settore dell'espulsione degli stranieri appare ancora in salita. Nel contrasto delle resistenze degli Stati²⁵⁶, appare, quindi, fondamentale il contributo dei

²⁵³ Sul rilievo del principio di non discriminazione nella riforma dello statuto del migrante torneremo nel corso del capitolo che segue.

²⁵⁴ *Draft articles on protection of the human rights of persons who have been or are being expelled*, cit., art. 14: «1. No one may be expelled or returned (*refoulé*) to a State where his or her right to life or personal liberty is in danger of being violated because of his or her race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinions. 2. A State that has abolished the death penalty may not expel an alien who is under a death sentence to a State in which that person may be executed without having previously obtained an assurance that the death penalty will not be carried out. 3. The provisions of paragraphs 1 and 2 of this article shall also apply to the expulsion of a stateless person who is in the territory of the expelling State».

²⁵⁵ Ivi, art. 15: «1. A State may not expel a person to another country where there is a real risk that he or she would be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment. 2. The provisions of paragraph 1 of this article shall also apply when the risk emanates from persons or groups of persons acting in a private capacity and when the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection». Si noti che il riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU è esplicito. Infatti, nella nota n. 8 all'art. 15, il Relatore Kamto specifica espressamente che le parole *“and when the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection”* sono state aggiunte nella bozza rivista *«in order to reflect the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the case of H.L.R. v. France»*.

²⁵⁶ V. ad es., la dichiarazione resa dal rappresentante degli Stati Uniti che, il 30 ottobre 2009 al 21° *meeting* del Sesto Comitato, durante la 64° sessione dell'Assemblea Generale, rispetto all'81°

sistemi regionali di protezione dei diritti umani²⁵⁷. Solo all'interno di tali sistemi può essere completato il passaggio da forme di tutela che, pur derivando da un trattato di tipo universale, restano confinate nel regime giuridico dei rifugiati (riflettendone l'obsolescenza delle radici storiche e la debolezza degli strumenti di *enforcement*), a un sistema di protezione fondato su un catalogo di diritti umani limitato, ma dotato di meccanismi di controllo del rispetto dei diritti decisamente più avanzati²⁵⁸, in grado di evitare che la protezione dell'individuo si riveli sterile²⁵⁹. Come si approfondirà nel capitolo che segue, queste corti sono in condizione di opporre, alla *real politik* degli Stati, "l'imperialismo dei diritti umani"²⁶⁰.

11.1 riflessi della cogenza del divieto di tortura sull'interdizione dal respingimento.

L'UNHCR²⁶¹ e parte della dottrina²⁶² hanno derivato dall'imperatività del divieto di tortura la cogenza del divieto di respingimento ad esso collegato²⁶³.

punto dell'agenda, UN Doc. A/C.6/64/SR.21, par. 99, si è detto "troubled" dall'incorporazione dell'obbligo di *non-refoulement* in diverse disposizioni del summenzionato Progetto di articoli. Per la risposta del *Rapporteur speciale v. Eighth Report on the Expulsion of Aliens by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, Sixty-fourth session, Geneva, 7 May-1 June and 2 July-3 August 2012, 22 March 2012, UN Doc. A/CN.4/651, par. 7.*

²⁵⁷ Sul riconoscimento dell'importanza della giurisprudenza delle Corti europee nella definizione della norma sul *non-refoulement v. Meeting Report - 44th meeting, Paris, 19-20 September 2012, (CAHDI) (2012) 20 32, Appendix VI - Statement By Sir Michael Wood, Member of the International Law Commission, on the Work of the International Law Commission at its Sixty-Fourth Session, 7 May-1 June And 2 July-3 August 2012, Parigi, 20 settembre 2012, p. 32 ss., pp. 35-36.*

²⁵⁸ VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 26-27.

²⁵⁹ Nello stesso senso v. *Joint UNHCR/ Council of Europe Colloquium on the Role of Regional Human Rights Courts in Interpreting and Enforcing Legal Standards for the Protection of Forcibly Displaced Persons, Conference Report, 15-16 June 2011, Strasbourg, France, p. 35 ss.*

²⁶⁰ Corte EDU, *Al-Skeini et al. c. Regno Unito [GC]*, n. 55721/07, sent. 7 luglio 2011, opinione concorrente del Giudice Bonello, parr. 37-39, cit. in VILLANI, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, cit., p. 303.

²⁶¹ V. *supra*, cap. 3, parr. 12-13.

²⁶² V. *ex multis*, TAN, *Extraordinary Rendition, Victims' Rights, and State Obligations*, JAIS, vol. 5, 2013, p. 82 ss.; DEN HEIJER, *Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights*, EJML, vol. 10, 2008, p. 277 ss., p. 288; ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, pp. 563-566; MAY, *Global Justice and Due Process*, Cambridge, 2011; ALLAIN, *op. cit.*, *passim.*; STUART, *The Inter-American System of Human Rights and Refugee Protection: Post September 11th 2001*, cit., p. 19: «A state may not therefore refole an individual where any of these peremptory norms are in danger of being violated. The logical conclusion to draw is that the norm of non-refoulement is an integral part of those fundamental values that are already international peremptory norms»; MESSINEO, *op. cit.*, pp. 149-150: «If the status of non-refoulement towards torture

L'affermazione, in via di deduzione logica, del valore di *jus cogens* del *non-refoulement* a rischio tortura ha riguardato anche la prassi di taluni giudici nazionali, come nel sopra citato caso *A.G. c. Zaoui*²⁶⁴, deciso nel 2005 dalla Corte Suprema neozelandese. La medesima linea argomentativa è stata seguita nella giurisprudenza penale internazionale in cui la funzione del *non-refoulement* quale corollario del divieto di tortura è stata addotta, *ad abundantiam*, a dimostrazione della cogenza di quest'ultima norma.

Il riferimento è alla decisione del Tribunale per la ex Jugoslavia nel caso *Furundzija*, in cui, dalla natura cogente del divieto di tortura²⁶⁵ e dall'importanza di questa norma per la vita di relazione internazionale²⁶⁶, è stata dedotta la formulazione della norma in termini inderogabili nell'alveo dei diritti umani²⁶⁷, nonché la previsione di una forma di protezione indiretta attraverso il divieto di respingimento. Il Tribunale ha sostenuto, infatti, che la norma che vieta la tortura «*is so extensive that States are even barred by international law from expelling, returning or extraditing a person to another State where there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to torture*»²⁶⁸. Inoltre, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte europea sull'articolo 3 CEDU²⁶⁹, e trasponendola dall'ambito dei diritti dell'uomo a quello del diritto penale internazionale, ha aggiunto che gli Stati sono tenuti a garantire il rispetto del divieto di tortura (nonché di trattamenti

and inhuman or degrading treatment is the same as that of the norm it is embedded into, it would follow that non-refoulement towards torture (and possibly other formes of ill-treatment) may now be deemed a rule of jus cogens. This is because the prohibition of torture (and possibly that of inhuman or degrading treatment or punishment) is considered by many as a typical example of peremptory norm».

²⁶³ Sul concetto di *jus cogens v. ex multis*, CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, cit., p. 100 ss.; GAJA, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, RdC, vol. 172, 1981, p. 271 ss.; GOMEZ ROBLEDO, *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*, ivi, p. 9 ss.; ALEXIDZE, *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, ivi, p. 219 ss.; BARNIDGE, JR., *Questioning the Legitimacy of Jus Cogens in the Global Legal Order*, *Israel YHR*, vol. 38, 2008, p. 199 ss.

²⁶⁴ V. *supra*, par. 4.

²⁶⁵ ICTY, *Procuratore c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, sent. 10 December 1998: par. 153: «*Because of the importance of the values it protects, this principle [proscribing torture] has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules*».

²⁶⁶ Ivi, par. 154.

²⁶⁷ Ivi, par. 143.

²⁶⁸ Ivi, par. 144. V. anche par. 147.

²⁶⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte EDU nel caso *Soering*, su cui v. *infra*, cap. 5. Per un'anticipazione dell'analisi del *reasoning* della Corte di Strasburgo nel caso *Soering v. JANIS, KAY, BRADLEY*, *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford, 3^a ed., 2008, pp. 125-126.

inumani e degradanti) sia nel caso in cui il rischio di violazione sia attuale che in quello in cui tale rischio sia meramente potenziale²⁷⁰.

Da tali assunti il Tribunale ha derivato, sul piano degli effetti normativi esplicitati dalla norma, che il divieto di respingimento produce obblighi *erga omnes*, il cui rispetto è garantito dai *monitoring-treaty bodies* dei trattati che prevedono il divieto di tortura, organi la cui esistenza «*makes it possible for compliance with international law to be ensured in a neutral and impartial manner*»²⁷¹. Peraltro, non si è limitato a delineare gli effetti giuridici del divieto di tortura nelle relazioni tra Stati, ma ha esteso l'analisi alle conseguenze dell'imperatività della norma nel diritto interno, stabilendo che essa rappresenta un limite materiale nel *law-making process*²⁷² e che la responsabilità internazionale degli Stati per la violazione del divieto di tortura sorge non soltanto quando la normativa di diritto interno potenzialmente in contrasto con siffatto divieto viene applicata concretamente, ma nel momento stesso in cui entra in vigore, giacché «*[t]he value of freedom from torture is so great that it becomes imperative to preclude any national legislative act authorising or condoning torture or at any rate capable of bringing about this effect*»²⁷³.

Ne ha desunto ulteriori conseguenze, tanto sul piano della punizione degli autori di atti di tortura, quanto su quello della protezione delle vittime. Quanto al primo profilo, ha, infatti, statuito che dal divieto assoluto di tortura discenda il ricorso al principio della giurisdizione universale, per cui «*every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction*»²⁷⁴, nonché l'esclusione della

²⁷⁰ ICTY, *Procuratore c. Anto Furundzija*, cit., par. 148: «*Firstly, given the importance that the international community attaches to the protection of individuals from torture, the prohibition against torture is particularly stringent and sweeping. States are obliged not only to prohibit and punish torture, but also to forestall its occurrence: it is insufficient merely to intervene after the infliction of torture, when the physical or moral integrity of human beings has already been irremediably harmed. Consequently, States are bound to put in place all those measures that may pre-empt the perpetration of torture. As was authoritatively held by the European Court of Human Rights in Soering, [...] international law intends to bar not only actual breaches but also potential breaches of the prohibition against torture (as well as any inhuman and degrading treatment)*». Sul rilievo della violazione potenziale v. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo fra diritto internazionale convenzionale e generale*, Milano, 1993, pp. 33-34.

²⁷¹ Ivi, par. 152.

²⁷² Ivi, par. 148: «*[I]nternational rules prohibit not only torture but also (i) the failure to adopt the national measures necessary for implementing the prohibition and (ii) the maintenance in force or passage of laws which are contrary to the prohibition*». V. anche ivi, par. 155.

²⁷³ Ivi, par. 149.

²⁷⁴ Ivi, par. 156. In argomento, MANZINI, *Casi difficili. Libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*, Torino, 2008, p. 86.

tortura dalle determinanti dell'eccezione di delitto politico all'estradizione²⁷⁵. Quanto al secondo profilo, ha sostenuto che le misure nazionali in contrasto con il divieto di tortura non possano avere riconoscimento giuridico internazionale e che la cogenza del divieto di tortura implichi l'azionabilità del diritto a non subire tortura dinanzi a qualsiasi giurisdizione internazionale o nazionale competente presso la quale l'individuo abbia *locus standi* (nonché il diritto di riparazione)²⁷⁶.

Il rapporto che intercorre tra tortura e *refoulement* a rischio tortura, nel *reasoning* del Tribunale per la ex Jugoslavia, è un interessante punto di partenza per valutare il *quid pluris* della ricostruzione in termini cogenti del divieto di respingimento, nell'ottica dell'avanzamento della protezione delle potenziali vittime del *refoulement*, vale a dire nell'ottica in cui si pongono gli organismi internazionali e gli autori che sostengono che il principio di *non-refoulement* appartenga al dominio dello *jus cogens*.

Dunque, secondo il Tribunale per la ex Jugoslavia, il diritto imperativo s'impone agli Stati tanto nei rapporti interstatali quanto in quelli infrastatali. Nell'ambito dei conflitti normativi, il ricorso all'argomento gerarchico per imporre agli Stati il rispetto della norma potrebbe rilevare, ad esempio, per dichiarare la nullità di accordi sul trasferimento di detenuti verso Paesi il cui sistema penale consenta il ricorso alla tortura durante l'interrogatorio²⁷⁷. O ancora, se la violazione dovesse discendere non dalle norme del trattato, ma dall'esecuzione degli obblighi da esso derivanti, come nel caso dell'obbligo pattizio di estradizione la cui esecuzione metta a rischio l'estradando di subire tortura nel paese richiedente, la ricostruzione del divieto di *refoulement* in termini di *jus cogens* solleverebbe la parte contraente richiesta dal dare esecuzione all'obbligo stesso²⁷⁸, senza conseguenze sulla validità del trattato e sulla stabilità delle relazioni internazionali. Il problema è che se confinata all'interno del diritto dei trattati, la ricostruzione in termini cogenti della norma sul non respingimento non può "servire" a garantire una tutela rafforzata se non in una minoranza di casi²⁷⁹, giacché, com'è stato ampiamente evidenziato,

²⁷⁵ ICTY, *Procuratore c. Anto Furundzija*, cit., par. 157.

²⁷⁶ Ivi, par. 155. In argomento, ORAKHELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, EJIL, vol. 14, 2003, p. 529 ss., p. 554.

²⁷⁷ In argomento, DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law*, cit., pp. 98-99.

²⁷⁸ LUGATO, *op. cit.*, p. 197.

²⁷⁹ ROZAKIS, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam/Oxford, 1976, p. 2: «There are general rules of law which exclude the conclusion of particular contractual arrangements

la struttura normativa dell'obbligo rende molto più plausibile l'ipotesi che la violazione derivi dall'esercizio di un potere di governo sugli individui che si trovano nella giurisdizione dello Stato rispetto a quella che vede due o più Stati accordarsi per violare l'obbligo in parola.

Per quanto concerne gli effetti giuridici "addizionali" derivabili dal valore cogente del *non-refoulement*, sebbene la prassi sia assai scarna, si riscontrano casi in cui la natura imperativa del divieto ha rappresentato un limite materiale nel processo di formazione normativa di livello costituzionale in grado di mettere al riparo l'*enforcement* della norma da istanze politiche intese ad attenuarne l'efficacia. Un esempio è offerto dalla Costituzione svizzera, in cui è riconosciuto allo *jus cogens* il rango più elevato nella gerarchia delle fonti di diritto interno²⁸⁰. Tale riconoscimento ha fatto seguito alla bocciatura, da parte del Parlamento federale in carica nel 1996, di una proposta popolare di emendamento costituzionale, presentata nel 1992, in quanto ritenuta in violazione del divieto cogente di *refoulement*²⁸¹. In tale progetto di emendamento costituzionale, infatti, si proponeva di introdurre nella legge primigenia svizzera una clausola che consentisse la deportazione sommaria, senza diritto di ricorso, dei richiedenti asilo entrati illegalmente nella Repubblica elvetica²⁸². A tal riguardo, il Governo aveva sostenuto che dal divieto cogente di respingimento derivasse un obbligo in capo agli Stati di accertarsi che, nel Paese di destinazione, lo straniero da espellere non andasse incontro a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, accertamento che sarebbe stato in ogni eventualità precluso alle autorità nazionali nell'ipotesi di una previsione costituzionale che contemplasse la deportazione sommaria dei richiedenti asilo entrati illegalmente in Svizzera²⁸³. Siffatta previsione si sarebbe, quindi, posta in contrasto con una norma internazionale sovraordinata, in quanto, appunto, imperativa, per cui il Consiglio federale invitata il Parlamento a dichiarare inammissibile la proposta ai fini del *referendum*

conflicting with them by actually prohibiting derogation from their content and by threatening with invalidity any attempt of violation of that prohibition. These rules are usually called jus cogens».

²⁸⁰ V. art. 139, par. 3; art. 193, par. 4 e art. 194, par. 2 della Costituzione svizzera, come rivista nel 1999.

²⁸¹ Bundesbeschluss über die Volksinitiative 'für eine vernünftige Asylpolitik', 14 March 1996, BBl 1996 I 1355. Per il testo della proposta popolare v. Swiss Federal Council's Botschaft über die Volksinitiativen 'für eine vernünftige Asylpolitik und gegen die illegale Einwanderung', in BBl 1994 III, p. 1489.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ivi*, pp. 1496-1499.

costituzionale, cosa che è prontamente avvenuta con una delibera parlamentare del 14 marzo 1996²⁸⁴.

In questo caso, il posizionamento apicale del divieto di *refoulement* nella gerarchia delle fonti di diritto interno è stato il risultato della presa d'atto, da parte del Legislatore nazionale, che la violazione di tale norma avrebbe compromesso i valori essenziali alla base dell'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico interno²⁸⁵, dal che è derivata la ricostruzione della stessa come un limite materiale al processo interno di formazione normativa, riflettente i valori supremi del diritto interno, *in primis* il rispetto della dignità umana.

Tuttavia, la riserva del diritto internazionale cogente, come prevista nella Costituzione svizzera, rappresenta una modalità abbastanza atipica di regolazione dei rapporti tra le fonti di diritto interno e quelle di diritto internazionale. Più frequente è di certo il caso di ordinamenti giuridici in cui è previsto l'adattamento automatico al diritto consuetudinario. In tali contesti, pur in assenza di vincoli pattizi, la ricostruzione della norma che vieta il *refoulement* in termini di diritto internazionale generale potrebbe essere sufficiente a garantire un risultato simile a quello che il Legislatore svizzero ha ottenuto mediante il richiamo allo *jus cogens*²⁸⁶.

Invero, a fronte del proliferare di prassi di dubbia compatibilità con il *non-refoulement*, come quelle basate sull'esternalizzazione dei controlli di frontiera e sulla delocalizzazione delle procedure di esame delle domande di asilo, il caso svizzero è invero uno sviluppo "di nicchia", mancando una prassi significativa nel senso del riconoscimento di conseguenze della cogenza del *non-refoulement* sul *law-making process* a livello nazionale. Come riconosciuto da quella stessa dottrina che deriva dall'imperatività del divieto di tortura quella del divieto di respingimento, in via di deduzione logica, «[w]hether states would agree that this is the case with reference to non-refoulement is, however, another matter»²⁸⁷, né si può

²⁸⁴ Ivi, p. 1500.

²⁸⁵ Ivi, p. 1499.

²⁸⁶ Si pensi alle conseguenze del consolidamento della natura consuetudinaria per quegli Stati il cui ordinamento interno prevede l'adattamento automatico al diritto internazionale generale, come gli Stati Uniti, strenui difensori del valore pattizio dell'obbligo di *non-refoulement*, che si troverebbero in tal modo a doverlo rispettare, nella sua formulazione più ampia, che trascende i limiti del diritto di Ginevra. In argomento v. KELLER, *A Comparative and International Law Perspective on the United States (Non) Compliance with its Duty of Non-Refoulement*, YHRDLJ, vol. 2, 1999, p. 183 ss. Sull'adattamento al diritto consuetudinario dell'ordinamento giuridico statunitense v. GARCIA, *International Law and Agreements: Their Effect Upon U.S. Law*, Congressional Research Service, March 1, 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL32528.pdf>].

²⁸⁷ MESSINEO, *op. cit.*, p. 150.

liquidare l'esistenza di diffuse prassi in violazione della presunta norma imperativa sul *non-refoulement* sulla base della considerazione che «[a]s long as there is an insistence on the non-derogable nature of non-refoulement, its status is secure»²⁸⁸. Al contrario, a fronte delle diffuse prassi in violazione della regola, la configurazione della stessa in termini di *jus cogens* potrebbe andare a detrimento della legittimità e dello sviluppo progressivo della categoria giuridica delle norme imperative, considerate come un nocciolo duro composto da pochissimi principi inderogabili, di fatto universalmente accettati²⁸⁹.

In ultima analisi, il tentativo di ricostruire la posizione del divieto di respingimento in una gerarchia di norme sui diritti umani può rilevare, al più, in un'ottica progressiva²⁹⁰. Come autorevolmente affermato: «[a]lthough a sound case can be made for the customary international law status of the principle of non-refoulement, its claim to be part of *jus cogens* is far less certain, and little is likely to be achieved by insisting on its status as such»²⁹¹. A nostro avviso, quindi, più che indugiare sulla natura imperativa del divieto e cercare di ricostruirne la posizione in una gerarchia di norme sui diritti umani, occorre consolidarne gli sviluppi nel diritto internazionale generale e rinunciare definitivamente alla

²⁸⁸ ALLAIN, *op. cit.*, p. 540-541.

²⁸⁹ HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., pp. 31-32: «The most fundamental problem with the various efforts to expand the scope of international law is that states have generally not been willing to acknowledge their force. As the gap between declared universal law and the practice of states widens, advocates of an expansive interpretation of universal human rights norms may inadvertently be contributing to the destruction of a meaningful system of general interstate obligation toward humankind. The net result of the persistent overstatement of the reach of custom, general principles, and *jus cogens* is not, as presumably hoped, the effective incorporation of new standards into a clear and practical system of enforceable duties. Instead, wishful legal thinking sends the signal that the very notion of universal human rights law is essentially rhetorical, thereby diluting the force of whatever standards truly command (or may one day command) the respect of states». V. anche DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law*, cit., pp. 118-119; GAJA, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, cit., p. 283 ss.

²⁹⁰ DE WET, VIDMAR (eds.), *op. cit.*, p. 10, dove si afferma che tra diritto dei rifugiati e diritti umani vi è una significativa interazione «while a clear human rights hierarchy is not yet emerging». VAN DER WILT, *On the Hierarchy between Extradition and Human Rights*, in DE WET, VIDMAR (eds.), *op. cit.*, p. 148 ss. e GILBERT, *Human Rights, Refugees and Other Displaced Persons in International Law*, in DE WET, VIDMAR (eds.), *op. cit.*, p. 176 ss.

²⁹¹ GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, pp. 345-346, nota 421. Analogamente, SCHABAS, *Non-Refoulement, Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism*, Liechtenstein, 2006, p. 7: «The arguments that non-refoulement is a *jus cogens* norm are not particularly convincing»; BRUIN, WOUTERS, *Terrorism and the Non-Derogability of Non-Refoulement*, *IJRL*, vol. 15, 2003, p. 5 ss., pp. 24-26, spec. a p. 26, dove gli A. notano che la ricostruzione del divieto di *refoulement* in termini cogenti in relazione al divieto di tortura potrebbe essere di ausilio ai potenziali beneficiari solo in situazioni di violazioni gravissime del diritto all'integrità fisica e morale, equiparabili, appunto a tortura, e peraltro «the major practical problem remains the burden of proof to be able to actually characterize the obligation of non-refoulement as a peremptory norm of general international law and to claim this in a court of law»; DUFFY, *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, cit., p. 389.

semplificazione insita nella nozione di “principio” di *non-refoulement*. Tale soluzione ci sembra l’unica in grado di preservare l’effettività e il corretto funzionamento del divieto di respingimento nell’alveo dei diritti umani, nonché di spiegarne le interconnessioni con le altre norme sul non respingimento, operanti nei diversi contesti normativi in cui sono previste forme di tutela internazionale contro l’allontanamento coatto degli stranieri²⁹².

12. La responsabilità collettiva della comunità internazionale per la violazione diretta e indiretta del divieto di tortura.

Nel regime convenzionale di protezione internazionale dei rifugiati non vi è alcun obbligo riconducibile in capo allo Stato di origine dei flussi di rifugiati, il che riflette la natura umanitaria e apolitica della protezione internazionale²⁹³. Nondimeno, alcuni autori hanno sollevato la responsabilità internazionale dei Paesi c.d. “produttori” di flussi di rifugiati a partire dalla violazione della norma consuetudinaria che impone agli Stati un obbligo di proteggere i propri cittadini e di garantire il rispetto dei loro diritti umani fondamentali²⁹⁴ e alla comunità internazionale un diritto di intervento qualora uno Stato non rispetti siffatto obbligo²⁹⁵. Inoltre, è stata affermata la responsabilità collettiva degli Stati

²⁹² In argomento PISILLO MAZZESCHI, *Sui rapporti fra i diritti umani ed i diritti degli stranieri e dei migranti nell’ordinamento internazionale*, in PISILLO MAZZESCHI, PUSTORINO, VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, p. 7 ss., in cui si parla di un duplice effetto: per un verso, di sostituzione dei diritti umani rispetto al diritto degli stranieri, per altro verso di trasformazione del diritto degli stranieri ad opera del diritto internazionale dei diritti umani. V. altresì CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Roma, 2009, in particolare, ivi, i contributi di CONFORTI, *Prefazione*, p. XIII ss. e di NASCIBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, p. 1 ss.

²⁹³ V. GOWLLAND-DEBBAS, *La responsabilité internationale de l’Etat d’origine pour des flux de réfugiés, Droit d’asile et des réfugiés*, SFDI, Colloque de Caen, Paris, 1997, p. 101 ss.

²⁹⁴ V. ad es., CZAPLINSKI, STURMA, *La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés provoqués par eux*, AFDI, vol. 40, 1994, p. 162 ss.; LEE, *The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum*, AJIL, vol. 80, 1986, p. 539 ss.

²⁹⁵ Il richiamo alla responsabilità collettiva degli Stati in materia di protezione internazionale è venuto anche dall’Alto Commissariato per i rifugiati, secondo cui «*even where situations are not specifically covered by international refugee conventions, refugees, asylum-seekers and displaced persons are, nevertheless, protected by the general principles of international law, the humanitarian practices of international organizations, the principle of humanity, and guarantees of fundamental human rights. Within the framework of this existing body of international law, three sets of principles have tended to develop separately, although in parallel, where they could perhaps have been linked more closely at an earlier stage. These are the law of refugee protection, human rights law generally and humanitarian law. Together, these three domains of law – which, in reality, are closely interrelated and often overlap – should ideally permit an individual to assert a claim, not only against his or her own country or, in*

nell'accoglienza dei profughi e nell'assistenza umanitaria dei rifugiati e un obbligo di condivisione dell'onere economico (c.d. "burden sharing")²⁹⁶, come corollario del più generale obbligo di cooperazione internazionale²⁹⁷.

Alcuni autori hanno altresì sostenuto che la ricostruzione in termini imperativi del divieto di respingimento produca effetti significativi sul piano delle conseguenze giuridiche dell'illecito, tanto in relazione alla configurazione di una responsabilità internazionale "aggravata" per la violazione del divieto, quanto in termini di giustiziabilità del diritto a non subire tortura da parte delle potenziali vittime delle violazioni, e quindi di avanzamento della protezione individuale contro il *refoulement*. Tali affermazioni pongono il problema di stabilire in che misura il regime della responsabilità internazionale, come disciplinato nel *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*²⁹⁸, possa assicurare, agli stranieri in fuga, una protezione complementare rispetto a quella assicurata dal regime di protezione internazionale dei rifugiati.

In particolare, a partire dall'impianto di tale *Progetto di articoli*, alcuni autori hanno sostenuto che «*much can be achieved by insisting on the jus cogens nature of the principle non-refoulement, including holding the United Nations Security Council and the European Union accountable for actions which result in violations of the principle of non-refoulement, and providing the possibility of third States to challenge their policies*»²⁹⁹. Tale tesi muove dalla considerazione che l'introduzione della

*certain situations, another country, but on the international community as whole – a claim to its direct involvement on humanitarian grounds. In other words, where Governments fail to recognize individual claims, or where there is no effective Government to which an individual in the first instance might turn, there is a pressing need for that person to be able to assert a claim more broadly. The international community seems already to be moving in this direction as a result of recent events and there might be value in examining how the legal foundations of this development could be strengthened». V. Note on International Protection (submitted by the High Commissioner), 9 September 1991, UN Doc. A/AC.96/777, par. 56. In argomento, CASANOVAS, *La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés*, RdC, vol. 306, 2003, p. 9 ss., p. 143.*

²⁹⁶ V. *supra*, cap. 3.

²⁹⁷ CASANOVAS, *op. cit.*, p. 150.

²⁹⁸ ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its 53rd session (2001)*, UN Doc. A/RES/56/83, 28 January 2002. Secondo parte della dottrina, la gran parte delle disposizioni in esso contenute rifletterebbero il diritto consuetudinario. V. ad es., quanto affermato dal giudice Albuquerque, nell'opinione separata resa nella sentenza della Corte EDU nel caso *Hirsi*, dove sostiene che il Progetto di articoli riflette il diritto consuetudinario e, a supporto di questa tesi, menziona il par. 419 della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, cit. In argomento CRAWFORD, *The International Law Commission's articles on state responsibility: Introduction, text and commentaries*, Cambridge, 2002, p. 25; CRAWFORD, OLLESON, *The continuing debate on a UN Convention on State Responsibility*, ICLQ, vol. 54, 2005, p. 959 ss.; VERDIRAME, *The UN and Human Rights. Who Guards the Guardians?*, Cambridge, 2011, p. 135 ss.

²⁹⁹ ALLAIN, *op. cit.*, pp. 537-538. Similmente v. GALELLA, ESPÓSITO, *op. cit.*, *passim*. In relazione alla configurazione della responsabilità internazionale per violazione dell'obbligo di *non-*

nozione di *jus cogens* nel *Progetto di Articoli* è il frutto della constatazione, da parte della Commissione del diritto internazionale, dell'esigenza di disciplinare le conseguenze giuridiche della violazione di norme imperative in termini di responsabilità degli Stati, partendo dal presupposto che nella gran parte dei casi le violazioni di norme di *jus cogens* «*did not arise from the terms of the treaty as such but from the circumstances which had arisen*»³⁰⁰, vale a dire che la portata del concetto di "diritto imperativo" trascende la funzione che esso svolge nell'ambito della soluzione dei conflitti normativi (*ex* articolo 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati)³⁰¹.

La natura cogente dell'obbligo di *non-refoulement*³⁰² viene, tuttavia, dedotta (dalla dottrina in commento) dalla sussistenza dei due elementi che caratterizzano la definizione di *jus cogens* ai sensi dell'articolo 53 della Convenzione di Vienna³⁰³: l'accettazione "da parte della comunità internazionale nel suo insieme" come "una norma a cui non è permessa alcuna deroga". In altri termini, le conseguenze "ulteriori" della cogenza dell'obbligo di non respingimento, sul piano della responsabilità degli Stati, vengono ricondotte a una norma il cui valore imperativo è ricostruito utilizzando i parametri che rilevano sul piano del conflitto tra norme internazionali³⁰⁴.

refoulement v. anche LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *op. cit.*, p. 108; GAMMELTOFT-HANSEN, *The externalisation of European migration control and the reach of international refugee law*, in GUILD, MINDERHOUD (eds.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden, 2012, p. 273 ss.; FARMER, *Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror measures that Threaten Refugee Protection*, *cit.*, p. 37.

³⁰⁰ In questi termini Crawford: «*The problem stemmed partly from the way in which the system established by the Vienna Convention on the Law of Treaties operated in cases of jus cogens. The invocation of jus cogens invalidated the treaty as a whole. Such cases were very rare. Usually, breaches of jus cogens occurred through the continued performance of a perfectly normal treaty in the event of, for example, a proposed planned aggression or the supply of aid to a regime that became genocidal. Such breaches were thus to be considered as 'occasional' or 'incidental': they did not arise from the terms of the treaty as such but from the circumstances which had arisen*». V. ILC Report, 1999, UN Doc. A/54/10, par. 306.

³⁰¹ ALLAIN, *op. cit.*, p. 537.

³⁰² *Ibid.*: «*Peremptory norms thus limit the actions and interaction of States on the international plane. The question is, how to identify the norms of jus cogens, and whether the prohibition against refoulement meets those standards*».

³⁰³ *Ivi*, p. 538.

³⁰⁴ Viceversa l'articolo 26 del *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati* confina il ricorso ai criteri dettati dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati alla soluzione del conflitto normativo («*Where there is an apparent conflict between primary obligations, one of which arises for a State directly under a peremptory norm of general international law, it is evident that such an obligation must prevail [as a matter of operation of Article 53 of the Vienna Convention]*») e il Commentario a tale articolo, al par. 3, aggiunge che «*[t]he processes of interpretation and application should resolve such questions without any need to resort to the secondary rules of State responsibility*». V. ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries*, YILC, vol. II, parte II, 2001, p. 84. In argomento SAULLE, *Jus Cogens and Human*

La coerenza di tale impostazione con l'impianto del *Progetto di articoli* non può essere presupposta³⁰⁵. È noto, infatti, che l'articolo 41, nel definire le conseguenze giuridiche specifiche che derivano dalla presunta grave violazione di un obbligo contenuto in una norma imperativa, ulteriori rispetto a quelle che discendono dalla commissione di un qualsiasi illecito internazionale, si limita a creare in capo a tutti gli Stati della comunità internazionale un obbligo di cooperazione alla rimozione della violazione e di disconoscimento degli effetti giuridici della stessa³⁰⁶. Inoltre, l'articolo 40 circoscrive il concetto di "gravi violazioni" delle norme cogenti a quelle in cui vi è la massiccia e sistematica incapacità dello Stato di assolvere all'obbligo imperativo³⁰⁷ e il Commentario aggiunge che l'articolo si riferisce a «*those substantive rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and their peoples and the most basic human values*»³⁰⁸.

Dalle norme richiamate si evince che le conseguenze giuridiche addizionali e specifiche in materia di responsabilità degli Stati, previste in relazione alla violazione di norme di *jus cogens*, non possono essere desunte *de plano* e in maniera automatica dall'applicazione del criterio gerarchico valido in materia di conflitto tra norme, bensì appaiono riflettere il comune sentire della comunità internazionale circa l'esigenza di garantire l'integrale rispetto di quel nucleo incomprimibile di norme che è manifestazione di valori la cui tutela è ritenuta essenziale per la vita di relazione internazionale³⁰⁹. Ciò trova conferma nelle difficoltà di sviluppo del concetto normativo di *jus cogens* nel diritto internazionale contemporaneo³¹⁰, riflesse anche dalla giurisprudenza della

Rights, in *Le droit international a l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, Milano, 1987, p. 385 ss., p. 392.

³⁰⁵ In tal senso, CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, cit., p. 102; GAJA, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, cit., p. 288-289.

³⁰⁶ *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, articolo 41, parr. 1-2. V. ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries*, cit., pp. 113-114.

³⁰⁷ *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, articolo 40.

³⁰⁸ V. ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries*, cit., p. 112.

³⁰⁹ Sulle conseguenze di tale argomentazione in materia di responsabilità degli Stati si richiama la sentenza della Corte internazionale di giustizia *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company* (Belgio c. Spagna), sent. 5 febbraio 1970, ICJ Report 1970, p. 3 ss., p. 32, par. 33: «*In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*». In argomento, PICONE, *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 411 ss.

³¹⁰ WEBB, *Human Rights and the Immunities of State Officials*, in DE WET, VIDMAR (eds.), op. cit., p. 114 ss., p. 118. V. anche NOWAK, MCARTHUR, op. cit., a p. 502, in cui gli autori escludono che nell'attuale fase di sviluppo del diritto internazionale generale, sussista un obbligo in capo agli

Corte internazionale di giustizia che, quando ha rilevato la sussistenza di un obbligo generale di cooperazione alla rimozione delle conseguenze dell'illecito, ha preferito sviluppare il proprio *reasoning* attorno agli effetti giuridici *erga omnes* di norme poste a tutela di interessi collettivi della comunità internazionale³¹¹, piuttosto che allo *jus cogens*³¹². Peraltro, anche quando ha riconosciuto il valore cogente di determinate norme internazionali, non ne ha precisato le conseguenze giuridiche sul piano della responsabilità internazionale. Così, ad esempio, è avvenuto nella sentenza *Belgio c. Senegal*, dove la Corte internazionale si è limitata ad affermare che «*the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (jus cogens)*»³¹³ – affermazione rispetto alla quale diversi giudici della Corte hanno tenuto a precisare che il richiamo allo *jus cogens* fosse soltanto un *obiter dictum*, non determinante ai fini del *decisum*³¹⁴.

A riprova del fatto che l'individuazione delle norme cogenti (e la determinazione delle conseguenze della violazione delle stesse) è un'operazione

Stati parti di ricorrere alla giurisdizione civile universale nei casi di tortura. Tuttavia, riconoscono che tale principio sottende l'impianto della Convenzione e che, ai sensi dell'articolo 14, gli Stati parti sono obbligati a risarcire le vittime di tortura senza alcuna limitazione territoriale.

³¹¹ V. ad es. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., parr. 154 ss.

³¹² In argomento, TOMUSCHAT, THOUVENIN, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: "Jus Cogens" and Obligations "Erga Omnes"*, Leiden/Boston, 2006; DUPUY, *A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility*, EJIL, vol. 13, 2002, p. 1053 ss., p. 1074.

³¹³ ICJ, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgio c. Senegal)*, sent. 20 luglio 2012, ICJ Reports 2012, p. 422 ss., par. 99. Sullo sviluppo del concetto di *jus cogens* nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia v. altresì *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Repubblica Democratica del Congo c. Ruanda)*, sent. 3 febbraio 2006, ICJ Reports 2006, p. 6 ss., par. 64, sul divieto di genocidio. V. altresì l'opinione separata del Giudice ad hoc Dugard sullo sviluppo dello *jus cogens*, ivi, p. 86. Nella sentenza *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro)*, sent. 26 febbraio 2007, ICJ Reports 2007, p. 43 ss., al par. 161, la Corte ha richiamato la nozione di *jus cogens* come formulata nella precedente sentenza richiamata. V. altresì parr. 95-96 della appena commentata sentenza *Germania c. Italia*. Sulla sentenza *Belgio c. Senegal*, v. PAPA, *Interesse ad agire davanti alla Corte internazionale di giustizia e tutela di valori collettivi nella sentenza sul caso Belgio c. Senegal*, DUDI, vol. 7, 2013, p. 79 ss.

³¹⁴ ICJ, *Belgio c. Senegal*, cit., *Separate opinion of Judge Abraham*, p. 471 ss., par. 27; *Dissenting opinion of Judge ad hoc Sur*, p. 605 ss., par. 29; *Dissenting opinion of Judge Xue*, par. 17, in cui fa riferimento ai parr. 93-95 della precedente pronuncia *Germania c. Italia* per sostenere che lo *jus cogens*, «*by its very nature, does not automatically trump the applicability of [...] procedural rules*». *Contra*, v. *Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, p. 487 ss., par. 44 e parr. 158-159. In argomento, SCHABAS, *Antigone, Jus Cogens and the International Court of Justice*, 22 July 2012: [http://humanrightsdoctorate.blogspot.it/2012_07_01_archive.html]; YEE, *Notes on the International Court of Justice (Part 4): The Kosovo Advisory Opinion*, Chinese JIL, vol. 9, 2010, p.763 ss.

complessa, in cui rilevano anche considerazioni metagiuridiche e politiche, le maggiori difficoltà incontrate dalla giurisprudenza internazionale nello sviluppo della nozione di *jus cogens* hanno riguardato le ipotesi in cui tale sviluppo potesse produrre effetti distorsivi e destabilizzanti nella vita di relazione internazionale³¹⁵.

Esempio tipico è quello del soddisfacimento, da parte dello Stato del foro, delle pretese dirette a ottenere il risarcimento dei danni subiti dalle vittime di tortura in conseguenza di un'azione od omissione di uno Stato straniero³¹⁶. Infatti, nonostante una certa giurisprudenza regionale³¹⁷ in cui si afferma che quando sia dimostrabile l'intenzionalità dello Stato nel causare una grave violazione dei diritti umani o la sua negligenza nel prevenirla allora possa configurarsi una responsabilità internazionale "aggravata" dello Stato stesso per la commissione di un "crimine" internazionale³¹⁸ e la presentazione, da parte della dottrina, di argomentazioni invero pregnanti a sostegno del diritto delle vittime di tortura al risarcimento³¹⁹, nell'attuale fase di sviluppo del diritto

³¹⁵ DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law*, cit., pp. 105-112.

³¹⁶ In argomento PISILLO MAZZESCHI, *The Marginal Role of the Individual in the ILC Articles on State Responsibility*, *Italian YIL*, vol. 14, 2004, p. 39 ss.; ID., *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, *RdC*, vol. 333, 2008, p. 175 ss., spec. pp. 365-373 e 422-424; D'ARGENT, *Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 27 ss.; BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, 2009.

³¹⁷ Corte inter.am., *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, sent. 25 novembre 2003, Serie C No. 101; *Case of Plan de Sánchez Massacre c. Guatemala*, sent. 29 aprile 2004, Serie C No. 105; *Case of the 19 Merchants c. Colombia*, sent. 5 luglio 2004, Serie C No. 109; *Mapiripán Massacre c. Colombia*, sent. 15 settembre 2005, Serie C No. 134; *Case of the Moiwana Community c. Suriname*, sent. 15 giugno 2005, Serie C No. 145.

³¹⁸ A partire da questo orientamento giurisprudenziale, è stato autorevolmente sostenuto che: «*Grave breaches of human rights and of international humanitarian law amount to breaches of jus cogens, entailing State responsibility with aggravating circumstances, and the right to reparation to the victims. This is in line with the idea of rectitude (in conformity with the recta ratio of natural law) underlying the conception of Law as a whole*». V. ICJ, *Germania c. Italia*, cit., *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, parr. 227-229. In argomento, CANÇADO TRINDADE, *Jus Cogens: the Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-Law*, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OAS, 2008, p. 3 ss., p. 5; CRAIG (ed.), *Torture as Tort. Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, 2001; NOWAK, MCARTHUR, *op. cit.*, pp. 493-495. Si noti che l'obbligo dello Stato di risarcire le vittime di tortura è previsto da numerosi strumenti internazionali, tra cui la Convenzione contro la tortura, che lo sancisce all'articolo 14. Tuttavia, come notato da NOWAK, MCARTHUR, *op. cit.*, p. 502, tale articolo non riconosce una posizione giuridica attiva all'individuo vittima di tortura, bensì pone un obbligo in capo allo Stato parte.

³¹⁹ Tali argomentazioni si fondano sull'interdipendenza del regime della responsabilità penale internazionale degli individui rispetto a quello della responsabilità internazionale degli Stati. V. su tutti, CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, The

internazionale, non può dedursi dalla cogenza del divieto di tortura una compressione della regola sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ad esempio, ha distinto le conseguenze della cogenza del divieto di tortura nell'ambito dei procedimenti penali da quelle nell'ambito dei procedimenti civili³²⁰, in relazione ai primi, riconoscendo la natura consuetudinaria del principio che sancisce l'irrelevanza della qualifica ufficiale della persona accusata di crimini ai fini dell'esercizio dell'azione penale³²¹; in rapporto ai secondi, negando che lo Stato convenuto avesse violato il diritto ad un ricorso effettivo *ex* articolo 6 CEDU opponendo la regola sull'immunità alla pretesa risarcitoria del ricorrente³²². Un orientamento simile è stato seguito dalla Corte internazionale di giustizia, da ultimo nel caso *Germania c. Italia*³²³. Non allineandosi alla posizione del giudice

Hague, 2010, p. 372: «*The evolution of the law on international responsibility should not yield to the rigid compartmentalization between civil and criminal responsibility found in the national legal systems. Nothing seems to impede that it contains elements of one and the other, both conforming the international responsibility. This latter is endowed with a specificity of its own. A State can be internationally responsible for a crime, imputable both to its agents who committed it, and to the State itself as juridical person of International Law. To deny this would be to create an obstacle to the development of International Law in the present domain of the international responsibility*».

³²⁰ Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, n. 35763/97, sent. 21 novembre 2001, par. 54. In argomento, DISTEFANO, *Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità*, in LANCIOTTI, TANZI, (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, Torino, 2007, pp. 126-127; MANZINI, *op. cit.*, p. 87; BIANCHI, *L'immunità des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit International*, RGDIP, vol. 108, 2004, p. 63 ss.; FOCARELLI, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, RDI, 2008, p. 738 ss.

³²¹ Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., par. 60. Peraltro, va ricordato che la natura consuetudinaria di tale principio, enunciato anche nell'articolo 27 dello Statuto della Corte penale internazionale è ancora dibattuta nella giurisprudenza interna e non trova riscontro in quella della Corte internazionale di giustizia. Si rimanda in particolare a quanto sostenuto dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Congo c. Belgio*, dove si afferma che il riconoscimento della immunità funzionale al Ministro degli esteri congolese non potesse essere equiparato a una garanzia di impunità, poiché tale immunità non inficiava la possibilità di seguire altre strade per perseguirlo legalmente. V. ICJ, *Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio), sent. 14 febbraio 2002, ICJ Reports 2002, p. 3 ss., parr. 60-61. Sulle diverse tesi in relazione alla natura consuetudinaria del principio v. LANCIOTTI, *op. cit.*, p. 81, note 10-11-12. In argomento LANCIOTTI, *op. cit.*, p. 77 ss. In merito alle ulteriori problematiche che sorgono quando la ICC chieda a uno Stato parte l'arresto e la consegna di un individuo organo di uno Stato che non ha ratificato lo statuto v. *ivi*, p. 84 ss.

³²² Corte EDU, *McElhinney c. Irlanda*, n. 31253/96, sent. 21 novembre 2001, par. 37. V. anche *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., parr. 61, 40, dove la Corte EDU ha negato che dalla cogenza del divieto di tortura possano conseguire effetti idonei a determinare una compressione del principio dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile per atti compiuti fuori dallo Stato del foro. In argomento, LANCIOTTI, PANETTA, *L'immunità dello stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali*, in CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 317-334.

³²³ ICJ, *Germania c. Italia*, cit., spec. parr. 92-97 e 99-104.

italiano³²⁴ che, come numerose altre giurisdizioni e legislazioni nazionali³²⁵, aveva riconosciuto le pretese dirette ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di lesioni personali o della morte, determinate dagli eccidi nazisti durante la seconda guerra mondiale, la Corte ha ritenuto opponibile la regola dell'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile nel caso di crimini di guerra compiuti nello Stato del foro. Ora, senza entrare nel merito della delicata questione posta all'attenzione della Corte internazionale nel caso di specie, che esula dai fini della presente analisi, va rilevato che anche in questa sentenza la questione delle immunità per gli atti *iure imperii* e quella del diritto a un rimedio effettivo in caso di violazione di norme imperative sono state poste su livelli diversi³²⁶. Quindi, non può sostenersi che al riconoscimento della natura imperativa del divieto di tortura faccia seguito automaticamente l'attribuzione di un *locus standi* agli individui vittime della violazione diretta dello stesso dinanzi a una qualsiasi giurisdizione nazionale³²⁷. A *fortiori*, tale conclusione non può essere sostenuta in rapporto al *non-refoulement* a rischio tortura e maltrattamenti.

³²⁴ Corte cass., Sezioni Unite Civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit., su cui GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, RDI, vol. 87, 2004, p. 643 ss. e Corte cass., Sezioni Unite Civili, *Repubblica federale di Germania c. Mantelli e altri; Daimlerchrysler c. Mantelli e altri*, ordinanza n. 14201 del 29 maggio 2008, in [www.cortedicassazione.it/Documenti/14201.pdf] su cui v. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali: il caso Mantelli*, DUDI, vol. 2, 2008, p. 632 ss.; DE SENA, DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, EJIL, vol. 16, 2005, p. 89 ss. Più di recente v. Corte cass. (Sez. I penale), sent. 13 gennaio 2009, *Milde*, n. 1072. Analogamente, Francia, *Cour de Cassation, GIE La Réunion Aérienne c. La Jamahiriya Arabe Libyenne*, n. 09-14743, 9 marzo 2011.

³²⁵ Si pensi alle giurisdizioni e alle legislazioni che riconoscono la c.d. "tort exception" alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile per gli atti *jure imperii*, eccezione codificata all'articolo 12 del Progetto di Convenzione dalla Commissione di diritto internazionale dell'Onu sull'immunità giurisdizionale degli Stati e delle loro proprietà, adottato dall'Assemblea Generale nel 2004, ratificato, al momento in cui si scrive, da tredici Stati e non ancora in vigore. L'articolo 12, peraltro, riflette una prassi giurisprudenziale nazionale in progressiva espansione, anche in relazione ai casi di tortura. La questione è ampiamente sviscerata nella *Dissenting Opinion* del Giudice ad hoc Gaja nel caso *Germania c. Italia*, cit.

³²⁶ ICJ, *Germania c. Italia*, cit., par. 104. In argomento, PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, DUDI, vol. 6, 2012, p. 310 ss.; ID., *Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso "Jones" dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, DUDI, vol. 7, 2014, p. 215 ss.

³²⁷ Anche il Giudice ad hoc Gaja, nella propria opinione dissenziente in relazione al caso *Germania c. Italia*, aveva ammesso che «it would be difficult to maintain that the obligation to provide reparation of a breach of an obligation under jus cogens is also set forth by a peremptory norm» (v. *Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Gaja*, par. 10). In argomento, PISILLO MAZZESCHI, *International Obligations to Provide for Reparation Claims?*, in RANDELZHOFFER, TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague/London/Boston, 1999, p. 149 ss.

In termini più generali, «*il faut constater l'absence totale d'un régime international spécifique de portée générale qui ouvre une voie de recours aux victimes en raison de la responsabilité internationale au titre de la violation des normes du droit international des réfugiés, du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui établissent des obligations destinées à la protection des personnes déplacées et des réfugiés [...]*»³²⁸. La protezione delle potenziali vittime, ai sensi del *Progetto di articoli*, potrebbe, invero, essere prefigurata qualora risultassero integrate le condizioni affinché lo Stato di accoglienza, alla stregua di uno “Stato leso”, possa invocare la responsabilità dello Stato “produttore” di un flusso di rifugiati. Affinché ciò sia possibile sarebbe, in primo luogo, necessario che la violazione dei diritti umani da parte dello Stato di origine dei flussi sia grave e sistematica³²⁹, in secondo luogo che l’obbligo violato si ponga “*nei confronti della comunità internazionale nel suo complesso*”³³⁰.

Nel caso del divieto di tortura, la sussistenza di quest’ultima condizione potrebbe essere facilmente dimostrata, per cui può prospettarsi (in teoria) l’invocazione della responsabilità da parte di uno Stato diverso da uno “Stato leso”, sempre che ricorra la sistematicità della violazione. Tuttavia, sebbene gli Stati non direttamente lesi possano invocare, oltre alla cessazione dell’illecito e alla non ripetizione, anche la riparazione nell’interesse dei beneficiari della norma violata, tale ultima possibilità sarebbe in ogni caso preclusa allo Stato ospitante, nei riguardi del rifugiato, non essendo integrato il requisito della conformità alle norme sulla nazionalità, ai fini dell’invocabilità della responsabilità dello Stato di origine³³¹. Ciò ha trovato conferma, peraltro, nel

³²⁸ CASANOVAS, *op. cit.*, p. 144.

³²⁹ Ivi, p. 151. V. anche NIETO-NAVIA, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, in POCAR ET AL. (eds), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003, p. 595 ss.

³³⁰ V. *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, art. 48, par. 1, lett. b). In argomento, BRUNNÉE, *International Legal Accountability Through the Lens of the Law of State Responsibility*, Netherlands YBIL, vol. 36, p. 3 ss., p. 14: «*The ability of other states to hold a state that perpetrates human rights violations legally accountable thus assumes particular importance. Essentially, under the draft Articles, states could invoke responsibility for breaches of human rights obligations when their nationals are affected, when human rights obligations are also owed to them as a party under a treaty, or when the relevant obligations are owed to the international community as a whole.*».

³³¹ V. *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, artt. 44, lett. (a) e 48 par. 3. Come noto, in base a questa regola, il diritto dello Stato di agire in protezione diplomatica «*is necessarily limited to intervention on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged*» (cfr. CPJL, *Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, Serie A/B, No. 76, 28 febbraio 1939, p. 16). V. *amplius*, Voce “*Rule of Nationality of Claims*”, *Oxford Encyclopaedic Dictionary of International Law*, accessibile online all’indirizzo: [<http://www.answers.com/topic/rule-of-nationality-of->

Progetto di articoli sulla protezione diplomatica, adottato nel 2006 dalla Commissione del diritto internazionale³³², che, pur prevedendo una disposizione precipuamente destinata a tutelare i rifugiati³³³, esclude dall'ambito di applicazione della stessa «*an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee*»³³⁴.

È chiaro, quindi, che gli strumenti tradizionali forniti dal regime della responsabilità degli Stati, quand'anche venissero in uso nella prassi in funzione complementare rispetto al regime di protezione internazionale dei rifugiati, non lascerebbero spazio alla soddisfazione delle potenziali vittime della violazione (diretta o indiretta) del divieto di tortura. In ultima analisi, il ricorso allo *jus cogens* per far avanzare la protezione dei rifugiati risente di un *vulnus* ontologico, che deriva dalla circostanza che, sebbene la *ratio* delle norme imperative sia quella di tutelare un nocciolo duro di diritti umani intangibili, le regole sulla responsabilità internazionale degli Stati non riconoscono un *locus standi* ai potenziali beneficiari di tali norme, che sono, appunto, gli individui³³⁵.

Per un verso, la Commissione del diritto internazionale ha riconosciuto il valore progressivo della disposizione del *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati* che disciplina le conseguenze addizionali della violazione di una norma cogente³³⁶, per altro verso, come si è detto, la giurisprudenza internazionale ha rinunciato a dettagliare le modalità di azione collettiva in caso di gravi violazioni del diritto imperativo. E, invero, neppure la ricostruzione del divieto di tortura alla stregua di una norma posta a tutela di un bene comune, da cui discendono obblighi nei confronti della comunità

claims#ixzz32LNu2dLq].

³³² ILC, *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, UN Doc. A/61/10, 2006, p. 16 ss.; v. anche *Report on the work of its fifty-sixth session* (3 May to 4 June and 5 July to 6 August 2004), GAOR, Fifty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/59/10).

³³³ Ivi, art. 8: “*Stateless persons and refugees*”: «1. A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the time of the injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State. 2. A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State when that person, at the time of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State».

³³⁴ Ivi, art. 8, par. 3. In argomento, FABBRICOTTI, *The Diplomatic Protection of Refugees by Their State of Asylum. A Few Remarks on the Exclusion of the State of Nationality of the Refugee from the Addresses of the Claim*, AWR Bulletin, vol. 43, 2005, p. 266 ss., p. 267.

³³⁵ BRUNNÉE, *op. cit.*, p. 13.

³³⁶ ILC Commentary, *Report on the Work of Its Fifty-Third Session* (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), UN Doc. A/56/10, commentario all'art. 48, p. 323 par. 12: «This aspect of article 48 (2) involves a measure of progressive development, which is justified since it provides a means of protecting the community or collective interest at stake»; commentario all'art. 41, p. 287, par. 3: «It may be open to question whether general international law at present prescribes a positive duty of cooperation, and paragraph 1 in that respect may reflect the progressive development of international law».

internazionale nel suo complesso, risolve *tout court* il problema dell'individuazione dei rimedi alla violazione dello stesso e delle misure collettivamente adottabili per assicurarne il rispetto.

Dunque, in un'ottica di avanzamento della protezione dei beneficiari del divieto di *refoulement*, e senza voler con ciò in alcun modo ricadere in una visione circolare del fenomeno giuridico analizzato, che risalga alla natura della regola di diritto sostanziale a partire dall'esistenza e dalla tipologia degli effetti giuridici ad essa legati³³⁷, il dibattito attorno alla cogenza del divieto di respingimento ci appare al più un esercizio teorico, di sicuro interesse scientifico, ma di impatto materiale ancora limitato nell'attuale fase di sviluppo del diritto internazionale.

Più proficua è la riflessione sul contenuto e sulla portata degli obblighi solidali degli Stati, traducibili in un beneficio diretto e tangibile per lo straniero che rischia l'allontanamento, nell'ambito dei sistemi pattizi di protezione dei diritti umani dotati di meccanismi di controllo. Nei trattati istitutivi di questi sistemi, il concetto di *jurisdiction* non riflette tanto l'esigenza di regolare i rapporti tra Stati sovrani³³⁸, quanto quella di assicurare l'effettivo godimento dei diritti fondamentali garantiti a tutti coloro che siano soggetti al controllo degli Stati parti³³⁹, nonché la giustiziabilità degli stessi in sede internazionale³⁴⁰.

Di conseguenza, a garanzia del rispetto dei diritti sanciti, in tali sistemi è spesso previsto un diritto di ricorso individuale, che rappresenta un primo canale, per così dire "diretto", di accesso alla protezione da parte dei beneficiari. Com'è emerso dall'analisi svolta nel presente lavoro, anche nei casi in cui l'esame dei ricorsi individuali si concluda con una raccomandazione, la

³³⁷ In altre parole, non si vuole con i rilievi di cui sopra dedurre il contenuto normativo e la giuridicità del divieto di respingimento dall'esistenza di una sanzione sul piano della responsabilità internazionale degli Stati, il che presenta il limite di portare a una visione circolare del fenomeno giuridico analizzato, che rischia di creare una confusione tra il piano del diritto sostanziale e quello degli effetti giuridici della norma. In argomento, GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, in BALLADORE PALLIERI, MORELLI, QUADRI (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, Sezione I, vol. III, Padova, 1956, pp. 1 ss., spec. pp. 4-5; GAJA, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, cit., p. 297 ss.

³³⁸ Si rimanda alla ricostruzione del nesso sovranità-territorio da parte dell'arbitro Max Huber nel celebre caso dell'*Ile de Palmas* in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 281 (testo tradotto in francese dal Prof. Charles Rousseau, *RGDIP*, 1935, p. 156 ss., soprattutto pp. 163-165). V. anche STRISOWER, *L'exterritorialité et ses principales applications*, *RdC*, vol. 1, 1923, p. 229 ss.; TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, *RdC*, vol. 1, 1923, p. 73 ss.

³³⁹ Lo sviluppo del concetto di *jurisdiction* nei trattati sui diritti umani sarà oggetto di approfondimento nel capitolo che segue.

³⁴⁰ BRUNNÉE, *op. cit.*, p. 31.

pubblicità della stessa produce effetti reputazionali la cui incidenza sulla condotta dello Stato interessato non può essere sottostimata³⁴¹.

In questi sistemi, inoltre, la *accountability* è assicurata da meccanismi di acquisizione e diffusione delle informazioni circa il rispetto, da parte degli Stati membri, degli *standard* internazionali di tutela in essi sviluppati. Inducendo gli Stati la cui condotta non sia conforme allo *standard* di tutela discendente dal trattato e dalla prassi relativa, a giustificare in punto di diritto la propria deviazione da siffatto *standard* o a intraprendere azioni concrete per conformarvisi, siffatti meccanismi di sindacato diffuso sulla condotta statale hanno accresciuto la trasparenza del sistema e generato un incentivo alla leale cooperazione e al rispetto degli obblighi assunti, garantendo l'effettività dei diritti sanciti, pur senza produrre effetti sanzionatori³⁴². Dalla disamina svolta nel presente scritto si evince, ad esempio, l'importanza che tali meccanismi hanno rivestito nel rafforzare la percezione di obbligatorietà, assolutezza e non contemperabilità del divieto di respingimento a rischio tortura. A ciò occorre aggiungere che, basandosi sui rapporti di organi interni al sistema, ma anche di altri enti indipendenti, come le organizzazioni non governative impegnate nella difesa dei diritti umani o i gruppi di esperti, tali meccanismi hanno aperto un secondo canale, più "indiretto", di accesso alla protezione da parte dei beneficiari, le cui istanze sono state portate all'attenzione degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani e degli Stati parti proprio attraverso la mediazione dei summenzionati rapporti³⁴³. In relazione al divieto di *refoulement*, i rapporti delle organizzazioni non governative hanno assunto un rilievo crescente soprattutto nella prassi di quei *monitoring-treaty bodies* che li hanno utilizzati, nell'ambito dell'esame dei ricorsi individuali, alla stregua di uno strumento di prova del rischio connesso all'allontanamento del ricorrente.

³⁴¹ Ivi, p. 34.

³⁴² Ivi, p. 33.

³⁴³ Sul ruolo delle organizzazioni non governative nella tutela dei valori collettivi della comunità internazionale v. DUPUY, *Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi*, *EJIL*, vol. 16, 2005, p. 131 ss., p. 131: «Nevertheless, as this order is indeed 'cosmopolitan', in the Kantian sense of the word, it is at the same time celebrated, especially by a number of non-governmental organizations which constitute the most active component of international civil society».

13. Il divieto di respingimento come “concetto aperto”.

Il contributo degli attori non statuali al rafforzamento dei meccanismi di controllo del rispetto dei diritti umani non è più significativo del loro apporto alla definizione e all'avanzamento degli *standard* di protezione. Questa riflessione assume rilevanza fondamentale in rapporto a un apparente paradosso, consistente nel fatto che, al di là della natura consuetudinaria della regola di *non facere*, i “contorni” di tale norma possono apparire ancora indefiniti³⁴⁴.

In realtà, il paradosso è apparente, in quanto i contorni del *non-refoulement* restano indefiniti solo se si adotta una nozione onnicomprensiva di “principio di *non-refoulement*”. Invero, se è innegabile la convergenza attorno alla definizione del divieto di respingimento, veicolata dalla tendenziale “assorbente” dell’argomento umanitario rispetto alla vicenda degli stranieri in generale, e degli stranieri in fuga in particolare³⁴⁵, bisogna altresì riconoscere che tale dinamica non è stata in grado di annullare le differenze sostanziali tra l’impostazione teorica da cui muove lo sviluppo del diritto internazionale dei rifugiati e quella da cui trae origine l’elaborazione del diritto internazionale dei diritti umani³⁴⁶, cosa che, peraltro, giustifica lo sviluppo indipendente e l’assenza di una totale convergenza tra le varie norme in cui è sancito un divieto di respingimento nei diversi contesti normativi internazionali.

³⁴⁴ GILLARD, *op. cit.*, *passim.*: «*Non-refoulement is the keystone of refugee law and also forms part of international humanitarian law and human rights law, notably as part of the prohibition of torture: no one must be transferred to a place where s/he risks torture or other forms of ill-treatment. While the precise contours of the principle may differ slightly in the different bodies of law, the essence of the principle is uncontroversial.*».

³⁴⁵ Tale convergenza è stata riconosciuta anche dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite. V. UN Docs: A/RES/50/152, 21 December 1995, par. 3; A/RES/51/75, 12 December 1996, par. 3; A/RES/52/103, 9 February 1998, par. 5; A/RES/53/125, 12 February 1999 par. 5; A/RES/52/132, 12 December 1997, par. 16; A/RES/54/146, 17 December 1999, par. 6; A/RES/55/74, 4 December 2000, par. 6. Sulla dottrina della interdipendenza e dell’indivisibilità dei diritti umani si rinvia al Manifesto di Teheran del 1986, accessibile *online* all’indirizzo: [<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/fatchr/fatchr.html>] e all’articolo 6, par. 2 della *Declaration on the Right to Development* (Dichiarazione sul diritto allo sviluppo), 4 December 1986, UN Doc. A/RES/41/128, accessibile *online* all’indirizzo: [<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>]. In argomento, WHELAN, *Indivisible Human Rights: A History*, Philadelphia, 2010; NICKEL, *Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights, HRQ*, vol. 30, 2008, p. 984 ss.

³⁴⁶ Invero, come si è più volte sottolineato, mentre nei primi due ambiti l’obbligo di non respingimento risponde all’esigenza di attribuire uno *status* di protezione (nell’un caso valido in tempo di pace, nell’altro in tempo di guerra) allo straniero che si trovi in un paese diverso da quello di origine, nell’ambito dei diritti umani trae la sua *ratio* originaria nella necessità di riconoscere e garantire i diritti umani alla persona contro l’arbitrio del potere statale, interno o straniero.

Detto questo, anche nell'alveo dei diritti umani, la ricostruzione dell'esatto contenuto dei contorni della norma non è un'operazione semplice e statica³⁴⁷, bensì costantemente *in fieri*, per due ordini di ragioni. La prima è legata alle precipue dinamiche evolutive che hanno interessato, in anni recenti, il diritto degli stranieri; *in primis* al fatto che le forme di protezione complementare si sono sviluppate soprattutto a partire dall'azione nomofilattica dei *monitoring treaty bodies* dei trattati in materia di diritti umani, il che ha favorito l'adattamento del parametro giuridico alle esigenze di protezione del mutato contesto storico-sociale³⁴⁸. La seconda discende dalla funzione normativa cui il *non-refoulement* assolve nella giurisprudenza di tali organi di controllo, vale a dire dal fatto che la *ratio* della protezione "rafforzata" del divieto di tortura e di maltrattamenti, posta in essere mediante il divieto di respingimento, sta nell'esigenza di tutelare il supremo valore della dignità umana³⁴⁹, che si colloca nel novero di quei «*diritti che la moderna giuspubblicistica definisce "diritti aperti" ossia diritti che si fondano su un continuo interscambio con l'evoluzione e lo sviluppo che connotano il bene oggetto di tutela sul piano socio-giuridico*»³⁵⁰. Sicché un'interpretazione che tenda a preservarne l'effetto utile non può che incorporare nel diritto stesso l'avanzamento normativo necessario a garantirne l'effettività nel mutato contesto storico-sociale³⁵¹. È chiaro che, intesa in questi

³⁴⁷ Come si vedrà nel capitolo che segue, il contenuto e la portata degli obblighi positivi che da essa discendono in capo agli Stati variano da un sistema di protezione dei diritti umani all'altro, così come le possibilità e le modalità dell'azione individuale nel caso in cui le procedure nazionali di asilo non vi si conformino.

³⁴⁸ V. *infra*, capp. 5-6.

³⁴⁹ VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 18 ss., spec. p. 24; MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, EJIL, vol. 19, 2008, p. 655 ss. In merito ai "diritti aperti" si vedano i lavori preparatori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), GUUE C 83/391 del 30 marzo 2010, commentati in PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle alte Corti Europee e della Corte Costituzionale italiana*, Milano, 2001.

³⁵⁰ PELLINGRA CONTINO, *Violazione procedurale del divieto di tortura. Nota a margine della sentenza della Corte EDU Otamendi Eguiguren c. Espagne del 16 Ottobre 2012*, *Democracy&Security Review*, n. 4, 2012, p. 23.

³⁵¹ Tale circostanza è stata espressamente presa in considerazione, nel diritto dell'Unione europea e precisamente nella nuova Direttiva sulle qualifiche del 2011, nel cui Preambolo si fa presente che l'attuazione dell'atto «*dovrebbe formare oggetto di valutazioni periodiche, tenendo conto in particolare dell'evolversi degli obblighi internazionali degli Stati membri in materia di «non respingimento»*». V. Direttiva 2011/95/UE (Dir. qualifiche 2011) del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), GUUE L 337, 20.12.2011, cons. 48 del Preambolo.

termini, la norma che vieta il respingimento si attegga naturalmente a fare da “cavallo di Troia” nell’affermazione di un diritto degli stranieri in fuga “ad avere diritti” fuori dallo Stato da cui fuggono³⁵². Tuttavia, è anche chiaro che dalla configurazione del divieto di respingimento come un “concetto aperto” non discende necessariamente un avanzamento della tutela degli individui, giacché la frammentazione che deriva da tale libertà interpretativa rischia di condurre a una crescente divaricazione tra l’*opinio juris* veicolata nei consessi internazionali e la prassi statuaria in materia di condizioni di accoglienza e di modalità di svolgimento della procedura di riconoscimento della protezione internazionale³⁵³.

Ciò crea, nondimeno, uno spazio di azione per quegli *stakeholders* interessati all’avanzamento della protezione contro il *refoulement*, che, muovendo da una visione moderna della condizione e del trattamento dello straniero, fondata sul principio di non discriminazione, “spingono” alla rimozione di *standard* differenziati (ovvero meno garantisti) di trattamento per gli stranieri che non possano essere allontanati perché a rischio, ma che nondimeno non rientrino nei criteri elettivi per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria nel diritto dell’Unione europea che, come si è già accennato nella prima parte del lavoro e come si dirà meglio in quella che segue, non copre tutte le ipotesi in cui è applicabile il divieto di *refoulement*.

³⁵² Dunque, secondo alcuni autori, inserito nell’ambito normativo dei diritti umani, il divieto di respingimento può essere considerato come una norma “a geometria variabile”, una sorta di “contenitore” di soluzioni normative all’interno del quale “pescare” la garanzia che meglio si attaglia al caso di specie. V. ad es., PIRJOLA, *op. cit.*, p. 639 ss.

³⁵³ Tale divaricazione emerge, ad esempio, con particolare pregnanza in relazione al diritto di accesso effettivo alla protezione internazionale che, pur essendo il logico corollario del *non-refoulement*, tanto nell’ambito del diritto dei rifugiati quanto nel diritto internazionale dei diritti umani, viene di fatto garantito in maniera diversa e discontinua nei diversi contesti geografici e in relazione alle diverse situazioni storiche in cui la protezione si colloca. In assenza di una posizione unitaria e condivisa circa l’esistenza e il contenuto di (eventuali) obblighi positivi in capo agli Stati derivanti dal divieto di respingimento, tornano in auge le tesi che gli sviluppi della norma, al di fuori del contesto della Convenzione di Ginevra, siano null’altro che un “*wishful legal thinking*”. V. ad es. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., p. 365: «*the nature of the various duties of non-refoulement relied upon is highly variable, and therefore does not afford the basis for even a common opinio juris, much less for general respect of that norm in practice*».

CAPITOLO V

IL DIVIETO DI RESPINGIMENTO NEGLI STRUMENTI REGIONALI SUI DIRITTI UMANI E NELLA PRASSI DEI RISPETTIVI ORGANI DI CONTROLLO

*Al contrario de Monsieur Jourdain,
célèbre personaje de Molière,
que hablaba prosa sin saberlo [...],
los órganos internacionales de salvaguardia
de los derechos humanos
saben perfectamente lo que hacen,
aplicando el principio del non-refoulement
sin decirlo...*

*Antônio Augusto Cançado Trindade,
Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 2005.*

SOMMARIO: 1. Il fondamento giuridico del divieto di respingimento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. - 2. Gli elementi giuridici del *risk assessment* nella giurisprudenza di Strasburgo. - 3. (*segue*) *Non-refoulement* nella lotta al terrorismo internazionale. - 4. L'effettività della protezione contro il *refoulement* nella giurisprudenza della Corte europea. - 5. (*segue*) L'estensione del divieto di respingimento alle acque internazionali. - 6. Protezione "*par ricochet*" e *status* di rifugiato a confronto. - 7. Il diritto di asilo e l'obbligo di *non-refoulement* nella prassi americana. - 8. *Non-refoulement* e *due process* nella giurisprudenza della Corte interamericana: considerazioni a margine del caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*. - 9. La prassi statunitense di "esternalizzazione" della tortura al vaglio della Commissione interamericana. - 10. Le specificità della protezione dei rifugiati in Africa: la tutela della dignità umana e il divieto assoluto di espulsioni collettive. - 11. Il contributo della Corte internazionale di giustizia all'interpretazione delle garanzie procedurali in caso di espulsione previste dalla Carta africana. - 12. La prassi delle consegne straordinarie al vaglio della Commissione africana: il caso *Mohammed al-Asad c. Djibouti*. - 13. Il consolidamento del divieto di respingimento nel processo evolutivo dello statuto giuridico del migrante. - 14. La responsabilità degli Stati parti di trattati sui diritti umani per le potenziali violazioni del divieto di respingimento: verso una "fuga" dalla *jurisdiction*?

1. Il fondamento giuridico del divieto di respingimento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di espulsione degli stranieri è stata ed è quantitativamente e qualitativamente

cruciale per la precisazione del contenuto e della portata del divieto di *refoulement*¹.

Eppure, la CEDU non contiene alcuna previsione che sia espressamente preposta alla tutela degli stranieri contro il rischio di essere *refoulés*². Le uniche disposizioni contenenti salvaguardie specifiche in relazione agli stranieri che rischiano di essere allontanati sono l'articolo 4 del Protocollo n. 4, che sancisce il divieto di espulsioni collettive e l'articolo 1 del Protocollo n. 7, che disciplina le garanzie procedurali in caso di espulsione, comprimibili solo in ragione di superiori esigenze di ordine pubblico e di sicurezza nazionale.

Si tratta di garanzie procedurali che, peraltro, sono estendibili ai soli cittadini di Paesi terzi "regolarmente residenti" sul territorio degli Stati parti della CEDU e che, quindi, non riguardano l'espulsione individuale dei migranti irregolari, né dei richiedenti asilo. Per queste ultime categorie di stranieri, il trattato stesso contempla la possibilità dello Stato di comprimere il godimento dei loro diritti fondamentali, per impedire loro l'ingresso irregolare nel territorio oppure per evitarne la fuga nelle more dell'esecuzione di una decisione di allontanamento³.

D'altronde, come nella gran parte dei trattati in materia di diritti umani, così anche nella CEDU, il principio di universalità non pregiudica la possibilità di prevedere eccezioni e limiti al godimento, da parte degli stranieri, di taluni diritti fondamentali, previsione a sua volta sorretta dall'assenza del legame di

¹ Si ricorda che la Corte europea non è l'unico organo in seno al CdE che si è occupato dell'obbligo di *non-refoulement*, dal momento che la Convenzione per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti, adottata dagli Stati del CdE il 26 novembre 1987 ed entrata in vigore il 1° febbraio 1989, ha istituito il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti del CdE, la cui prassi in materia è estremamente rilevante. Il Comitato compie visite ai luoghi di detenzione, in base all'art. 2 della Convenzione del 1987, al termine delle quali redige rapporti contenenti raccomandazioni agli Stati parti (art. 10, par. 1). I rapporti del Comitato, non vincolanti, possono essere successivamente utilizzati in sede giurisdizionale. Dato l'obiettivo di concentrarsi, nel presente capitolo, sulle istanze di tutela dotate di maggiore effettività, ci si dedicherà, nelle pagine che seguono, esclusivamente sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

² Si rinvia alle riflessioni svolte in merito nel capitolo 3, in relazione al fallimentare tentativo di adottare un protocollo allegato alla CEDU dove fosse previsto il diritto di asilo.

³ V. art. 5, par. 1, lett. f), che regola i casi in cui è ammessa la detenzione dello straniero, prevedendo al contempo una serie di garanzie per evitare che essa avvenga in violazione dei diritti convenzionali. Sul punto la giurisprudenza della Corte EDU è stata interessata da uno sviluppo alquanto garantista, che ha finito per comprimere in maniera sostanziale il potere degli Stati di detenere gli stranieri in assenza di comportamenti lesivi di valori costituzionalmente garantiti, ovverosia in ragione dell'irregolarità del loro *status* amministrativo. Per una carrellata dei casi decisi dalla Corte sul punto si rinvia a *Factsheet – Migrants in detention*, June 2014, accessibile online all'indirizzo: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf].

cittadinanza⁴. Eccezioni e limiti che, nella misura in cui ricorrano le condizioni previste dalla Convenzione per evitarne l'arbitrarietà, non possono essere rese inoperanti mediante il ricorso al principio di non discriminazione in base all'origine nazionale che, benché espressamente sancito nell'articolo 14 del trattato⁵, non può essere calato sul rapporto tra cittadino e non cittadino, dovendosi intendere la nozione di "origine nazionale" nella sua accezione metagiuridica e antropologica⁶.

Tali eccezioni e limiti sono precipua caratteristica delle normative nazionali in materia migratoria, che riflettono il principio consuetudinario della libertà dello Stato nella determinazione delle condizioni d'ingresso dello straniero nel proprio territorio, nonché di permanenza e allontanamento⁷. La stessa Corte di Strasburgo ha operato un costante richiamo al suddetto principio nell'*incipit* del dispositivo delle proprie sentenze in tema di *refoulement*⁸, in cui, peraltro, non ha mai tralasciato di ricordare che la CEDU non contiene alcuna previsione sul diritto d'asilo⁹.

L'analisi della giurisprudenza della Corte EDU in materia di espulsione di stranieri impone, quindi, qualche considerazione su come, dal lapidario testo dell'articolo 3, la Corte europea abbia ricavato in via di mera deduzione logica il fondamento normativo dell'obbligo di *non-refoulement* nel sistema della CEDU.

Le basi per lo sviluppo pretorio di questo filone del diritto degli stranieri in ambito CEDU sono state gettate con la sentenza *Soering c. Regno Unito*¹⁰, in cui la Corte EDU si è trovata a decidere circa la compatibilità con l'articolo 3 della

⁴ Tale dato già si è sottolineato nel cap. 2, par. 8 del presente scritto.

⁵ CEDU, art. 14: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Il Protocollo n. 12 allegato alla CEDU (Roma, 4.XI.2000, CETS 177), all'articolo 1, ribadisce il medesimo principio in termini generali (e quindi potrebbe essere richiamato indipendentemente dall'assenza del diritto di asilo nella CEDU). Tuttavia, anche per tale norma valgono gli stessi rilievi svolti per l'articolo 14 CEDU.

⁶ Corte EDU, *Biao c. Danimarca*, n. 38590/10, sent. 25 marzo 2014, par. 79. Per simili rilievi VILLANI, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, cit., p. 274.

⁷ Per i temperamenti previsti dal diritto internazionale generale alla libertà dello Stato di allontanare uno straniero si rinvia al par. 1 del capitolo 2 del presente scritto.

⁸ Cfr. *ex multis*, Corte EDU, *Amuur c. Francia*, n. 19776/92, sent. 25 giugno 1996, par. 43, in cui si afferma che il controllo dei flussi migratori è un "diritto incontestabile" degli Stati.

⁹ Vedi per tutti *Vilvarajah et al. c. Regno Unito*, nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, sent. 30 ottobre 1991, par. 102.

¹⁰ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, n. 14038/88, sent. 7 luglio 1989.

decisione del Regno Unito di estradare verso gli Stati Uniti, Paese terzo, un cittadino tedesco accusato di duplice omicidio oltreoceano.

In quell'occasione, la Corte ha dichiarato che il Regno Unito, ove avesse dato seguito alla richiesta di estradizione verso gli Stati Uniti, avrebbe violato l'articolo 3 CEDU, dal momento che il giudizio in America nei confronti dell'estradando si sarebbe verosimilmente concluso con l'irrogazione della pena capitale, il che avrebbe presupposto la permanenza prolungata dell'imputato nel c.d. "corridoio della morte", da considerarsi alla stregua di un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'articolo 3¹¹.

La ricostruzione giurisprudenziale operata nel caso *Soering* è sorretta dalla natura inderogabile della norma dell'articolo 3¹², che rientra nel nocciolo duro dei diritti CEDU non negoziabili, neppure in condizioni di emergenza che possano minacciare la vita della nazione¹³, per cui – ad avviso della Corte – un'interpretazione dello stesso che non avesse contemplato quale corollario l'obbligo di *non-refoulement* sarebbe entrata necessariamente in contrasto con quel «*common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law to which the Preamble refers*»¹⁴.

Dalla natura assoluta del divieto di tortura¹⁵, che si riflette *per relationem* sul divieto di respingimento, discendono numerosi elementi che ricorrono nella giurisprudenza della Corte in tema di allontanamento degli stranieri¹⁶.

¹¹ In argomento, GANSHOF VAN DER MEERSCH, *L'extradition et la Convention européenne de droits de l'homme. L'affaire Soering*, RTDH, vol. 5, 1990, p. 5 ss.; WEISSBRODT, FITZPATRICK, NEWMAN, *International Human Rights: Law, Policy, and Process*, 3^a ed., Cincinnati, 2001, pp. 642-643.

¹² CANÇADO TRINDADE, *Aproximaciones y convergencias revisitadas*, cit., p. 183: «*Ciertos principios básicos, como el del non-refoulement, forman, pues, un mínimo irreductible de la protección de los derechos de la persona humana, y tienen, inclusive, una proyección en el derecho interno de los Estados [...]*».

¹³ Tale carattere è chiarito dall'art. 15 CEDU che, in presenza di condizioni emergenziali che possano minacciare la vita della nazione, consente agli Stati parti di derogare al rispetto dei diritti garantiti ad eccezione di un nocciolo duro di diritti inderogabili, costituito dagli artt. 2, 3, 4 e 7. Ne consegue che la previsione contenuta all'articolo 3 della CEDU deve ritenersi vigente anche in tempo di guerra o di crisi, come ad esempio in situazioni che coinvolgano flussi di richiedenti asilo su larga scala.

¹⁴ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 88. In argomento, SUDRE ET AL., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 2007, pp. 132-134.

¹⁵ Si noti che nel caso *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., al par. 61, ha Corte EDU ha riconosciuto natura cogente al divieto di tortura. Sul significato di tale affermazione e sugli effetti giuridici v. il capitolo che precede.

¹⁶ Invero, la Corte non si è profusa in un ponderoso sforzo ermeneutico per giustificare la derivazione del divieto di respingimento dall'art. 3 CEDU, nonostante il portato innovativo di questa interpretazione rispetto alla sua tradizionale esegesi nel diritto dei rifugiati. I presupposti giuridici della dottrina *Soering* sono stati ricondotti, in dottrina, a quattro filoni interpretativi principali: quello teleologico, quello degli obblighi positivi, quello della

In primo luogo, ne deriva che la tipologia di atto formalmente adottato dallo Stato per procedere all'allontanamento dello straniero non rilevi ai fini della determinazione della responsabilità dello Stato medesimo, che sorge quale che sia la natura o il tipo di provvedimento finalizzato all'allontanamento dello straniero, sia che si tratti di estradizione, di espulsione¹⁷ o di respingimento alla frontiera¹⁸.

Inoltre, ne discende che la violazione dell'obbligo di *non-refoulement* avviene nel momento stesso in cui lo Stato parte della CEDU dà esecuzione a un provvedimento di allontanamento di uno straniero in contrasto con l'articolo 3, senza che debba intervenire una verifica puntuale dell'effettiva violazione, nel Paese di destinazione, del diritto alla vita o all'integrità psico-fisica del deportato¹⁹. Infatti, la preminenza assegnata all'obiettivo principe e non negoziabile di scongiurare il verificarsi della tortura impone di evitare che uno degli Stati parti della CEDU presti indirettamente assistenza alla commissione di un atto di tortura, attraverso una decisione di rinvio di uno straniero verso i suoi torturatori, le cui conseguenze, sarebbero, appunto, irreversibili²⁰.

Dall'argomentazione teleologica utilizzata dalla Corte, sorretta dal principio di effettività della tutela, discende altresì la prevalenza del divieto di *refoulement* sugli obblighi derivanti in capo agli Stati parti della CEDU dall'adesione ad altri strumenti convenzionali, ad esempio in materia di estradizione, affermata dalla Corte nel caso *Soering*²¹.

Anche la peculiare configurazione della responsabilità dello Stato parte della CEDU in relazione all'allontanamento dello straniero, che si trovi all'interno

protezione indiretta e quello della complicità nella commissione della violazione da parte di uno Stato terzo. Così MESSINEO, *op. cit.*, p. 141.

¹⁷ Corte EDU, *Cruz Varas et al. c. Svezia*, n. 15576/89, sent. 20 marzo 1991, parr. 32-70; *Chahal c. Regno Unito* [GC], n. 22414/93, sent. 15 novembre 1996, parr. 75-107.

¹⁸ Corte EDU, *Vilvarajah et al. c. Regno Unito*, cit., parr. 13-103; *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, n. 25389/05, dec. 10 ottobre 2006; *Riad e Idiab c. Belgio*, nn. 29787/03, 29810/03, sent. 24 gennaio 2008.

¹⁹ Dunque, unica condizione imprescindibile affinché possa essere sollevata la responsabilità dello Stato parte della CEDU per la violazione dell'obbligo di non respingimento è che la decisione di allontanamento sia esecutiva, e che di conseguenza il rischio di maltrattamenti sia imminente, in quanto la protezione dei diritti umani approntata dal sistema CEDU ha tipicamente natura sussidiaria e non intende sovrapporsi alle tutele garantite a livello statale. Cfr. ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, cit., p. 64.

²⁰ Cfr. Commissione EDU, *Kirkwood c. Regno Unito*, n. 10479/83, dec. 12 marzo 1984, D.R. 37, pp. 215-216.

²¹ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 87.

della propria “*jurisdiction*”²² può essere ricondotta alla natura assoluta del divieto di *refoulement* a rischio tortura. Difatti, la Corte ha chiarito che la terzietà alla CEDU dello Stato di destinazione, cui si imputano i maltrattamenti, non può essere addotta per escludere *sic et simpliciter* la responsabilità dello Stato parte della CEDU che ha proceduto all’allontanamento dello straniero²³.

Con questa argomentazione la Corte ha introdotto, nella propria giurisprudenza, la valutazione della responsabilità indiretta o “*par ricochet*” dello Stato parte della CEDU, derivante dall’esposizione di uno straniero a trattamenti contrari all’articolo 3 in conseguenza dell’esecuzione di un provvedimento di allontanamento verso uno Stato terzo²⁴.

Peraltro, le considerazioni svolte dalla Corte sull’irrelevanza dell’appartenenza alla CEDU dello Stato da cui proviene la richiesta di estradizione, al fine dell’attivazione della responsabilità dello Stato parte della Convenzione che la concede, hanno chiarito che gli effetti giuridici dell’obbligo di *non-refoulement* prescindono dalla verifica – ad opera dei giudici di

²² Sulla riconduzione della responsabilità per la violazione dell’obbligo di *non-refoulement* nell’ambito del concetto di “*jurisdiction*” stabilito dall’art. 1 CEDU si tornerà nelle pagine che seguono in relazione alla disciplina dei respingimenti in alto mare. In generale, sulla nozione di “*jurisdiction*” secondo l’art. 1 CEDU, GAJA, *Art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell’uomo*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 23 ss.; LAGRANGE, *op. cit.*; DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti umani*, Torino, 2002.

²³ Invero, il principio del divieto di estradizione dello straniero verso un altro Stato parte della CEDU in cui possa subire un trattamento contrario all’art. 3 era già stato sostenuto dalla Commissione EDU in *X c. Repubblica federale tedesca*, n. 6038/73, dec. 11 luglio 1973, D.R. 1; *Kirkwood c. Regno Unito*, cit. e in *Altun c. Repubblica federale tedesca*, n. 10308/83, dec. 3 maggio 1983, D.R. 36. La novità della pronuncia *Soering* è data dal fatto che, per la prima volta, la verifica del rispetto dell’obbligo di *non-refoulement* desunto dall’art. 3 CEDU riguarda un provvedimento di allontanamento adottato da uno Stato membro della Convenzione verso uno Stato terzo.

²⁴ Una peculiare attenzione è stata riservata da una parte della dottrina al modo in cui la Corte di Strasburgo ha configurato la c.d. “responsabilità indiretta” dello Stato parte della CEDU per la violazione dell’obbligo di non respingimento. In particolare, è stato sottolineato come essa non sia assimilabile a quella che deriva dalla complicità o dall’assistenza nella commissione di un fatto illecito in base all’art. 16 del *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*. Infatti, il richiamo a tale norma sarebbe precluso ogni qualvolta il fatto illecito compiuto dallo Stato di destinazione non fosse internazionalmente rilevante, venendo a mancare il requisito della natura internazionale dell’illecito, ovvero una condizione imprescindibile per configurare la complicità dello Stato che respinge. E, difatti, il richiamo a tale disposizione da parte della Corte sarebbe stato interdetto anche nel caso *Soering*, dal momento che la condanna di un individuo alla pena capitale e finanche la sua sottoposizione alla sindrome del “corridoio della morte” non costituiscono un maltrattamento suscettibile di sollevare la responsabilità internazionale dello Stato che lo adotta, né in base all’ordinamento giuridico statunitense, né nel diritto internazionale generale. Cfr. CHETAIL, *Le droit des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, cit., *passim*.

Strasburgo – dell’effettiva lesione subita dal ricorrente per mano delle autorità di uno Stato terzo²⁵.

La natura preventiva della protezione approntata dalla giurisprudenza di Strasburgo sul divieto di *refoulement* rispetto al verificarsi di una potenziale violazione è giustificata dalla dottrina degli obblighi positivi, in base alla quale la Corte ha dedotto dalle norme convenzionali formulate in negativo e miranti ad assicurare la mera non ingerenza dello Stato parte della CEDU nel godimento dei diritti garantiti, un obbligo *di facere* in capo a quest’ultimo, che è tenuto anche a prevenire le violazioni di quanto disposto nella Convenzione²⁶.

Dunque, dall’obbligo di natura “essenzialmente negativa”²⁷ che grava sugli Stati parti della CEDU di non sottoporre a tortura e maltrattamenti coloro che si trovano nella propria *jurisdiction* discende l’obbligo positivo di valutare la sussistenza di tale rischio nel Paese di destinazione dello straniero da allontanare, in base alla situazione personale dello straniero e a quella generale del Paese di destinazione²⁸.

Quindi, inserendo l’obbligo di *non-refoulement* nell’alveo operativo del divieto di tortura, la Corte EDU ha affiancato alla protezione diretta dell’individuo, contro il rischio di essere torturato in uno degli Stati parti della CEDU, una forma di protezione indiretta dello stesso, contro il rischio di essere deportato da uno Stato parte della CEDU verso uno Stato terzo in cui possa essere sottoposto a tortura o a maltrattamenti.

L’assolutezza del divieto di *refoulement* costituisce il principale *discrimen* tra la protezione offerta *ex* articolo 3 CEDU e quella derivante da altri filoni giurisprudenziali sviluppati dalla Corte di Strasburgo in tema di allontanamento degli stranieri, che si occupano di determinare se l’espulsione costituisca un’indebita interferenza con il godimento, da parte dello straniero, di alcuni diritti fondamentali, come quello al rispetto della vita privata e

²⁵ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 86. Questa affermazione costituisce la novità della pronuncia in esame, dato che il principio del divieto di estradizione dello straniero verso un altro Stato parte della CEDU in cui questi possa subire un trattamento contrario all’art. 3 era già stato sostenuto dalla Commissione EDU. V. Commissione EDU, *X c. Repubblica federale tedesca*, cit.; *Kirkwood c. Regno Unito*, cit. e *Altun c. Repubblica federale tedesca*, cit.

²⁶ Cfr. *ex multis*, Corte EDU, *Plattform Ärztefür das Leben c. Austria*, n. 10126/82, sent. 21 giugno 1988. In argomento, SUDRE, *Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme*, RTDH, 1995, p. 363 ss.; MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004.

²⁷ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, n. 2346/02, sent. 29 aprile 2002, par. 50.

²⁸ DEN HEIJER, *op. cit.*, p. 291.

familiare (articolo 8 CEDU)²⁹ e quello alla libertà di religione (articolo 9 CEDU)³⁰.

Infatti, sebbene la Corte abbia esteso le garanzie riconosciute agli stranieri sottoposti a misure di allontanamento anche in relazione a questi diritti³¹, la protezione *par ricochet* è stata riservata alle ipotesi in cui l'evento che rischia di consumarsi nel Paese di destinazione dello straniero integra i requisiti della persecuzione, della sottoposizione a processi iniqui, dell'illegittima violazione dell'*habeas corpus* e di gravi maltrattamenti, ovvero alle ipotesi in cui la potenziale violazione "indiretta" riguarda gli articoli 2, 3, 5, e 6 della CEDU.

Anche nell'ambito di questo cerchio ristretto di diritti fondamentaleissimi tutelati attraverso la protezione indiretta, bisogna operare un *distinguo* quanto al tipo di tutela approntata dalla Corte, sottolineando, per un verso, che le doglianze relative all'articolo 3 hanno in genere "assorbito" quelle relative alla violazione di altri articoli della Convenzione, essendo invero assai rara, ad esempio, un'analisi dei profili di violazione in relazione agli articoli 5 e 6 "sganciata" da quella relativa all'articolo 3; per altro verso, che la Corte ha stabilito una soglia probatoria più elevata in relazione al riconoscimento della protezione indiretta in assenza di rischio di persecuzione, tortura o maltrattamenti³², sulla base dell'assunto che:

«The Court observes that its case-law has found responsibility attaching to Contracting States in respect of expelling persons who are at risk of treatment contrary to Articles 2 and 3 of the Convention. This is based on the fundamental importance of these provisions, whose guarantees it is imperative to render effective in practice". (see e.g. *Soering v. the United Kingdom*, cited above, § 88). Such compelling considerations do not automatically apply under the other provisions of the Convention. On a purely pragmatic basis, it cannot be required that an expelling Contracting State only return an alien to a country which is in full

²⁹ Cfr. Corte EDU, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, nn. 9214/80, 9473/81, 9474/81, sent. 28 maggio 1985; *C. c. Belgio*, n. 21794/93, sent. 7 agosto 1996; *Boujlifa c. Francia*, n. 25404/94, sent. 21 ottobre 1997.

³⁰ Corte EDU, *Z. e T. c. Regno Unito*, n. 27034/05, dec. 28 febbraio 2006.

³¹ Ad esempio, l'articolo 8 è stato usato come limite al potere statale di staccare illegittimamente un individuo dal proprio nucleo familiare. Per l'esame di questa prassi si rinvia a CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 123 ss. Come l'autore fa notare: «rispetto alla norma in esame non viene in rilievo un caso di applicazione indiretta: una volta che lo Stato rifiuta l'ingresso o esegua l'allontanamento, non vi è infatti alcun evento che si consuma nel paese di destinazione in grado di finire nelle maglie dell'articolo 8; al contrario la condotta statale è già in sé una violazione diretta di tale disposizione, sempre che, naturalmente, ricorrano le condizioni da essa previste» (ivi, p. 123).

³² CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 115 ss.

and effective enforcement of all the rights and freedoms set out in the Convention»³³.

In ultima analisi, dunque, l'obbligo di *non-refoulement* ricavabile in via interpretativa dall'articolo 3 rimane l'unico punto fermo rispetto al quale la Corte non consente alcuna forma di contemperamento con le esigenze dello Stato di accoglienza³⁴.

2. Gli elementi giuridici del risk assessment nella giurisprudenza di Strasburgo.

Chiarito il fondamento giuridico dell'obbligo di *non-refoulement* nel sistema CEDU e la natura della responsabilità degli Stati parti in caso di violazione dello stesso, è opportuno valutare come la Corte abbia ricostruito l'obbligo in commento rispetto alla libertà tradizionalmente riconosciuta agli Stati parti sulle politiche migratorie³⁵.

Invero, attraverso l'interpretazione evolutiva³⁶ dell'articolo 3 CEDU, la Corte di Strasburgo ha finito per comprimere in maniera consistente il formale riconoscimento del "*margin of appreciation*" degli Stati parti nell'esercizio delle proprie competenze sovrane in materia di immigrazione, assicurando agli stranieri una tutela contro il *refoulement* di gran lunga più ampia di quella accordata ai rifugiati in base alla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato.

L'estensione della portata e delle conseguenze procedurali del principio sviluppato dalla Corte EDU ha riguardato tutti gli elementi caratterizzanti il disposto dell'articolo 3, dal concetto di "tortura" e di "trattamento disumano e degradante", a quello di "rischio", e a quello di "Stato di destinazione".

³³ Corte EDU, *F. c. Regno Unito*, n. 17341/03, dec. 22 giugno 2004 (ammissibilità), par. 3.

³⁴ V. ad esempio la valutazione del rischio da parte delle corti nazionali in casi in cui il rischio di espulsione avrebbe comportato la violazione di diritti convenzionali diversi dal diritto a non subire tortura e maltrattamenti ex articolo 3: Irlanda, *Agbonlahor v. Min. Just., Equality & L. Reform, Jud. Rev.*, (2007) I.E.H.C. 166 (High Ct., Ir., Apr. 18, 2007), in relazione alla potenziale violazione dell'articolo 8 CEDU; Regno Unito, *R. v. Spec. Adj'tor ex parte Ullah; Do v. Sec'y St. Home Dep't*, (2004) UKHL 26, in relazione all'articolo 9 CEDU.

³⁵ Sul concetto di "margine i discrezionalità" nella giurisprudenza di Strasburgo si rinvia, per un approfondimento, a SWEENEY, *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post Cold War Era*, ICLQ, vol. 54, 2005, p. 459 ss.

³⁶ Sul concetto di "interpretazione evolutiva", cfr. Corte EDU, *Tyler c. Regno Unito*, n. 5856/72, sent. 25 aprile 1978, par. 31; *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], n. 28957/95, sent. 11 luglio 2002, par. 75.

Quanto al primo elemento di analisi, occorre premettere che il divieto contenuto all'articolo 3 è stato concepito dai redattori della Convenzione europea come «*a very sweeping ban, so broad as to embrace all the forms of torture or inhuman treatment*»³⁷. A partire da questa tanto ampia quanto vaga definizione, che ricalca i contenuti dell'articolo 5 della Dichiarazione universale, gli organi di Strasburgo hanno sviluppato una ricchissima giurisprudenza, in cui è stato individuato, quale criterio cardine, affinché un trattamento possa qualificarsi ai sensi dell'articolo 3 CEDU, quello dell'intensità della sofferenza fisica e mentale arrecata, che deve raggiungere una soglia minima, affinché si abbia una violazione della norma in esame³⁸.

Nella valutazione del rischio corso dal ricorrente, a tale criterio, per sua stessa natura idoneo a favorire un'interpretazione evolutiva del contenuto dello stesso in linea con l'evolversi del valore socio-etico riconosciuto alla dignità umana, è stato abbinato il requisito del "rischio reale", elaborato sulla scorta della prassi statutale relativa alla determinazione dell'esistenza di un *fumus persecutionis* ai sensi della Convenzione di Ginevra sui rifugiati³⁹.

Dunque, l'effettività del rischio è stata determinata nella giurisprudenza di Strasburgo sulla base della capacità dello Stato parte di prevedere l'eventuale violazione del divieto di tortura e maltrattamenti ai danni del ricorrente in seguito al respingimento⁴⁰; vale a dire attraverso un'attenta valutazione dei "seri e fondati motivi" adottati dal ricorrente a sostegno della fondatezza del

³⁷ CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in CASSESE, GAETA, ZAPPALÀ (eds.), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, Oxford, 2008, p. 295 ss., p. 298.

³⁸ L'intensità della sofferenza inflitta, com'è noto, va da una soglia massima, costituita dall'atto di tortura, a un livello minimo, dato dal trattamento degradante, passando per lo stadio intermedio dei trattamenti inumani. Cfr. *ex plurimis*, Commissione EDU, *The Greek Case*, nn. 3321/1967, 3322/1967, 3323/1967, 3344/1967, Report 5 novembre 1969, YB XII, p. 501; Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, n. 5310/71, sent. 18 gennaio 1978, par. 167; *Tomasi c. Francia*, n. 12850/87, sent. 27 agosto 1992, par. 115; *Klaas c. Germania*, n. 15473/89, sent. 22 settembre 1993, par. 30; *Selmouni c. Francia*, cit., parr. 96-98; *Askoy c. Turchia*, n. 21987/93, sent. 18 dicembre 1996, par. 64; *Aydin c. Turchia*, n. 23178/94, sent. 25/09/1997, parr. 83-88; *Price c. Regno Unito*, n. 33394/96, sent. 10 luglio 2001, par. 24; *Mouisel c. Francia*, n. 67263/01, sent. 14 novembre 2002, par. 37; *Jalloh c. Germania [GC]*, n. 54810/00, sent. 11 luglio 2006, par. 67. Si noti, inoltre, che, in un primo momento, la Commissione aveva attribuito rilevanza, nella definizione di "trattamento inumano" anche alla natura deliberata dell'atto, nonché a valutazioni circa la "giustificabilità" dello stesso in relazione a considerazioni di sicurezza nazionale. V. CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, cit., p. 299.

³⁹ In argomento, CHETAIL, *Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit. Peraltro, questo riferimento non deve sorprendere dato che gli Stati parti della CEDU sono anche parti della Convenzione di Ginevra.

⁴⁰ CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 110.

suo timore di subire maltrattamenti a seguito dell'allontanamento dallo Stato ospitante.

Tra questi, la Corte ha tributato particolare attenzione alla militanza politica in un movimento di opposizione a un regime dittatoriale o all'appartenenza a un gruppo sociale minoritario e discriminato nello Stato verso cui è respinto⁴¹. In simili casi, la Corte EDU ha sostenuto l'esigenza di esaminare con accresciuto rigore la situazione individuale del ricorrente, richiedendogli di fornire elementi di prova specifici riguardo alla propria appartenenza al gruppo. Tuttavia, ha altresì riconosciuto che qualora sia accertato un rischio di incorrere in maltrattamenti in conseguenza dell'espulsione, non gravi sul ricorrente l'onere della prova di uno specifico rischio ulteriore⁴².

Nella maggior parte dei ricorsi più risalenti, la Corte ha mostrato di tenere in debita considerazione le verifiche effettuate dalle autorità statali, soprattutto per evitare di accreditarsi come una sorta di giudice d'appello agli occhi di quei richiedenti asilo la cui domanda era stata rigettata a livello nazionale⁴³. A tal fine, la Corte ha apprezzato in modo particolare l'attendibilità del ricorrente, valutata in base alla coerenza tra le varie versioni fornite della sua vicenda umana, all'autenticità dei documenti presentati a fini probatori, alla collaborazione mostrata nei confronti delle autorità nazionali durante la procedura di esame della sua istanza di asilo⁴⁴.

D'altra parte, molto spesso la Corte si è trovata a decidere in condizioni di estrema esiguità di prove e non ha potuto applicare il criterio del rischio individuale, dal momento che detto criterio impone necessariamente una valutazione della situazione particolare dello straniero ricorrente e, di

⁴¹ Corte EDU, *Jabari c. Turchia*, n. 40035/98, sent. 11 luglio 2000, par. 34; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, n. 1948/04, sent. 11 gennaio 2007, parr. 138-149.

⁴² Ivi, par. 148: «*The Court would further take issue with the national authorities' assessment that the treatment to which the applicant was subjected was meted out arbitrarily. It appears from the applicant's account that he and his family were targeted because they belonged to a minority and for that reason it was known that they had no means of protection; they were easy prey, as were the other three Ashraf families living in the same village (see paragraph 7 above). The Court would add that, in its opinion, the applicant cannot be required to establish the existence of further special distinguishing features concerning him personally in order to show that he was, and continues to be, personally at risk. In this context it is true that a mere possibility of ill-treatment is insufficient to give rise to a breach of Article 3*».

⁴³ Corte EDU, *Information Note n. 138 – February 2011, Statement issued on 11 February 2011 by the President of the Court Jean-Paul Costa*, p. 21.

⁴⁴ Cfr. su tutti, *Cruz Varas et al. c. Svezia*, cit., par. 78.

conseguenza, comporta uno specifico onere probatorio a carico di quest'ultimo⁴⁵.

In casi del genere, la Corte ha ritenuto di poter operare una valutazione complessiva della situazione generale in cui versa il Paese di destinazione dello straniero. In anni recenti, ha affiancato, all'ipotesi classica del rischio di persecuzione da parte di pubbliche autorità dello Stato di destinazione, quella in cui il rischio deriva da situazioni di violenza generalizzata, come accade nelle zone di conflitto o nei c.d. *failed States*⁴⁶.

In questi casi, la Corte ha sovente attribuito rilievo alle informazioni contenute nei rapporti provenienti da organizzazioni non governative che difendono i diritti dell'uomo (come ad esempio *Amnesty International*) e da fonti governative (quali ad esempio i rapporti del Dipartimento di Stato americano)⁴⁷. Al contrario, nei casi di mera instabilità politica del Paese di destinazione, ha improntato la valutazione della fondatezza del rischio a criteri molto più rigorosi⁴⁸.

Lo stesso rigore probatorio ha caratterizzato anche la configurazione del rischio derivante da comportamenti posti in essere da soggetti privati, come testimonia la celebre decisione nel caso *H.L.R. c. Francia*⁴⁹.

⁴⁵ Corte EDU, *N. c. Finlandia*, n. 38885/02, sent. 26 luglio 2005, par. 167; *Ismaili c. Germania*, n. 58128/00, dec. 15 marzo 2001.

⁴⁶ Corte EDU, *Ahmed c. Austria*, cit., in cui il rinvio era verso la Somalia.

⁴⁷ Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, cit., parr. 99-100; *Müslim c. Turchia*, n. 53566/99, sent. 26 aprile 2005, par. 67; *Said c. Paesi Bassi*, n. 2345/02, sent. 5 luglio 2005, par. 54; *Saadi c. Italia* [GC], n. 37201/06, sent. 28 febbraio 2008, par. 143; *Trabelsi c. Italia*, cit., parr. 43-46.

⁴⁸ Corte EDU, *Vilvarajah et al. c. Regno Unito*, cit., par. 111; *Fatgan Katani et al. c. Germania*, n. 67679/01, dec. 31 maggio 2001; *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* [GC], nn. 46827/99 e 46951/99, sent. 4 febbraio 2005, par. 73; *Müslim c. Turchia*, cit., par. 68. Analogamente, allorquando lo Stato di destinazione, pur essendo uno Stato democratico, non sia membro del Consiglio d'Europa. Per gli Stati membri del Consiglio d'Europa, infatti, in ragione dell'onta derivante dall'accertamento di una violazione dell'art. 3, la Corte ha richiesta un'elevatissima soglia di certezza del rischio di violazione, "al di là di qualsiasi ragionevole dubbio". Cfr. Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 161. V. anche *Labita c. Italia*, cit., par. 121: «[T]o assess this evidence, the Court adopts the standard of proof «beyond reasonable doubt» but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact».

⁴⁹ Corte EDU, *H.L.R. c. Francia* [GC], n. 24573/94, sent. 29 aprile 1997, in cui un cittadino colombiano, catturato a Parigi in quanto membro di un cartello di distribuzione internazionale della droga, aveva collaborato con le autorità francesi e rivelato il funzionamento del cartello. Successivamente era stato disposto dalle stesse autorità francesi un provvedimento di espulsione nei suoi confronti e questi aveva inoltrato un ricorso alla Corte lamentando che il suo allontanamento verso la Colombia integrasse una condanna a subire trattamenti in violazione dell'art. 3 per mano del cartello da lui denunciato e senza che le autorità governative potessero evitare tale violazione. La Corte affermò che in linea teorica la tesi del ricorrente era valida, pur riconoscendo che nel caso di specie il problema della tutela del ricorrente gravava sul governo colombiano, che ben avrebbe potuto gestirlo.

Tuttavia, nei casi in cui lo Stato di destinazione, pur essendo uno Stato democratico, non è membro del Consiglio d'Europa, la Corte EDU ha spesso ridimensionato l'onere della prova a carico del ricorrente in relazione alle determinanti oggettive del rischio⁵⁰.

Inoltre, si è spinta, in casi eccezionali, a configurare una responsabilità dello Stato parte derivante da situazioni oggettive, quali ad esempio la precarietà delle strutture sanitarie del Paese di destinazione dello straniero o l'impossibilità per quest'ultimo di ricevere trattamenti terapeutici, necessari alla sopravvivenza o ad assicurargli una vita dignitosa⁵¹. O ancora, in una recente sentenza, si è dimostrata incline ad estendere la tutela contro il *refoulement* in relazione a una forma di "rischio" derivante dalla cultura e dai *mores* del Paese di destinazione. Nel caso *N. c. Svezia*⁵², infatti, ha ritenuto che il rimpatrio di una cittadina afgana, trasferitasi in Svezia col marito, il quale aveva fatto ritorno in patria in seguito alla richiesta di divorzio della moglie, presentata alle autorità del Paese ospitante, avrebbe comportato la violazione dell'articolo 3 della Convenzione, esponendo la stessa al rischio di rappresaglia dell'(ex) marito⁵³ e del Paese di origine, dove l'adulterio è punito con la pena di morte⁵⁴.

Con riferimento alla determinazione dello "Stato di destinazione", occorre ricordare che nella giurisprudenza di Strasburgo – così come nel sistema di protezione dei rifugiati creato dalla Convenzione di Ginevra – tale espressione non identifica necessariamente lo "Stato di origine" dello straniero respinto. Infatti, come si è detto, né la CEDU, né la Convenzione di Ginevra obbligano a riconoscere ad ogni straniero il diritto di asilo, per cui nulla vieta ad uno Stato parte di questi trattati⁵⁵ di procedere all'allontanamento dello straniero soggetto alla propria giurisdizione verso uno Stato terzo "sicuro", ossia verso uno Stato

⁵⁰ Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, cit. *supra*, in cui la Corte ha concluso per la violazione dell'art. 3 a causa dell'impotenza dello Stato indiano nel controllare elementi radicali delle forze dell'ordine.

⁵¹ Tali argomenti sono stati sostenuti ad es. nel caso Corte EDU, *D. c. Regno Unito*, n. 30240, sent. 2 maggio 1997, in cui il ricorrente era un malato terminale di AIDS, che rischiava di essere espulso verso un piccolo Paese, l'Isola di Saint Kitts, dove non avrebbe potuto ricevere le cure adeguate. In realtà, si tratta di un indirizzo giurisprudenziale tanto audace quanto isolato. Successivamente, la Corte ha nettamente ridimensionato il peso del diritto alla salute nella valutazione del rispetto dell'art. 3 nelle procedure di allontanamento degli stranieri. Vedi *Bensaid c. Regno Unito*, n. 44599/98, sent. 6 febbraio 2001, parr. 39 e 40; *Aoulmi c. Francia*, n. 50278/99, sent. 17 gennaio 2006.

⁵² Corte EDU, *N. c. Svezia*, n. 23505/09, sent. 20 ottobre 2010, parr. 56-62.

⁵³ Infatti, in base al diritto islamico, il marito può decidere di riprendere con sé la moglie senza tener conto del volere di lei. V. Corte EDU, *N. c. Svezia*, cit., par. 57.

⁵⁴ Ivi, par. 59.

⁵⁵ Come già osservato, tutti gli Stati parti della CEDU sono anche parti della Convenzione sullo status dei rifugiati.

in cui questi non corra il rischio di subire persecuzioni o trattamenti inumani e degradanti.

Ciononostante, alla tendenza degli Stati parti della CEDU a respingere i richiedenti asilo verso Stati terzi ritenuti "sicuri", la Corte di Strasburgo ha opposto un divieto di *refoulement* per così dire rafforzato, consistente nell'obbligo dello Stato parte che intende allontanare lo straniero di assicurarsi che la protezione contro il respingimento sia effettiva nel Paese terzo, ritenuto sicuro, senza che tale condizione possa essere soddisfatta automaticamente dalla circostanza che quest'ultimo abbia aderito alla Convenzione di Ginevra⁵⁶. In altri termini, la Corte ha ricavato dall'articolo 3 CEDU un divieto di *refoulement* indiretto, o "a catena"⁵⁷, che non ha esitato di recente a dichiarare violato in un caso di trasferimento del richiedente in un Paese membro del Consiglio d'Europa.

Nel recente caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁵⁸, riguardante un richiedente asilo espulso verso la Grecia dalle autorità belghe in ottemperanza ai criteri di determinazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo stabiliti dal Regolamento comunitario "Dublino II"⁵⁹, la Corte, oltre a dichiarare la violazione dell'articolo 3 da parte della Grecia a causa delle carenze strutturali del suo sistema di asilo e delle condizioni di detenzione, ha altresì sanzionato il Belgio per la medesima violazione, non soltanto in ragione del fatto che non avesse approntato alcuna verifica della capacità e della volontà dello Stato greco di tener fede ai propri obblighi internazionali in materia di trattamento dei rifugiati, ma anche per non aver considerato l'esistenza di un rischio effettivo di *refoulement* indiretto del ricorrente dalla Grecia verso la Turchia, Paese in cui verosimilmente avrebbe potuto subire maltrattamenti⁶⁰.

⁵⁶ Corte EDU, *T.I. c. Regno Unito*, n. 43884/98, dec. 7 marzo 2000; *K.R.S. c. Regno Unito*, n. 32733/08, dec. 2 dicembre 2008; *N.A. c. Regno Unito*, n. 25904/07, sent. 17 luglio 2008; *Hirsi et al. c. Italia*, cit., parr. 139-158.

⁵⁷ CRAWFORD, HYNDMAN, *Three Heresies in the Application of the Refugee Convention*, *IJRL*, vol. 1, 1989, p. 155 ss., p. 171.

⁵⁸ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], n. 30696/09, sent. 21 gennaio 2011, parr. 362 e ss.

⁵⁹ Di tale regolamento si è parlato nel capitolo secondo, nel par. 13.

⁶⁰ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 342. Per un commento, MARCHEGIANI, *Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto Commissariato per i rifugiati*, *DUDI*, vol. 4, 2010, p. 452 ss.; REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, *DUDI*, vol. 5, 2011, p. 343 ss. La questione è stata sollevata anche nella recentissima sentenza della Corte EDU sul caso *Hirsi et al. c. Italia*, cit.

3. (segue) *Non-refoulement nella lotta al terrorismo internazionale.*

Da quanto sin qui osservato si comprende la ricchezza del patrimonio giurisprudenziale della Corte europea in tema *non-refoulement*, patrimonio al cui sviluppo ha enormemente contribuito la straordinaria efficacia del sistema di controllo del rispetto dei diritti garantiti in ambito CEDU, che non trova alcuna corrispondenza nei meccanismi di protezione internazionale dei rifugiati.

Tuttavia, a partire dalla prima metà degli anni Duemila, la tenuta della strategia argomentativa della Corte EDU in tema di *non-refoulement* è stata messa a dura prova dalla tendenza degli Stati parti a sacrificare il rispetto dei diritti convenzionali in nome della “*war on terror*”, che in breve si è tradotta in una vera e propria “*war on individuals*”⁶¹. Questa tendenza ha condotto numerosi Stati parti della CEDU a negare l’assolutezza della protezione che discende dal *non-refoulement* e a premere per un bilanciamento tra le ragioni dello Stato e la protezione degli stranieri⁶².

A tali pressioni la Corte si è efficacemente opposta⁶³. Il *leading case* in materia è rappresentato dal noto caso *Saadi c. Italia*⁶⁴, nel quale la Grande Camera ha stabilito che la deportazione nel Paese di origine di un cittadino tunisino, ivi condannato in contumacia da un tribunale militare a scontare una pena detentiva per reati connessi al terrorismo internazionale, avrebbe configurato una violazione dell’articolo 3 CEDU da parte dell’Italia, stante l’esistenza di prove attendibili che i condannati per tali reati in Tunisia sono sottoposti a condizioni di carcerazione inumane e degradanti⁶⁵.

⁶¹ Tra le altre sentenze di Strasburgo sul terrorismo cfr. *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 163; *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 79; *Selmouni c. Francia* [GC], n. 25803/94, sent. 28 luglio 1999, par. 95; *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., par. 59; *Shamayev et al. c. Georgia e Russia*, n. 36378/02, sent. 12/04/2005, par. 335; *Ramirez Sanchez c. Francia* [GC], n. 59450/00, sent. 04/07/2006, parr. 115-116. In argomento, GUILD, *International Terrorism and EU Immigration, Asylum and Borders Policy: the Unexpected Victims of 11 September 2001*, in CARR, MASSEY (eds.), *Public Policy and the New European Agendas*, Aldershot, 2006, p. 233 ss., p. 236.

⁶² V. ad es. Corte EDU, *Ramzy c. Paesi Bassi*, n. 25424/05, dec. 27 maggio 2008, par. 125 ss., dove il Regno Unito, in qualità di parte terza interveniente, aveva sostenuto l’incoerenza della giurisprudenza della Corte EDU con il tradizionale *margin of appreciation* statale sulle politiche migratorie e con la circostanza che la CEDU non sancisse il diritto d’asilo. In argomento, PADMANABHAN, *To Transfer or Not to Transfer: Identifying and Protecting Human Rights Interests in Non-Refoulement*, *Fordham LR*, vol. 80, 2011, p. 73 ss.

⁶³ PLASTINA, *Lotta al terrorismo: la Corte di Strasburgo conferma la natura assoluta dell’obbligo di non-refoulement in relazione all’art. 3 CEDU*, *Cass. pen.*, vol. 49, 2009, p. 3205 ss.

⁶⁴ Corte EDU, *Saadi c. Italia*, cit.

⁶⁵ Ivi, parr. 125-138.

Senza addentrarci nell'analisi del caso *Saadi*⁶⁶, ci limitiamo di seguito a sottolineare i punti della pronunzia che si sono rivelati più fecondi di conseguenze per i profili che qui rilevano.

In primo luogo, il fulcro dell'argomentazione della Grande Camera, ovvero la riaffermazione del principio, già sostenuto nel caso *Chahal c. Regno Unito* del 1996⁶⁷, che l'obbligo di *non-refoulement* non è assoggettabile ad alcun tipo di relativizzazione né di contemperamento, nemmeno in una situazione di emergenza nazionale, come una minaccia terroristica⁶⁸.

Con *Saadi*, dunque, perde definitivamente di consistenza l'argomento della sproporzione della tutela riconosciuta dalla giurisprudenza di Strasburgo alle violazioni indirette dell'articolo 3, ovvero del divieto di *refoulement*, rispetto a quelle dirette, ossia del divieto di tortura⁶⁹.

Non solo, ma la Corte ha apportato alcune importanti precisazioni in merito alla portata dell'obbligo di *non-refoulement*. Sotto il profilo materiale, ha operato una disgiunzione logica tra i concetti di "pericolosità sociale" dell'individuo che s'intende espellere e quello di "rischio reale" che costui subisca maltrattamenti contrari all'articolo 3 CEDU in seguito all'espulsione⁷⁰.

In altre parole, ha affermato che la natura e la gravità dei reati commessi dallo straniero soggetto a una misura di espulsione – e quindi la sua pericolosità per la società ospitante – non possano in alcun modo rilevare nella valutazione del rischio reale di sottoposizione a pratiche disumane e degradanti dello stesso nel Paese verso cui è espulso. Ne consegue che qualsiasi tentativo di strumentalizzare la circostanza che lo straniero costituisca una minaccia, per

⁶⁶ In molti hanno commentato questo caso, tra i numerosi scritti cfr. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, RDI, vol. 91, 2008, p. 449 ss. SACCUCI, *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non-refoulement*, I diritti dell'uomo, 2008, pp. 33 ss.

⁶⁷ Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 115: «Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention [...] Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation».

⁶⁸ Per simili rilievi critici HUNAULT, *Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights. Combating Terrorism and Respect for Human Rights*, Doc. 9331, 22 gennaio 2002. Cfr. anche la Risoluzione 1271 dell'Assemblea Parlamentare del CdE, in base alla quale «[i]n their fight against terrorism, Council of Europe member states should not provide for any derogation to the European Convention on Human Rights». Assemblea parlamentare del CdE, *Resolution 1271 – Combating terrorism and respect for human rights*, 24 gennaio 2002, par. 9.

⁶⁹ Corte EDU, *Saadi c. Italia* [GC], cit., *Opinion concordante du Juge Myjer, à laquelle se rallie le Juge Zagrebelsky*.

⁷⁰ Sul concetto di "rischio reale" v. *supra*, par. 2.

giustificare un'attenuazione dell'obbligatorietà del divieto di respingimento, è ritenuto dalla Corte contrario all'articolo 3 CEDU⁷¹.

Le novità introdotte dai giudici di Strasburgo nella propria giurisprudenza in tema di espulsione di stranieri non hanno riguardato, peraltro, i soli parametri sostanziali del giudizio. Anche quelli procedurali sono stati informati all'esigenza di approntare la massima protezione possibile contro il rischio di respingimento.

Difatti, è proprio per assicurare l'effettività della tutela che la Corte ha adottato un'interpretazione evolutiva della regola procedurale del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, stabilendo che, nei casi in cui la doglianza riguarda l'articolo 3 CEDU, il requisito di ricevibilità del ricorso sia soddisfatto ogni qualvolta i rimedi interni, che non sono stati esperiti, non abbiano carattere sospensivo e, quindi, non siano in grado di impedire l'eventuale verificarsi di una violazione irreparabile dei diritti del ricorrente⁷².

Tale sentenza non ha, tuttavia, invertito il *trend* che vede il crescente utilizzo di pratiche di dubbia compatibilità con il rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri, quali ad esempio la detenzione amministrativa, la ricerca di assicurazioni diplomatiche sul rispetto del divieto di tortura e maltrattamenti da parte del Paese di destinazione dello straniero espulso, le c.d. "estradizioni mascherate" e, da ultimo, le pratiche di "*extraordinary rendition*".

In relazione al primo profilo, bisogna distinguere tra il trattenimento dei richiedenti asilo e la detenzione amministrativa dei migranti in vista dell'espulsione.

In relazione alla prima ipotesi, la Corte ha ribadito, richiamandosi anche al combinato disposto degli articoli 31 e 33 della Convenzione di Ginevra, che un richiedente asilo non può essere né deportato (almeno sino alla determinazione della sua istanza d'asilo)⁷³, né sottoposto a misure di privazione della propria libertà personale equiparabili alla detenzione⁷⁴.

Quanto alla seconda ipotesi, ha affermato che la detenzione amministrativa dei "clandestini" può essere considerata legittima soltanto fintanto che sono in atto le procedure per la deportazione o l'estradizione, il cui svolgimento deve

⁷¹ Corte EDU, *Saadi c. Italia*, cit., par. 139 ss.; *Ben Khemais c. Italia*, n. 246/07, sent. 24 febbraio 2009, par. 53 ss.; *Trabelsi c. Italia*, cit., par. 40 ss.

⁷² Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 293.

⁷³ Corte EDU, *R.U. c. Grecia*, n. 2237/08, sent. 7 giugno 2011, par. 94: «[I]t emerges from international and national law, notably Articles 31-33 of the Geneva Convention Relating to the Status of Refugees [...] that the expulsion of a person who has submitted an application for asylum is not permitted until a final determination on the asylum application».

⁷⁴ *Ibid.*, e *S.D. c. Grecia*, cit., par. 62.

avvenire nel rispetto degli obblighi di *due diligence*⁷⁵, come stabiliti dal diritto vivente di Strasburgo⁷⁶ e, dunque, data la natura assoluta della tutela contro il *refoulement*, offrendo garanzie procedurali necessariamente più ampie di quelle che derivano dall'articolo 32, par. 2 della Convenzione di Ginevra.

D'altra parte, passando dalla protezione indiretta a quella diretta, è significativo che, nei casi in cui il ricorrente, posto in stato di privazione della libertà personale (ai sensi dell'articolo 5, par. 1, lett. f), CEDU) abbia lamentato di aver subito un atto di tortura o un trattamento inumano o degradante in violazione dell'articolo 3 CEDU, la Corte abbia determinato l'inversione dell'onere della prova⁷⁷. Dunque, a fronte dell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità nazionali in materia di disciplina della detenzione amministrativa degli stranieri⁷⁸, la Corte si è sempre arrogata il compito di supervisionare la proporzionalità delle misure statuali comportanti una compressione dei diritti garantiti dalla CEDU rispetto agli interessi nazionali pure meritevoli di tutela⁷⁹, precisando che non può in alcun caso ritenersi legittima l'adozione di un regime detentivo in luogo dell'espulsione e dell'estradizione qualora l'esecuzione di tali misure sia preclusa dal divieto di *refoulement*⁸⁰ e che ai detenuti vadano in ogni caso garantite condizioni di vita dignitose⁸¹.

⁷⁵ Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 113; *Louled Massoud c. Malta*, n. 24340/08, sent. 27 luglio 2010, par. 60; *Suso Musa c. Malta*, n. 42337/12, sent. 23 luglio 2013; *Aden Ahmed c. Malta*, n. 55352/12, sent. 23 luglio 2013.

⁷⁶ Corte EDU, *Saadi c. Italia*, cit.

⁷⁷ Corte EDU, *Tomasi c. Francia*, cit., parr. 108-111; *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 61; *Selmouni c. Francia*, cit., par. 87. In argomento FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in PINESCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 352 ss., p. 363.

⁷⁸ Corte EDU, *Bozano c. Francia*, n. 9990/82, sent. 18 dicembre 1986. In merito alle gravi violazioni dei diritti degli stranieri posti in regime di detenzione amministrativa v. TSANGARIDES, *"The Second Torture": The Immigration Detention Of Torture Survivors*, London, Medical Justice, 2012; UNHCR, *UNHCR's Position On The Detention Of Asylum-Seekers In Malta*, 18 September 2013, p. 29 ss., spec. par. 86; Medical Justice and the National Coalition of Anti-Deportation Campaigns, *Outsourcing Abuse: The Use And Misuse Of State-Sanctioned Force During The Detention And Removal Of Asylum Seekers*, London, 2008.

⁷⁹ Corte EDU, *Ilaşcu et al. c. Moldavia e Russia*, cit., par. 487.

⁸⁰ Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, n. 5493/72, sent. 7 dicembre 1976; *A et al. c. Regno Unito* [GC], n. 3455/05, sent. 19 febbraio 2009; *Mikolenko c. Estonia*, n. 16944/03, sent. 8 gennaio 2010; *Gillan e Quinton c. Regno Unito*, n. 4158/05, sent. 12 gennaio 2010. Si rimanda, per analogia, alle determinazioni dell'UNHCR, in base alle quali la detenzione dei rifugiati e dei richiedenti asilo, pur possibile, deve essere disposta su prescrizione di legge, come *extrema ratio* e, in ogni caso, nel rispetto dei criteri di necessità e proporzionalità, in condizioni umane e in luoghi di accoglienza diversi dagli istituti di detenzione ordinaria. Cfr. UNHCR, *Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers (n. 10)*, 1999, Guidelines 1, par. 1 e 3; ExCom, *Detention of Refugees and Asylum-Seekers, Conclusion No. 44 (XXXVII)*, 1986, lett. b). In argomento, LANDGREN, *Comments on the UNHCR Position on Detention of Refugees*

Nel *leading case A e altri c. Regno Unito*⁸², la Corte ha applicato queste argomentazioni alla delicata questione del terrorismo, dichiarando la violazione della CEDU in relazione allo schema detentivo adottato dal Regno Unito nei confronti dei cittadini stranieri sospettati di terrorismo reclusi nel carcere londinese di Belmarsh in base alla parte IV dell'*Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001*⁸³. Ora, dal momento che, ad avviso della Corte, deve ritenersi equiparabile il grado di protezione contro le violazioni "dirette" o "indirette" dell'articolo 3 CEDU⁸⁴, il rischio che il presunto terrorista sia soggetto, nel Paese di destinazione, a un regime detentivo basato sulle c.d. "tecniche di privazione sensoriale" ne impedisce l'espulsione⁸⁵.

È interessante, a tal proposito, una recente giurisprudenza olandese, che, sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo, ha ritenuto contraria al divieto di respingimento l'extradizione verso gli Stati Uniti di un presunto terrorista in assenza di assicurazioni diplomatiche da parte dello Stato richiedente sull'accessibilità, nell'istituto penitenziario in cui questi sarebbe stato recluso, di cure mediche specifiche per lo *stress* post-traumatico da cui era affetto il detenuto⁸⁶.

Altre strategie più sottili sono altresì messe in atto dagli Stati per aggirare l'obbligo di *non-refoulement*, ad esempio attraverso l'ampliamento delle c.d. "zone di transito" negli aeroporti, dove gli stranieri "non desiderati" vengono

and Asylum Seekers, in HUGHES, LIEBAUT (eds.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague, 1998, pp. 141 ss.

⁸¹ Corte EDU, *Mamedova c. Russia*, n. 7064/05, sent. 1 giugno 2006, par. 64; *Ramishvili e Kokhreidze c. Georgia*, n. 1704/06, sent. 27 gennaio 2009, par. 79. Inoltre, gli Stati parti sono tenuti a garantire le necessarie cure mediche ai detenuti (v. *Hurtado c. Svizzera*, n. 17549/90, sent. 28 gennaio 1994, par. 12; *Istratii et al. c. Moldavia*, nn. 8721/05, 8705/05, 8742/05, sent. 27 marzo 2007, par. 49). In argomento ARAI-YOKOI, *op. cit.*, pp. 406-410.

⁸² Corte EDU, *A e altri c. Regno Unito*, cit.

⁸³ In relazione ai cittadini stranieri che, pur sospetti di terrorismo, non potessero essere allontanati in base all'obbligo di *non-refoulement*, tale normativa prevedeva la facoltà del Ministro degli Interni di azionare una procedura di certificazione a loro carico della presunta minaccia terroristica (sulla base di informazioni provenienti dall'*intelligence*), il cui risultato era la detenzione stragiudiziale, senza alcuna formalizzazione delle accuse in vista di un regolare processo. V. Regno Unito, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, 2001 c. 24, parte IV ("Immigration and asylum"), accessibile online all'indirizzo: [<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents/enacted>]. Ci sia consentito rimandare a VITIELLO, *Dottrina del margine di apprezzamento e principio di proporzionalità nella lotta al terrorismo internazionale: riflessioni a margine del Caso Belmarsh*, UNIPG, accessibile online all'indirizzo: [<https://diritti-cedu.unipg.it/index>]

⁸⁴ V. *supra*, l'esame della sentenza *Saadi c. Italia*, alla nota 71.

⁸⁵ Così WOUTERS, *op. cit.*, p. 314.

⁸⁶ *Dutch Court Halts Extradition of alQaeda Suspect to US*, 5 April 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.presstv.ir/detail/2013/04/05/296672/dutch-court-halts-extradition-to-us/>].

tenuti in attesa che trovino un altro Paese “sicuro” disposto ad accoglierli o che optino per il rimpatrio “volontario”. La questione, che è di stringente attualità, come dimostrato dal caso *Snowden*⁸⁷, si è posta all’attenzione della Corte di Strasburgo nel noto caso *Amuur c. Francia*⁸⁸, che riguardava un richiedente asilo somalo cui non era permesso di lasciare la zona di transito dell’aeroporto di Paris-Orly, dove si trovava sotto sorveglianza delle forze di polizia⁸⁹.

Nel caso di specie la Corte ritenne, in ossequio al principio di effettività della tutela, che il confinamento del richiedente asilo nell’aeroporto potesse essere equiparato a un’indebita privazione della libertà personale⁹⁰, in quanto:

«The mere fact that it is possible for asylum-seekers to leave voluntarily the country where they wish to take refuge cannot exclude a restriction on liberty, the right to leave any country, including one’s own, being guaranteed, moreover, by Protocol No. 4 to the Convention. Furthermore, this possibility becomes theoretical if no other country offering protection comparable to the protection they expect to find in the country where they are seeking asylum is inclined or prepared to take them in»⁹¹.

Un’altra strategia utilizzata dagli Stati parti della CEDU per liberarsi della responsabilità che deriva dall’obbligo di *non-refoulement* consiste nel richiedere un’assicurazione diplomatica allo Stato verso il quale si effettua l’allontanamento, che può riguardare il rispetto del diritto dell’individuo allontanato a non subire tortura o maltrattamenti, nel caso dell’espulsione, ovvero la commutazione della pena capitale in altra pena, nel caso dell’extradizione.

Sono fin troppo evidenti i limiti di questi *affidavit* provenienti dai canali diplomatici per garantire l’effettività della tutela⁹². Tuttavia, la prassi delle assicurazioni diplomatiche non è stata ritenuta *per se* contraria alla CEDU, anzi

⁸⁷ A seguito delle rivelazioni di Snowden sul programma di spionaggio americano, il governo degli Stati Uniti ha revocato il passaporto dell’ex agente, che si è trovato “bloccato” nella zona di transito dell’aeroporto Sheremetyevo di Mosca. V. *Terminally Stuck, Passenger Terminal World Magazine*, 10 September 2013; AHMAD, *Right To Asylum Under International Human Rights Law And Edward Snowden Case*, *Countercurrents.org*, 15 July, 2013, accessibile online all’indirizzo [<http://www.countercurrents.org/ahmad150713.htm>].

⁸⁸ Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit.

⁸⁹ Ivi, par. 45.

⁹⁰ Ivi, par. 49.

⁹¹ Ivi, par. 48.

⁹² Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 87; *Saadi c. Italia*, cit., parr. 147-148; *Ryabikin c. Russia*, n. 8320/04, sent. 19 giugno 2008, par. 119.

la Corte ne ha concettualmente e praticamente riconosciuto l'importanza al fine di accertare l'adempimento dell'obbligo di *non-refoulement*⁹³.

Piuttosto, la Corte ha riservato a sé la valutazione del carattere dirimente o meno delle assicurazioni diplomatiche, nel tentativo di mediare tra il tradizionale rispetto delle prerogative statuali in tema di gestione della minaccia terroristica e l'assolutezza del divieto di *refoulement*⁹⁴.

Trattasi peraltro di una mediazione non facile, dal momento che nella richiesta e nella fornitura di garanzie diplomatiche è implicita l'ammissione dell'esistenza di un rischio oggettivo per lo straniero deportato di essere esposto a maltrattamenti e tortura nel Paese di destinazione⁹⁵. Com'è stato sostenuto dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Hammarberg, l'assolutezza dell'obbligo di *non-refoulement* potrebbe essere infirmata dall'esistenza stessa della prassi delle assicurazioni diplomatiche⁹⁶.

A tal proposito, è interessante notare che, seppur in un diverso contesto e in un diverso quadro normativo, questa riflessione era stata anticipata dalla Corte costituzionale italiana nel caso *Venezia*⁹⁷, di cui si è parlato nel capitolo precedente. Dal canto suo, la Corte EDU si è mostrata più propensa ad attribuire valore effettivo alle garanzie diplomatiche quando esse concernevano il divieto di sottoporre l'estraddando alla pena capitale⁹⁸; mentre è stata più cauta nel riconoscerne la validità in caso di rischio di tortura o di trattamenti inumani o degradanti, proprio in ragione dell'accresciuta difficoltà, in questa seconda ipotesi, di monitorare il rispetto delle assicurazioni ricevute.

In ogni caso, ha dovuto confrontarsi con la circostanza che gli Stati parti della CEDU percepissero l'estraddizione come uno strumento fondamentale

⁹³ Corte EDU, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, cit.; *Gasayev c. Spagna*, n. 48514/06, sent. 17 febbraio 2009; *Al-Moayad c. Germania*, n. 35865/03, dec. 20 febbraio 2007. Vd. anche CAT, *Attia c. Svezia*, n. 199/2002, dec. 17 novembre 2003, CAT/C/31/D/199/2002; *Agiza c. Svezia*, cit.; *Pelit c. Azerbaijan*, n. 281/2005, 1 maggio 2007, CAT/C/38/D/281/2005; HRC, *Alzery c. Svezia*, cit., par. 11.3.

⁹⁴ Corte EDU, *Bader e Canbor c. Svezia*, n. 13284/04, sent. 8 novembre 2005; *Ismoilov c. Russia*, n. 2947/06, sent. 24 aprile 2008; *Soldatenko c. Ucraina*, n. 2440/07, sent. 23 ottobre 2008; *Daoudi c. Francia*, n. 19576/08, sent. 3 dicembre 2009.

⁹⁵ Corte EDU, *Shamayev et al. c. Georgia e Russia*, cit., par. 341. In prospettiva più ampia si veda Commissario per i diritti umani del CdE, *Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Italy on 13-15 January 2009*, 16/04/2009, CommDH(2009)16, par. 111; Assemblea parlamentare del CdE, *Resolution 1433 (2005) – Lawfulness of detentions by the United States in Guantánamo Bay*, Doc. 10497, 08/04/2005.

⁹⁶ Commissario per i diritti umani del CdE, *Viewpoint: 'Torture can never, ever be accepted'*, 27/06/2006, [http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/060626_en.asp].

⁹⁷ Corte cost., sent. 27 giugno 1996, n. 223.

⁹⁸ Corte EDU, *Solomou et al. c. Turchia*, n. 36832/97, sent. 24 giugno 2008; *Isaak c. Turchia*, n. 44587/98, dec. 28 settembre 2006.

nella lotta al terrorismo internazionale. Come affermato nelle *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Human Rights and the Fight Against Terrorism* del 15 luglio 2002, l'istituto dell'extradizione è una «essential procedure for effective international cooperation in the fight against terrorism», e la consegna può essere negata soltanto qualora la persona rischi la pena di morte (fatta salva la presenza di idonee assicurazioni diplomatiche che la pena non sia comminata o eseguita), la tortura o trattamenti o pene inumane o degradanti, qualora la richiesta sia motivata da intenti discriminatori, o qualora sia verosimile che abbia subito, o rischi di subire, un flagrante diniego di giustizia⁹⁹.

La pratica delle c.d. "extradizioni mascherate", che consiste nell'espulsione di uno straniero del quale è stata richiesta l'extradizione da parte dello Stato di origine, rappresenta un altro degli *escamotage* attraverso i quali gli Stati cercano di aggirare gli ostacoli che il diritto internazionale convenzionale riconosce a garanzia dell'estradando¹⁰⁰, profittando della assenza di organicità nella disciplina internazionale dell'espulsione¹⁰¹.

Nell'extradizione mascherata, lo straniero di cui è richiesta la consegna non è espressamente qualificato come "estradando" dal decreto di espulsione e, purtuttavia, costui non viene meramente ricondotto alla frontiera e lasciato libero di cercare asilo in un altro Paese "sicuro", ma di fatto consegnato alle autorità del Paese richiedente¹⁰².

Pur non trovando giustificazione nel diritto internazionale, tale pratica è stata avallata da talune giurisdizioni nazionali sulla scorta della controversa dottrina del *male captus, bene detentus*¹⁰³, in base alla quale la circostanza che la cattura di un individuo non sia avvenuta in conformità alla legge, non

⁹⁹ *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Human Rights and the Fight Against Terrorism* del 15 luglio 2002, Punto XIII.

¹⁰⁰ *Sixth Report On The Expulsion Of Aliens*, cit., pp. 13-26. In argomento, GAJA, *Estradizioni mascherate e diritto internazionale*, RDI, vol. 76, 1993, p. 411 ss.; HUET, KOERINGJOLIN, *Droit pénal international*, Paris, 1993, p. 413; FERAUD-GIRAUD, *Droit d'expulsion des étrangers*, Paris, 1889, p. 79.

¹⁰¹ SPATTI, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, cit., p. 19 ss.

¹⁰² CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p. 41 ss.; DE BOECK, *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, RdC, vol. 18, 1927, p. 443 ss., p. 452; GILBERT, *Aspects of Extradition Law*, cit., p. 183 ss.; PADELLETTI, *Estradizione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, RDI, 1996, p. 656 ss.; PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo fra diritto internazionale convenzionale e generale*, cit., p. 21 ss.; ROUGET, *Le respect du droit extraditionnel et les «extradition déguisées»*, RTDH, 1999, p. 169 ss.

¹⁰³ Per l'analisi della prassi giurisprudenziale v. MANN, *Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law*, in DINSTEIN (ed.), *op. cit.*, p. 407 ss.; PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo fra diritto internazionale convenzionale e generale*, cit., p. 56 ss.; ROUGET, *op. cit.*, p. 173 ss.

pregiudicherebbe il legittimo l'esercizio della giurisdizione sullo stesso¹⁰⁴. Inoltre, nel 2001, l'opportunità di ricorrere a pratiche "alternative" alla procedura di estradizione per un efficace contrasto del terrorismo internazionale è stata esplicitamente sostenuta dall'allora Presidente statunitense Bush, che ha invitato l'Unione europea ad adottare queste "prassi" di cooperazione giudiziaria in materia penale¹⁰⁵.

Dal canto suo, la Corte europea ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione ben prima, nella decisione del celebre caso *Bozano c. Francia*¹⁰⁶, che riguardava una "estradizione mascherata" della Francia verso l'Italia, in merito alla quale la Corte ha dichiarato la responsabilità di entrambi gli Stati per il mancato rispetto delle garanzie procedurali previste in caso di estradizione¹⁰⁷.

In tempi più recenti, si è dovuta confrontare nuovamente con la questione nella decisione del noto caso *Öcalan c. Turchia*¹⁰⁸, che riguardava le gravi violazioni dei diritti riconosciuti dalla CEDU lamentate dal *leader* del PKK, Abdullah Öcalan, espulso dall'Italia nel 1999, che gli avrebbe poi riconosciuto il diritto di asilo dopo l'espulsione, la cattura da parte dell'*intelligence* turca in Kenya e la sua reclusione nelle prigioni turche¹⁰⁹.

Riguardo alle doglianze del ricorrente in relazione alla violazione dell'*habeas corpus*, la Corte ha affermato che si possa configurare una ipotesi di apprensione illegale ai fini dell' articolo 5, par. 1 CEDU solo qualora l'individuo sia catturato dallo Stato richiedente nel territorio dello Stato richiesto senza il consenso di quest'ultimo¹¹⁰, circostanza che non si era verificata nel caso di specie, in cui la cattura del ricorrente si reggeva sul fondamento giuridico del mandato d'arresto spiccato dalle autorità del Paese di origine e sulla cooperazione tra gli Stati coinvolti¹¹¹. Nella sentenza relativa al caso *Öcalan* la Corte di Strasburgo è

¹⁰⁴ Molto spesso tale dottrina è stata richiamata rispetto alla cattura di individui sospettati di reati che corrispondono alla violazione di norme imperative sui diritti umani, come nel caso *Eichmann*. In argomento, CRYER et al., *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁵ *European Parliament Resolution on EU judicial cooperation with the United States in combating terrorism*, GUCE C 177 E/288, 25.7.2002, lett. (D), punto quarto.

¹⁰⁶ Corte EDU, *Bozano c. Francia*, cit.

¹⁰⁷ In argomento, SUDRE, *La première affaire française devant la Cour européenne des droits de l'homme: l'arrêt Bozano du 18 décembre 1986*, RGDIP, 1987, p. 533 ss.

¹⁰⁸ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia* [GC], n° 46221/99, sent. 12 maggio 2005, Corte 1^a sez. 12 marzo 2003.

¹⁰⁹ PISANI, *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano, 2007, in cui sono commentati i casi *Bozano*, *Öcalan*, *Ali Agca*, *Casimirri*, *Battisti*.

¹¹⁰ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia* [GC], cit., par. 85.

¹¹¹ Ivi, parr. 86-87 e 89. V. anche par. 91 sent. 2003. KÜNZLI, *Öcalan v. Turkey: Some Comments*, LJIL, 2004, p. 141 ss., TASSONE, *Il caso Ocalan all'esame della Corte di Strasburgo, I diritti dell'uomo*, 2004, p. 85 ss.

apparsa cedere alle preoccupazioni degli Stati, nella misura in cui è arrivata ad ammettere che i principi affermati nel caso *Soering* potessero indebolire la cooperazione giudiziaria in materia penale¹¹². Come essa stessa ha sostenuto, infatti:

«Inherent in the whole of the Convention is the search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. As movement about the world becomes easier and crime takes on a larger international dimension, it is increasingly in the interest of all nations that suspected offenders who flee abroad should be brought to justice. Conversely, the establishment of safe havens for fugitives would not only result in danger for the State obliged to harbour the protected person, but also tend to undermine the foundations of extradition (see *Soering v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 35, § 89)»¹¹³.

Il tempo di parziali "licenze" concesse dalla Corte europea agli Stati parti nella lotta senza quartiere al terrorismo internazionale sembra comunque volgere al termine. Di recente, infatti, la Corte ha reso la prima pronunzia in tema di "consegne straordinarie"¹¹⁴ nel caso *El-Masri c. ex Repubblica Iugoslava di Macedonia*¹¹⁵, in cui si legge:

«Although the investigation of terrorist offences undoubtedly presents the authorities with special problems, that does not mean that the authorities have *carte blanche* under Article 5 to arrest suspects and detain them in police custody, free from effective control by the domestic courts and, in the final instance, by the Convention's supervisory institutions, whenever they consider that there has been a terrorist offence»¹¹⁶.

Il ricorso presentato nel 2009 alla Corte riguardava il mancato accertamento della verità da parte della Macedonia sugli eventi accaduti nell'ambito di una operazione di cattura e detenzione stragiudiziale¹¹⁷ condotta ai danni di un cittadino tedesco di origini libanesi e portata a termine da agenti della CIA, con la collaborazione di funzionari macedoni, nell'ambito della quale il sospetto

¹¹² Corte EDU, *Öcalan c. Turchia* [GC], cit., par. 88.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Il tema è stato trattato nel cap. 4 e verrà ripreso più avanti nel cap. 6.

¹¹⁵ Corte EDU, *El-Masri c. ex Repubblica Iugoslava di Macedonia* [GC], N. 39630/09, sent. 13 dicembre 2012.

¹¹⁶ *Ivi*, par. 232.

¹¹⁷ *Ivi*, par. 221: «An extra judicial transfer of persons from one jurisdiction or State to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment».

terrorista era stato sottratto alla propria vita e alla propria famiglia per quasi cinque mesi¹¹⁸. In questi mesi era stato trasferito prima in Afghanistan, dove era stato detenuto in una prigione segreta, quindi, giacché la ricerca di indizi circa il suo coinvolgimento in una trama terroristica si era rivelata infruttuosa, era stato ricondotto in Albania, da dove aveva preso un volo di linea per la Germania¹¹⁹.

Durante la sua detenzione segreta aveva subito gravissime violenze fisiche e psicologiche, attuate mediante le classiche tecniche di privazione sensoriale, nonché la violazione del diritto all'assistenza consolare¹²⁰.

Nella sentenza resa dalla Grande Camera del 13 dicembre 2012, la Corte ha qualificato la vicenda del ricorrente come un episodio di "sparizione forzata" ai sensi del diritto internazionale¹²¹ e ha condannato lo Stato macedone per la violazione degli articoli 3, 5, 8, 13 della Convenzione in relazione all'arresto arbitrario, alla detenzione e alla consegna stragiudiziale del ricorrente ai servizi segreti americani, alle torture subite dallo stesso nelle diverse sedi in cui ha avuto luogo la vicenda *de qua*, nonché alla mancata predisposizione di una indagine circa l'accaduto e all'atteggiamento scarsamente collaborativo delle autorità macedoni nell'accertamento della verità¹²².

Riguardo al punto che qui interessa maggiormente, ovvero il rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*, la Corte ha applicato pienamente i principi sviluppati, dal caso *Soering* in avanti, alla pratica delle consegne straordinarie. I giudici di Strasburgo, infatti, sostenendo che, al momento dei fatti, era noto, o doveva essere noto, alle autorità macedoni, sulla base delle informazioni disponibili, che la consegna del ricorrente agli agenti americani lo avrebbe

¹¹⁸ Ivi, parr. 15-36. In argomento, MELONI, *Extraordinary renditions della CIA e responsabilità europee: il punto di vista della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nota a Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, El Masri c. Macedonia, sent. 13 dicembre 2012, DPC, 2013, p. 4 ss.* Accessibile online all'indirizzo: [www.penalecontemporaneo.it/upload/1370794092MELONI%202013a.pdf].

¹¹⁹ V. Corte EDU, *Macedonian Government responsible for torture, ill-treatment and secret rendition of a man suspected of terrorist ties, Press Release, ECHR 453 (2012)*, 13 dicembre 2012.

¹²⁰ *Ibid.* Sull'evoluzione dell'istituto della protezione diplomatica v. *First Report on Diplomatic Protection*, UN Doc. A/CN.4/506, 7 marzo 2000.

¹²¹ Corte EDU, *El-Masri c. ex Repubblica Iugoslava di Macedonia*, cit., parr. 95, 100, 240. In argomento, MUSSI, *Extraordinary Renditions as Enforced Disappearances? The Jurisprudence of the European Court of Human Rights, DUDI*, vol. 7, 2013, p. 365 ss.

¹²² In argomento v. NAPOLETANO, *Extraordinary renditions, tortura, sparizioni forzate e "diritto alla verità": alcune riflessioni sul caso El-Masri, DUDI*, vol. 7, 2013, p. 331 ss.; CALIGIURI, *Strumenti di contrasto al terrorismo internazionale e tutela dei diritti umani: l'esperienza italiana*, Relazione al Convegno "Stato di diritto e democrazia in Italia. Il rispetto e l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano", 22-23 Novembre 2010 - Sala del Refettorio Biblioteca della Camera dei Deputati.

esposto al rischio di tortura o maltrattamenti¹²³, hanno condannato la Macedonia per la violazione dell'articolo 3¹²⁴.

Inoltre, estendendo per analogia al caso di specie la tesi sostenuta nel precedente caso *Othman c. Regno Unito*¹²⁵, ovvero che uno Stato parte della CEDU debba negare l'estradizione di uno straniero qualora nello Stato richiedente siano ammesse le prove ottenute a mezzo di tortura, ha dichiarato che uno Stato parte della CEDU possa essere ritenuto responsabile per la violazione dell'articolo 5 della Convenzione qualora allontani uno straniero verso territori in cui non siano assicurate le garanzie processuali minime¹²⁶ e, *a fortiori*, nel caso in cui l'allontanamento si configuri come una "extraordinary rendition", nell'ambito della quale il prigioniero consegnato è sottoposto a un regime di "detenzione segreta"¹²⁷ «*which entails detention ... "outside the normal legal system" and which, "by its deliberate circumvention of due process, is anathema to the rule of law and the values protected by the Convention"»*¹²⁸. Di conseguenza ha condannato lo Stato convenuto, in quanto le autorità macedoni avrebbero dovuto "intuire" i gravi rischi di violazione dell'*habeas corpus* discendenti dalla consegna e non procedere in tal senso¹²⁹.

È altresì interessante il richiamo, inedito nella giurisprudenza di Strasburgo e che probabilmente sarà sviluppato nelle decisioni sui ricorsi pendenti in

¹²³ Corte EDU, *El-Masri c. ex Repubblica Iugoslava di Macedonia*, cit., par. 218.

¹²⁴ Ivi, par. 223.

¹²⁵ Corte EDU, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, n. 8139/09, sent. 17 gennaio 2012, par. 267. V. anche *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 113; *Gäfgen c. Germania* [GC], n. 22978/05, sent. 1 giugno 2010, par. 166. In argomento, COLELLA, *Il rischio che, nel Paese che ha chiesto l'estradizione, vengano utilizzate prove estorte mediante tortura può dar luogo a una violazione potenziale dell'art. 6 Cedu*. Nota a Corte EDU, sent. 17 gennaio 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito* (ric. n. 8139/09), DPC, 25 maggio 2012. In relazione alla prassi risalente v. Corte EDU, *Muminov c. Russia* [GC], n. 42502/06, sent. 4 novembre 2010, par. 130; *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, cit., par. 90; *Baysakov et al. c. Ucraina*, n. 54131/08, sent. 18 febbraio 2010, par. 61; *Al-Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, n. 61498/08, sent. 2 marzo 2010, parr. 149-150; *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 113; *Z. e T. c. Regno Unito*, cit.

¹²⁶ Corte EDU, *El-Masri c. ex Repubblica Iugoslava di Macedonia*, cit., par. 236.

¹²⁷ Ivi, par. 233: «*The Court emphasises in this connection that the unacknowledged detention of an individual is a complete negation of these guarantees and a most grave violation of Article 5. Having assumed control over an individual, the authorities have a duty to account for his or her whereabouts. For this reason, Article 5 must be seen as requiring the authorities to take effective measures to safeguard against the risk of disappearance and to conduct a prompt effective investigation into an arguable claim that a person has been taken into custody and has not been seen since*».

¹²⁸ Ivi, par. 239.

¹²⁹ *Ibid.* E la Corte continua: «*The Macedonian authorities not only failed to comply with their positive obligation to protect the applicant from being detained in contravention of Article 5 of the Convention, but they actively facilitated his subsequent detention in Afghanistan by handing him over to the CIA, despite the fact that they were aware or ought to have been aware of the risk of that transfer*».

materia di *extraordinary renditions*¹³⁰, a un “diritto alla verità” in merito alle gravi violazioni dei diritti riconosciuti nella CEDU¹³¹.

Già in passato la Corte aveva puntualizzato la sussistenza di un obbligo d’indagine penale, in capo allo Stato parte entro la cui *jurisdiction* fossero avvenute gravi violazioni dell’articolo 3 CEDU imputabili a privati¹³².

La sentenza in commento aggiunge un ulteriore tassello, facendo intendere che l’obbligo di indagine sulle presunte violazioni dei diritti convenzionali non risponde soltanto all’esigenza di giustizia nel caso singolo, ma a un più generale interesse della società tutta alla repressione delle condotte in violazione dei diritti umani, per tale via inserendosi in quel *trend* la cui avanguardia, come si dirà a breve, è la giurisprudenza interamericana e che tende ad accorciare le distanze tra gli effetti verticali e quelli orizzontali della tutela dei diritti umani¹³³.

4. L’effettività della protezione contro il refoulement nella giurisprudenza della Corte europea.

Nelle numerose sentenze che sono seguite alla pronuncia nel caso *Saadi*, la Corte EDU ha affinato il *test* di attendibilità delle assicurazioni diplomatiche nell’ambito della valutazione del rischio, ancorandolo ad alcuni parametri *standard*.

In primo luogo, ha ribadito che l’adesione dello Stato di destinazione dello straniero, coattivamente rimpatriato, a trattati internazionali sui diritti umani, o

¹³⁰ Corte EDU, *Al-Nashiri c. Polonia*, n. 28761/11, comunicato al Governo polacco il 10 luglio 2012; *Al-Nashiri c. Romania*, n. 33234/12, comunicato al Governo romeno il 18 settembre 2012; *Abu Zubaydah c. Lituania*, n. 46454/11, comunicato al Governo lituano il 14 dicembre 2012; *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, n. 7511/13, comunicato al Governo polacco il 9 luglio 2013. Il 3 dicembre 2013 toccherà alla Polonia difendersi in udienza pubblica a Strasburgo. V. Open Society Foundations, *Poland’s Role in CIA Torture and Rendition: Court Hearing Set for December 3*, Press Release, 24 October 2013.

¹³¹ Corte EDU, *El-Masri c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, cit., parr. 191-192. In argomento VIGANÒ, *Prima condanna della Corte di Strasburgo in un caso di extraordinary rendition*, DPC, 14 dicembre 2012.

¹³² V. ad es. Corte EDU, *A c. Regno Unito*, cit.

¹³³ ARAI-YOKOI, *op. cit.*, p. 398: «*In the case of Article 3 ECHR, this duty is intertwined with the right to an effective remedy under Article 13. The duty to investigate alleged violations of human rights can be understood as part of what some commentators regard as an emerging customary international law obligation to investigate, prosecute and provide redress. The outcome of recognising responsibility of a State for acts of private persons might, in the future, prove sustainable long past the point where the traditional line drawn between vertical and horizontal effects of human rights could be said to be blurred*». V. anche le opinioni concorrenti alla sentenza *El Masri*.

la presenza nell'ordinamento di tale Stato di una legislazione nazionale a tutela dei diritti fondamentali, non crea una presunzione di legittimità della misura di allontanamento *ex* articolo 3 CEDU, senza che sia intervenuta una valutazione *ad hoc* della effettività di tali strumenti normativi rispetto alla specifica situazione dell'individuo espulso¹³⁴.

Inoltre, ha attribuito rilevanza all'effettiva competenza dell'organo che emette l'assicurazione, all'imparzialità di quello deputato a controllarne il rispetto, nonché all'attitudine delle autorità dello Stato di destinazione a collaborare con le organizzazioni non governative che si occupano dei diritti umani.

Infine, in merito all'onere della prova, la Corte ha ulteriormente attenuato la soglia probatoria in relazione al rischio individuale ogni qualvolta la diffusa e sistematica violazione del divieto di tortura nello Stato di destinazione sia desumibile dai rapporti di organizzazioni non governative o di fonti governative¹³⁵.

Al contempo, la Corte EDU ha valorizzato l'utilizzo dello strumento giuridico delle misure interinali, al fine di sospendere l'esecuzione di un provvedimento di rinvio nelle more dell'esame delle doglianze del ricorrente.

La prassi giurisprudenziale relativa alle misure provvisorie si è sviluppata a partire dalla constatazione dell'imminenza del rischio e dell'irreversibilità delle conseguenze di una decisione di rinvio di uno straniero verso i suoi

¹³⁴ Corte EDU, *Ben Salah c. Italia*, n. 38128/06, sent. 24 marzo 2009, par. 35; *O. c. Italia*, n. 37257/06, sent. 24 marzo 2009, par. 40; *C.B.Z. c. Italia*, n. 44006/06, sent. 24 marzo 2009, par. 39; *Trabelsi c. Italia*, cit., par. 44. Per la giurisprudenza risalente in cui la Corte enfatizza questo punto v. *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 105; *Saadi c. Italia*, cit., parr. 147-148.

¹³⁵ Peraltro, numerose di queste sentenze, i cui destinatari erano soprattutto cittadini tunisini, hanno visto come Stato convenuto proprio l'Italia. V. Corte EDU, *Ben Khemais c. Italia*, cit., parr. 53-56; *Abdelhedi c. Italia*, n. 2638/07, sent. 24 marzo 2009, parr. 42-45; *Bouyahia c. Italia*, n. 46792/06, sent. 24 marzo 2009, parr. 34-37; *Hamraoui c. Italia*, n. 16201/07, sent. 24 marzo 2009, parr. 37-40; *Soltana c. Italia*, n. 37336/06, sent. 24 marzo 2009, parr. 38-41; *Toumi c. Italia*, n. 25716/09, sent. 5 aprile 2011, parr. 47-50. Si trattava di provvedimenti di espulsione emanati da diversi organi e in base a diverse disposizioni di legge italiane. Alcuni, come *Ben Khemais c. Italia*, cit.; *Soltana c. Italia*, cit.; *Cherif et al. c. Italia*, n. 1860/07, sent. 7 aprile 2009, emanati dal Ministero dell'Interno, in applicazione del c.d. "decreto Pisanu" (D.l. 27 luglio 2005 n. 144, convertito in l. 31 luglio 2005 n. 155, che recepiva la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002 sulla lotta al terrorismo (2002/475/GAI) e definiva le condotte con finalità di terrorismo con il novellato art. 270-*sexies* c.p.), che riguardava l'espulsione di stranieri per reati connessi al terrorismo internazionale. Altri, come ad es. *Bouyahia c. Italia*, cit.; *Sellem c. Italia*, n. 12584/08, sent. 5 maggio 2009, emessi dalla prefettura, in applicazione delle disposizioni amministrative contenute nel "Testo Unico sull'immigrazione" (D. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, come novellato dalla l. 15 luglio 2009 n. 94). Altri, infine, come ad es. *Darraji c. Italia*, n. 11549/05, sent. 24 marzo 2009; *Abdelhedi c. Italia*, cit.; *Hamraoui c. Italia*, cit.; *Trabelsi c. Italia*, cit., emanati dall'autorità giudiziaria, quali misure di sicurezza a seguito di sentenze penali di condanna (*ex art.* 235 c.p.).

torturatori¹³⁶. La Corte ne ha rinvenuto il fondamento giuridico nell'articolo 39 del proprio Regolamento di procedura – in base al quale essa può indicare allo Stato convenuto ogni provvedimento interinale che reputi appropriato nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura – letto alla luce dell'articolo 34 *in fine* della Convenzione, che impone agli Stati parti di non ostacolare in alcun modo l'esercizio effettivo del diritto di ricorso individuale¹³⁷.

Questo risultato non è stato di facile conquista¹³⁸. Difatti, nel caso *Cruz Varas et al. c. Svezia*¹³⁹, la stessa Corte aveva negato la possibilità di ricostruire in termini obbligatori gli effetti delle misure provvisorie predisposte in base all'articolo 39 del proprio Regolamento. La richiesta doveva essere considerata alla stregua di un mero invito, la cui inottemperanza non costituiva un'autonoma violazione del disposto convenzionale, ma al più una "aggravante" della responsabilità dello Stato in questione, in caso di accertamento della violazione dell'articolo 3 CEDU¹⁴⁰.

Nel corso degli anni, la prassi di altri organi di controllo del rispetto di trattati internazionali sui diritti umani ha profondamente condizionato i giudici di Strasburgo, inducendo la Grande Camera a operare un *revirement* sul punto, come prontamente avvenuto nella sentenza *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*¹⁴¹, in cui ha affermato l'obbligatorietà giuridica delle misure interinali.

Questa rivoluzione giurisprudenziale è stata consolidata dalla giurisprudenza successiva, in cui la Corte ha precisato che all'obiettivo che la sentenza non sia *inutiliter data* corrisponde un preciso obbligo di leale collaborazione in capo agli Stati parti della CEDU¹⁴². Tuttavia, tali sviluppi non hanno indotto gli Stati a conformarsi all'obbligo di rispettare le misure provvisorie, obbligo che è stato ripetutamente violato. Emblematico è stato, ad

¹³⁶ Corte EDU, *Labita c. Italia*, cit., par. 119, *Dikme c. Turchia*, n. 20869/92, sent. 11 luglio 2000, par. 89; *Indelicato c. Italia*, n. 31143/96, dec. 6 luglio 2000, par. 30; *Jabari c. Turchia*, cit., par. 34.

¹³⁷ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia* [GC], cit., par. 191.

¹³⁸ Infatti, si fa notare che il Regolamento della Corte è di per sé inopponibile agli Stati membri della CEDU. Dunque, sebbene di indubbio valore morale, tale risultato è stato da più parti criticato come un *excès de pouvoir* in base a una valutazione delle competenze della Corte EDU da una prospettiva *de lege lata*. Cfr. ad es. Corte EDU, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, cit., *Opinion partiellement dissidente commune à MM. les Juges Caflisch, Türmen et Kovler*, par. 25.

¹³⁹ Corte EDU, *Cruz Varas et al. c. Svezia*, cit., parr. 98-105.

¹⁴⁰ Corte EDU, *Čonka c. Belgio*, n. 51564/99, sent. 5 febbraio 2002, par. 11.

¹⁴¹ Corte EDU, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, cit., parr. 100; 108-109; 125-126; 128-129. Con riferimento alla prassi di altri organi di controllo del rispetto di trattati internazionali sui diritti umani, Cfr. ICJ, *LaGrand Case (Germania c. Stati Uniti)*, sent. 27 giugno 2001, ICJ Reports 2001, p. 466 ss.; Corte inter.am., *James et al. c. Trinidad e Tobago*, ord. 25 e 27 maggio, 25 settembre 1999, Serie E.

¹⁴² Corte EDU, *Shamayev et al. c. Georgia e Russia*, cit., par. 473; *Aoulmi c. Francia*, cit., par. 105; *Paladi c. Moldavia* [GC], n. 39806/05, sent. 10 marzo 2009, par. 87.

esempio, il contegno dello Stato italiano, che in numerosi casi recenti ha scientemente disatteso le ripetute richieste della Corte EDU di sospensione cautelare dell'esecuzione della misura di rimpatrio, deportando individui che poi sono stati effettivamente sottoposti a tortura e maltrattamenti¹⁴³.

5. (segue) *L'estensione del divieto di respingimento alle acque internazionali.*

Nella recente sentenza *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha condannato la prassi italiana dei respingimenti di migranti in alto mare, estendendo l'operatività del divieto di respingimento alle acque internazionali. La prassi italiana dei respingimenti in mare aveva preso avvio a seguito degli accordi bilaterali di cooperazione tra Italia e Libia sottoscritti tra il 2007 e il 2009 che, pur non prevedendo alcuna base normativa per operazioni di respingimento collettivo di migranti intercettati in mare, ha costituito il fondamento della collaborazione *de facto* prestata dalla Libia alle operazioni di interdizione navale messe in atto dall'Italia¹⁴⁴.

¹⁴³ Si rimanda, su tutte, alla vicenda del sig. Toumi e a quella del sig. Mannai. Cfr. Corte EDU, *Toumi c. Italia*, cit.; *Mannai c. Italia*, n. 9961/10, sent. 27 giugno 2012. Per la reazione della Commissione Affari legali e Diritti umani dell'Assemblea parlamentare del CdE, cfr. DÄUBLER-GMELIN, POURGOURIDES, *Nuovo caso di flagrante inosservanza da parte dell'Italia delle misure provvisorie vincolanti richieste dalla CEDU*, Comunicato stampa 615(2009), Strasburgo, 6 agosto 2009. V. anche Segretario Generale del CdE, *Concerns over repeated Italian expulsions – Statement by Thorbjørn Jagland, Secretary General of the Council of Europe*, Press release 403(2010), Strasburgo, 19 maggio 2010, in cui Thorbjørn Jagland ha ammonito che la violazione sistematica delle misure *ad interim* da parte dell'Italia «risks undermining the system of human rights which is fundamental for the protection of all European citizens». Per la reazione dell'Italia, v. Corte cass. (Sez. VI pen.), sent. 28 aprile 2010, n. 20514, in cui la Cassazione ha riconosciuto il valore vincolante delle misure cautelari della Corte EDU e ha precisato che la richiesta proveniente da Strasburgo di sospendere l'espulsione è assimilabile a una "inibizione obbligatoria" per tutti gli organi dello Stato, per cui i giudici di sorveglianza hanno l'obbligo di verificare che l'esecuzione della misura di espulsione non comporti una violazione dell'obbligo di *non-refoulement* e, in caso contrario, suggerire l'adozione di una misura di sicurezza personale alternativa all'espulsione e compatibile con gli obblighi derivanti dal rispetto dell'art. 3 CEDU. In argomento, v. FORLATI, *Misure cautelari adottate dalla Corte europea dei diritti umani e ordinamento italiano*, DUDI, 2010, p. 634 ss.; LANCIOTTI, VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, in CASSETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 207 ss., pp. 219-220.

¹⁴⁴ Così, l'entrata in vigore, nel febbraio del 2009, del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione stipulato tra l'Italia e la Libia. V. Trattato tra l'Italia e la Grande Giamahiria araba libica, Bengasi, 30 agosto 2008, ratificato e reso esecutivo con legge 6 febbraio 2009 n. 7 (G.U. n. 40 del 18 febbraio 2009), spec. art. 19, che prevede la cooperazione italo-libica nel contesto della lotta all'immigrazione clandestina. Il quadro dei rapporti italo-libici è completato dal risalente accordo di cooperazione bilaterale con relativo protocollo addizionale, sottoscritti a Tripoli il 29

A partire dal maggio 2009, i respingimenti episodici¹⁴⁵ sono diventati sistematici e deliberatamente attuati, in assenza di previa identificazione delle persone respinte¹⁴⁶, come strumento di politica migratoria, al fine del contenimento dei flussi in arrivo via mare¹⁴⁷. Mediante questa pratica, l'Italia si è posta in contrasto non solo con norme di diritto internazionale ed europeo¹⁴⁸, ma altresì con i principi fondamentali della Costituzione¹⁴⁹ e con la normativa interna in materia migratoria¹⁵⁰.

Per quanto concerne la violazione degli obblighi previsti dal diritto internazionale, pattizio e consuetudinario, oltre a quelli derivanti dalla CEDU¹⁵¹, vengono naturalmente in rilievo, in primo luogo, l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra¹⁵² e l'articolo 98 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, che codifica l'obbligo consuetudinario di salvaguardia della

dicembre 2007 (v. spec. artt. 2, 3, 4, 7) e dal protocollo addizionale del 4 febbraio 2009, sui pattugliamenti congiunti.

¹⁴⁵ UNHCR, *Refugee protection and international migration: a review of UNHCR's operational role in southern Italy. Pre-publication edition*, September 2009. Invero, i primi episodi di espulsioni collettive verso la Libia e l'Algeria da parte dell'Italia si sono verificati nel biennio 2004-2005, fornendo l'occasione alla Corte di Cassazione per ribadire l'accoglimento, nel nostro ordinamento, dei principi guida dettati dalla giurisprudenza di Strasburgo in applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU. V. Corte cass. (Sez. I civ.), sent. 5 agosto 2005, n. 16571, accessibile al link: [<http://www.ricercagiuridica.com/sentenze/index.php?num=1545>].

¹⁴⁶ Si rinvia, a tal proposito, alla dichiarazione del Sottosegretario agli Interni resa dinanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia d'immigrazione il 22 settembre 2009: [http://www.camera.it/_bicamerale/nochiosco.asp?pagina=/_bicamerale/leg16/schengen/home.htm].

¹⁴⁷ Si rinvia, a tal proposito, alla dichiarazione dell'allora Sottosegretario agli Interni, Nitto Francesco Palma, resa dinanzi alla Camera dei Deputati il 24 novembre 2009: [http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/17/00116_palma_Soro_n_1-00260.pdf].

¹⁴⁸ *In primis* dell'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che vieta le espulsioni collettive e il *refoulement*. V. *infra*, cap. 6.

¹⁴⁹ Cfr. artt. 2 e 10 Cost. Sul punto, BENVENUTI, *Un diritto in alto mare, Rassegna degli avvocati italiani*, 2009, p. 35 ss.

¹⁵⁰ V. gli artt. 2, 10, 14 del T.U. immigrazione (d.lgs. 286/1998), secondo cui allo straniero, comunque presente nel territorio e alla frontiera, devono essere riconosciuti i diritti umani fondamentali previsti dalle convenzioni internazionali in vigore. V. anche l'art. 19 del T.U. immigrazione, che prevede alcune condizioni ostative all'espulsione, come la minore età o lo stato di gravidanza delle persone soccorse, e vieta in ogni caso il respingimento verso Paesi in cui le persone rischiano di essere oggetto di persecuzione (*refoulement* diretto) o di essere nuovamente respinte verso Paesi in cui rischiano la persecuzione (*refoulement* indiretto). Sul punto, Corte cass. (Sez. I), ord. 3 maggio 2010, n. 10636.

¹⁵¹ Sul punto TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, DUDI, 2009, p. 592 ss.; più in generale TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, MPUNYBL, 2008, p. 205 ss.

¹⁵² La Convenzione di Ginevra è stata ratificata dall'Italia con legge 24 luglio 1954 n. 722.

vita in mare¹⁵³. Altri obblighi discendono poi dal Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, relativo al traffico di immigrati via terra, mare e aria del 2000, che impone di rispettare il *non-refoulement* e di assicurare l'incolumità e un trattamento dignitoso alle persone a bordo di un'imbarcazione sospettata di trasportare migranti irregolari¹⁵⁴, nonché dalla Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare del 1979, che obbliga gli Stati parti a garantire assistenza a ogni persona in pericolo in mare, senza distinzioni in base alla nazionalità, allo *status* o alle circostanze nelle quali tale persona viene trovata, nonché a trasferirla in un luogo sicuro¹⁵⁵.

Il Governo italiano allora in carica si era limitato a ribadire la conformità delle operazioni di respingimento in alto mare al diritto interno e al diritto internazionale, trincerandosi dietro l'aprioristica classificazione dei migranti delle "carrette del mare" come "clandestini" e, in quanto tali, persone escluse dai benefici della protezione internazionale. Questa conclusione era, a ben guardare, di per sé contraddittoria, poiché se a un richiedente è negato il diritto di accesso alla protezione è evidente che questi non sarà affatto messo in condizione di provare l'esistenza dei presupposti per ottenerla. D'altro canto, il fatto che, tra gli stranieri respinti, vi fossero persone bisognose di protezione internazionale era presumibile, in ragione della loro provenienza da territori dilaniati da guerre intestine, come l'Eritrea, la Somalia e il Sudan. Cosa che ha ricevuto, poi, conferma, giacché la gran parte di coloro che sono riusciti ad inoltrare una domanda di asilo in Italia se la sono vista accogliere¹⁵⁶.

I pattugliamenti congiunti italo-libici, che hanno visto protagonista l'Italia a fianco di uno Stato che non è parte della Convenzione di Ginevra sui rifugiati e che, nell'aprile 2010, ha ordinato la chiusura dell'ufficio dell'UNHCR a Tripoli, si sono interrotti soltanto nel febbraio 2011, allo scoppio della guerra in Libia,

¹⁵³ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10 December 1982, (1833 UNTS 435), ratificata dall'Italia con legge 2 dicembre 1994, n. 689.

¹⁵⁴ *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime ("the Palermo Protocol")*, New York, 15 novembre 2000 (2237 UNTS 319), I principali obblighi derivano dagli art. 9, par. 1, lett. a); art. 18, par. 5; art. 19, par. 1. Questo Protocollo è stato ratificato ed eseguito dall'Italia con legge 16 marzo 2006, n. 146. In argomento, SCOVAZZI, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, RDI, 2005, p. 106 ss.

¹⁵⁵ *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR)*, Amburgo 27 aprile 1979, in particolare v. l'art. 3, par.1.9. Ratificata dall'Italia con legge 3 aprile 1989 n. 147.

¹⁵⁶ UNHCR, *Hirsi and Others v. Italy - Submission by the Office of the High Commissioner for Refugees*, marzo 2010, par. 2.2.1, da cui risulta che sul totale delle domande di asilo presentate nel 2008 (costituente il 75 per cento degli arrivi) circa la metà è stata accolta.

quando il Ministro della Difesa italiano ha dichiarato la sospensione dell'accordo Italia-Libia¹⁵⁷.

Prima della sentenza sul caso *Hirsi*, alla Corte era mancata più la volontà che l'occasione per fare chiarezza sul punto, che le era stata fornita dal caso *Hussun et al. c. Italia*¹⁵⁸. Quest'ultimo caso non riguardava un episodio di respingimento in alto mare, ma di espulsione collettiva, che si era verificato nel 2005 e aveva coinvolto ottantaquattro cittadini di Paesi terzi, deportati dai centri di permanenza temporanea di Lampedusa e Crotone verso la Libia. I ricorrenti lamentavano la violazione del diritto alla vita e del divieto di tortura e maltrattamenti, nonché del diritto di ricorso individuale ed effettivo e del divieto di espulsioni collettive.

Nonostante gli autorevoli rapporti di organi internazionali che avvaloravano la fondatezza delle doglianze dei ricorrenti¹⁵⁹, la Corte non aveva proceduto all'esame delle doglianze nel merito, rilevando un vizio nella procedura, dovuto all'assenza di un contatto diretto tra i difensori e i ricorrenti. Da tale circostanza, la Corte aveva dedotto che questi ultimi avessero perso interesse alla prosecuzione del procedimento a Strasburgo¹⁶⁰ e aveva provveduto alla rimozione dal ruolo dei suddetti ricorsi, ai sensi dell'articolo 37, par. 1, lett. c), della Convenzione europea¹⁶¹, sebbene avrebbe potuto proseguire l'esame delle doglianze nel merito, nel superiore interesse alla protezione dei diritti umani¹⁶².

Invero, la perdita dei contatti tra i ricorrenti e i loro difensori non era imputabile al disinteresse dei migranti respinti nella prosecuzione del ricorso, quanto piuttosto alle modalità con cui erano state condotte le operazioni di

¹⁵⁷ In argomento, RONZITTI, *Che fare del Trattato con la Libia*, *AffarInternazionali*, 28 febbraio 2011.

¹⁵⁸ Corte EDU, *Hussun et al. c. Italia*, nn. 10171/05, 10601/05, 11593/05, 17165/05, sent. 19 gennaio 2010. Per un commento FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, accessibile online all'indirizzo: [http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=786&l=it].

¹⁵⁹ Parlamento europeo, *Risoluzione su Lampedusa del 14 aprile 2005*, P6_TA(2005)0138; Commissione europea, *Technical Mission to Libya on Illegal Immigration 27 Nov. - 6 Dec. 2004*, 04/04/2005, doc. n. 7753/05; Commissario per i diritti umani del CdE, *Rapporto sulla visita in Italia dal 10 al 17 giugno 2005*, 14/12/2005, doc. CommDH(2005)9; CPT, *Rapport au Gouvernement de l'Italie relatif à la visite effectuée en Italie du 21 novembre au 3 décembre 2004*, 27/04/2006, CPT/Inf (2006)16.

¹⁶⁰ Corte EDU, *Ali c. Svizzera*, n. 69/1997/853/1060, sent. 5 agosto 1998, parr. 32-33; *Tubajika c. Paesi Bassi*, n. 6864/06, dec. 30 giugno 2009.

¹⁶¹ La Corte si è pronunciata soltanto sul ricorso presentato da Kamel Midawi (n. 17165/05, sent. 19 gennaio 2010), affermando l'insussistenza della violazione dell'art. 34 (diritto al ricorso individuale) da parte dello Stato italiano.

¹⁶² Questa possibilità è offerta alla Corte EDU dall'art. 37, par. 1 *in fine* della CEDU.

respingimento da parte dello Stato italiano¹⁶³. Proprio quest'ultima considerazione aveva indotto la Corte EDU a dichiarare la violazione dell'articolo 3 CEDU da parte dell'Italia nel caso *Ben Khemais*, sebbene il ricorrente – un cittadino tunisino espulso dall'Italia verso il Paese di origine nonostante il rischio di trattamenti carcerari disumani e degradanti – una volta in Tunisia, avesse perso i contatti con il proprio legale¹⁶⁴.

Nonostante queste premesse, il verdetto definitivo di condanna della prassi italiana dei respingimenti di stranieri in acque internazionali è arrivato il 23 febbraio 2012, con la sentenza resa dalla Grande Camera caso *Hirsi*. La fattispecie posta all'attenzione della Corte riguardava la riconduzione nel porto di Tripoli di undici cittadini somali e tredici eritrei, che erano stati tratti in salvo da unità della marina militare italiana a trentacinque miglia a sud di Lampedusa.

I ricorrenti lamentavano di essere stati ricondotti in Libia completamente ignari della loro destinazione e anzi convinti di essere scortati in territorio italiano. Essi sostenevano che l'operazione di respingimento, condotta dall'Italia, fosse avvenuta in violazione dell'articolo 3 CEDU, sia in quanto li aveva esposti al rischio di subire torture e maltrattamenti in Libia, sia in quanto non vi erano garanzie che la Libia non avrebbe proceduto a respingerli a sua volta verso i Paesi di origine – Eritrea e Somalia – dove il rischio di subire torture e maltrattamenti sarebbe stato ancora più consistente. Inoltre, affermavano che fosse stata loro impedita *de facto* la presentazione della domanda di asilo in Italia, in quanto le autorità italiane non avevano proceduto né alla loro identificazione, né alla consegna di un formale provvedimento individuale di espulsione. Per tale ragione, sostenevano che vi fosse stata anche

¹⁶³ Il problema della procura si è riproposto in molti altri casi: *Cherif et al. c. Italia*, cit.; *Trabelsi c. Italia*, cit.; *Hirsi c. Italia*, cit.; *Mannai c. Italia*, cit.

¹⁶⁴ A differenza che nel caso *Hussun*, in quest'ultimo caso la Corte non aveva ricavato dall'assenza di contatti tra il ricorrente e il proprio avvocato, il disinteresse del sig. Khemais alla prosecuzione del procedimento dinanzi ad essa. Al contrario, aveva sostenuto che, rimandando il ricorrente in Tunisia nelle more del procedimento dinanzi ad essa, l'Italia gli avesse, di fatto, impedito di godere del diritto ad un ricorso individuale ed effettivo, in violazione dell'articolo 34 CEDU. V. *Ben Khemais c. Italia*, cit., par. 85. Ora, è probabile che nel caso *Hussun* la Corte EDU non abbia voluto "infierire" sull'Italia, già condannata in numerosi ricorsi per la violazione del divieto di *refoulement* ex articolo 3. Tuttavia, una pronuncia più incisiva era stata auspicata come *restraint* indiretto dei respingimenti in acque internazionali, respingimenti che sembravano destinati a protrarsi anche dopo la "primavera araba", dal momento che l'allora Ministro degli Esteri italiano aveva siglato, il 17 giugno 2011 a Napoli, una nuova intesa bilaterale in materia di contrasto all'immigrazione clandestina con i rappresentanti del Comitato Nazionale Transitorio libico. Cfr. *Immigrazione: Frattini firma un accordo con il CNT libico*, accessibile online all'indirizzo: [http://www.esteri.it/MAE/IT/Sala_Stampa/ArchivioNotizie/Approfondimenti/2011/06/20110617_FrattiniCntLibico.htm].

una violazione dell'articolo 13 CEDU e dell'articolo 4, Protocollo n. 4, che prevedono rispettivamente il diritto ad un ricorso effettivo e il divieto di espulsioni collettive.

La Corte ha individuato numerosi profili d'incompatibilità della prassi italiana dei respingimenti in alto mare con le disposizioni della CEDU, scardinando una ad una tutte le tesi difensive del Governo italiano.

Partendo dalle eccezioni preliminari, ha affrontato la questione della legittimità della procura legale conferita agli avvocati dei ricorrenti dinanzi alla giurisdizione di Strasburgo¹⁶⁵, che l'aveva indotta a stralciare dal ruolo i ricorsi presentati nel caso *Hussun*¹⁶⁶. Scartando l'approccio formalista del caso precedente, ha accolto la posizione dei ricorrenti, che accusavano lo Stato italiano di averli privati della facoltà di mantenere stabili contatti con i propri rappresentanti legali in Italia proprio a causa della deportazione in Libia.

La seconda eccezione preliminare riguardava il mancato previo esaurimento dei ricorsi interni, in quanto, secondo lo Stato convenuto, i ricorrenti avrebbero potuto esperire un ricorso "effettivo" di fronte a una giurisdizione italiana nei confronti dei responsabili dell'operazione di respingimento, avvalendosi dell'assistenza dell'ufficio dell'UNHCR di Tripoli¹⁶⁷.

Siccome i ricorrenti avevano espressamente fatto valere anche la violazione dell'articolo 13 CEDU sul diritto a un ricorso effettivo, la Corte ha esaminato tale questione anche nel merito, per verificare se l'accesso a una via di ricorso interna fosse un'opzione realmente praticabile per gli immigrati respinti in Libia¹⁶⁸. La conclusione della Grande Camera sul punto è stata che l'Italia ha violato l'articolo 13 per non aver fornito ai migranti intercettati le informazioni necessarie affinché potessero invocare la protezione internazionale e per non aver predisposto un ricorso che garantisse loro la sospensione dell'operazione di interdizione in acque internazionali¹⁶⁹. Per giungere a tale conclusione, la Corte ha dovuto risolvere due nodi giuridici fondamentali: quello della riconducibilità dei respingimenti dei migranti in acque internazionali entro il concetto di *jurisdiction* di cui all'articolo 1 CEDU e quello dell'applicabilità della propria prassi giurisprudenziale sul *non-refoulement* e sul divieto di espulsioni collettive ai respingimenti in alto mare.

¹⁶⁵ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., parr. 45-59.

¹⁶⁶ Corte EDU, *Hussun et al. c. Italia*, cit., parr. 43-50.

¹⁶⁷ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., parr. 60-62.

¹⁶⁸ *Ivi*, par. 207.

¹⁶⁹ *Ivi*, parr. 201-207.

Quanto al primo profilo, la Corte aveva già avuto modo di chiarire, in più di un'occasione, che il termine *jurisdiction* ai fini dell'articolo 1 CEDU ha una connotazione essenzialmente, ma non esclusivamente, territoriale¹⁷⁰ e che la giurisdizione dello Stato parte della CEDU sussiste – sia pure in via di eccezione – quando esso esercita il “controllo effettivo” su una parte del territorio di un altro Stato, come nell'ipotesi di dispiegamento di forze per azioni coercitive sul territorio straniero¹⁷¹; sussiste anche in alcune ipotesi contemplate dal diritto internazionale generale, con riferimento alle attività svolte da agenti diplomatici nel territorio straniero o da navi registrate o battenti bandiera di uno Stato parte quando si trovano in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato¹⁷².

Muovendo da queste premesse, nel caso *Hirsi*, la Corte si è limitata a constatare che, in virtù delle pertinenti norme internazionali di diritto del mare e del codice della navigazione italiano¹⁷³, le navi in alto mare sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva *de jure* dello Stato di bandiera. Né la giurisdizione era stata contestata dal Governo convenuto, che invece aveva posto la questione in un'ottica diversa, negando che dall'esercizio di tale giurisdizione potesse scaturire una responsabilità dello Stato italiano per violazione della CEDU, ai sensi del suo articolo 1. Ciò in quanto, ad avviso dei suoi legali, il controllo esercitato dal personale militare sui ricorrenti non era stato un controllo assoluto ed esclusivo, ma una forma più blanda e rarefatta di controllo, contenuta entro i limiti di un'operazione di assistenza e salvataggio di vite umane in mare, *in re ipsa* non assimilabile a un'operazione di polizia marittima¹⁷⁴.

Sul punto la Grande Camera ha precisato che, per accertare la responsabilità dello Stato *ex* articolo 1 CEDU, la natura e lo scopo dell'operazione condotta in acque internazionali possono rilevare solo qualora sia necessario verificare se gli organi di tale Stato abbiano esercitato un controllo *de facto* sull'equipaggio dell'imbarcazione straniera, ovvero nei casi in cui le persone che si trovano

¹⁷⁰ Corte EDU, *Banković et al. c. Belgio et al.*, cit., par. 61-67; *Ilaşcu et al. c. Moldavia e Russia*, cit., parr. 311-312, e par. 314; *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, n. 12747/87, sent. 26 giugno 1992, par. 91.

¹⁷¹ Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, cit., par. 62.

¹⁷² Corte EDU, *Banković et al. c. Belgio et al.*, cit., par. 73; *Al-Saadoon e Mufidhi c. Regno Unito*, n. 61498/08, dec. 30 giugno 2009, par. 85; *Medvedyev et al. c. Francia* [GC], n. 3394/03, sent. 29 marzo 2010, parr. 65-67. In merito alla giurisdizione piena ed esclusiva su istituti penitenziari all'estero v. Corte EDU, *Al-Skeini et al. c. Regno Unito*, cit., parr. 132; 136.

¹⁷³ Codice della navigazione, art. 4; Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, art. 92, par. 1; v. anche Codice penale, art. 4.

¹⁷⁴ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., parr. 64-65.

sulla nave abbordata non siano state tradotte a bordo della nave battente la bandiera dello Stato parte della CEDU, come nel caso *Medvedyev c. Francia*¹⁷⁵. Né, ad avviso della Corte, nella fattispecie in esame il comportamento italiano poteva trovare giustificazione nell'asserita natura umanitaria dell'operazione condotta dalla Guardia costiera. Non solo ma, trasferendo su navi italiane i migranti intercettati in alto mare, gli organi italiani li avevano sottoposti *ipso facto* al controllo esclusivo e continuativo, *de jure e de facto*, dell'Italia¹⁷⁶.

Passando al secondo profilo, la Grande Camera ha scelto di articolare la valutazione dell'esistenza di un rischio reale di *refoulement* delle persone respinte su due piani distinti, esaminando separatamente le ipotesi di *refoulement* diretto verso la Libia¹⁷⁷ e di *refoulement* indiretto verso l'Eritrea e la Somalia¹⁷⁸. In ossequio alla propria consolidata giurisprudenza, la Corte ha considerato le conseguenze prevedibili dei respingimenti alla luce dei fattori rilevanti nella valutazione del rischio di maltrattamenti contrari all'articolo 3 CEDU (situazione personale del singolo ricorrente, situazione generale del Paese di destinazione, appartenenza dei ricorrenti a un gruppo particolarmente discriminato, rischio derivante da atti di enti non statuali).

Nell'applicare questi parametri al caso *Hirsi*, la Corte ha valorizzato particolarmente la determinante oggettiva del rischio, sottolineando che, al momento dei respingimenti – ovvero nel momento storico rilevante ai fini del *risk assessment* – era noto che in Libia non vi fosse alcun sistema d'asilo e le condizioni di detenzione nelle carceri libiche fossero tutt'altro che rispettose della dignità umana¹⁷⁹.

Quindi ha rigettato le tesi del Governo italiano¹⁸⁰, secondo cui la Libia sarebbe stata un Paese terzo “sicuro” per i migranti respinti, in quanto parte di

¹⁷⁵ Corte EDU, *Medvedyev et al. c. Francia*, cit., par. 50. Il caso riguardava l'intercettazione in acque internazionali di una nave sospettata di traffico di droga e l'abbordaggio della stessa da parte dell'equipaggio di una fregata francese. Per la giurisprudenza risalente v. Commissione EDU, *Bendréus c. Svezia*, n. 31653/96, dec. 8 settembre 1997; Corte EDU, *Xhavara et al. c. Italia e Albania*, n. 39473/98, dec. 11 gennaio 2001; *Rigopoulos c. Spagna*, n. 37388/97, sent. 12 gennaio 1999.

¹⁷⁶ L'estensione dell'ambito di applicazione della norma sull'obbligo di *non-refoulement* anche all'alto mare ha uniformato la giurisprudenza di Strasburgo alla prassi di altri organi internazionali (HRC, *Charles Chitat Ng c. Canada*, cit., nonché alle posizioni dell'UNHCR (UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement*, cit., par. 24).

¹⁷⁷ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., parr. 85-138.

¹⁷⁸ Ivi, parr. 139-158.

¹⁷⁹ Cfr. ad esempio, CPT, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy from 27 to 31 July 2009*, CPT/Inf (2010) 14, par. 46.

¹⁸⁰ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 127.

diversi trattati internazionali a tutela dei rifugiati¹⁸¹, nonché dell'accordo italo-libico del 2008. D'altra parte, se la Libia fosse stata davvero un Paese "sicuro" e pacifico non si comprende perché l'Italia sia intervenuta, nell'ambito di una missione a guida NATO, con l'intento dichiarato di porre fine alle violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani perpetrate da Gheddafi ai danni della popolazione civile, e constatate dal Consiglio di Sicurezza, in due risoluzioni adottate ai sensi del Capitolo VII della Carta Onu¹⁸².

Inoltre, a nulla è valso al Governo italiano invocare, quale esimente per non aver proceduto all'identificazione dei ricorrenti, la circostanza che i migranti provenienti dal Nord Africa, una volta condotti a bordo delle navi italiane, non avessero manifestato espressamente la volontà di richiedere asilo¹⁸³. Come sottolineato dalla Corte, tale circostanza non è sufficiente ad assolvere lo Stato parte della CEDU dall'obbligo di *non-refoulement*, data la natura assoluta dello stesso¹⁸⁴.

Quanto al rischio di *refoulement* "a catena", conseguente al potenziale rimpatrio dei ricorrenti dalla Libia in Eritrea e Somalia, la Corte ha sottolineato come esso comporti una responsabilità "aggravata" dello Stato parte della CEDU che procede al respingimento verso un Paese intermedio, soprattutto quando quest'ultimo non è parte della Convenzione¹⁸⁵.

La Corte ha precisato che, nel caso di specie, il suo compito non consisteva nel valutare il rischio effettivo di violazione dell'articolo 3 CEDU cui i ricorrenti sarebbero andati incontro in caso di *refoulement* indiretto verso i Paesi d'origine. Piuttosto, occorre stabilire se, al momento dell'intercettazione dei migranti in mare, l'Italia disponesse di garanzie sufficienti a sostanziare la presunzione che i migranti respinti non sarebbero stati deportati dalla Libia in Eritrea e Somalia¹⁸⁶, Stati nei quali era documentata la prassi di sottoporre a tortura e a

¹⁸¹ Come la Convenzione OUA. Sul punto CPT, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy from 27 to 31 July 2009*, cit., par. 45-47.

¹⁸² Cfr. UNSC, Ris. 1970 26 February 2011, *Considerando* n. 2 e 3; Ris. 1973 17 March 2011, *Considerando* n. 5 e par. 4 del dispositivo.

¹⁸³ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 96. Sull'illegittimità delle strategie politiche volte a impedire agli stranieri l'accesso alla protezione v. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, DUDI, 2014, p. 63 ss., p. 72 ss.

¹⁸⁴ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 132-133. Sulle medesime posizioni, v. CPT, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy from 27 to 31 July 2009*, cit., par. 32; UNHCR, *Manuale sul soccorso in mare*, 2006, [www.unhcr.it/news/download/87/537/101/soccorso-in-mare.htmlSimili-].

¹⁸⁵ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 147.

¹⁸⁶ Ivi, par. 148.

condizioni di detenzione degradanti i cittadini che avevano varcato la frontiera in modo irregolare¹⁸⁷.

Data l'assenza di qualsiasi assicurazione della Libia in tal senso, la Grande Camera ha condannato l'Italia per la violazione dell'articolo 3 CEDU anche in relazione al *refoulement* a catena verso l'Eritrea e la Somalia.

Ancora più incisivo, in un'ottica di sviluppo evolutivo della giurisprudenza di Strasburgo sulla tutela degli stranieri sottoposti alla potestà migratoria dello Stato, è stato il *decisum* della Corte in relazione all'articolo 4 del Protocollo n. 4 che vieta le espulsioni collettive¹⁸⁸. Prima del caso *Hirsi*, nel caso *Čonka et al. c. Belgio*¹⁸⁹, la Corte aveva sostenuto l'incompatibilità con l'articolo 4 del Protocollo n. 4 allegato alla CEDU delle misure di allontanamento che obbligassero gli stranieri - in quanto gruppo - a lasciare il territorio di uno Stato parte della CEDU, salvo nei casi in cui il provvedimento fosse stato assunto a seguito della disamina ragionevole ed obiettiva della particolare situazione di ciascuno dei componenti del gruppo.

Nel caso *Xhavara et al. c. Italia e Albania*¹⁹⁰, inoltre, la Corte aveva dovuto pronunciarsi sulla triste vicenda dello speronamento - e del conseguente affondamento - da parte della nave italiana *Sibilla* di un naviglio albanese partito da Valona alla volta delle coste pugliesi, in cui erano stipati oltre centoquaranta clandestini. L'incidente, costato la vita a cinquantotto passeggeri dell'imbarcazione albanese, era avvenuto in un tentativo di evitare lo sbarco dei migranti irregolari in Italia. Sebbene l'incidente si fosse verificato a circa trentacinque miglia nautiche dalla costa italiana, quindi oltre il limite delle acque territoriali e della zona economica esclusiva, e la *Sibilla* non avesse preso a bordo i ricorrenti, la Corte non aveva escluso la responsabilità italiana, pur non arrivando a una pronuncia nel merito a causa dell'irricevibilità del ricorso *ratione personarum*¹⁹¹.

¹⁸⁷ Per quanto riguarda l'Eritrea, la Corte EDU ha fondato tale convinzione sui rapporti dell'UNHCR (*Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-seekers from Eritrea*, April 2009) e di Human Rights Watch (*Libya, Don't Send Eritreans Back to Risk of Torture*, 15 January 2010). Per quanto concerne la Somalia, si è rifatta al recente caso *Sufi ed Elmi c. Regno Unito*, nn. 8319/07, 11449/07, sent. 28 giugno 2011, parr. 80-195.

¹⁸⁸ L'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU è stato richiamato anche nel caso *Hussun et al. c. Italia*, cit., par. 5.

¹⁸⁹ Corte EDU, *Čonka c. Belgio*, cit., par. 59 e parr. 61-63. Sul punto v. anche Commissione EDU, *Becker c. Danimarca*, n. 7011/75, dec. 3 ottobre 1975, D.R. 4; Corte EDU, *Andric c. Svezia*, n. 45917/99, sent. 23 febbraio 1999; *Sultani c. Francia*, n. 45223/05, dec. 20 settembre 2007, parr. 81-83.

¹⁹⁰ Corte EDU, *Xhavara et al. c. Italia e Albania*, cit.

¹⁹¹ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 168.

Nella pronuncia sul caso *Hirsi*, la Corte si è dunque trovata per la prima volta a valutare nel merito l'applicabilità dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 a un'operazione di respingimento in alto mare. Rifacendosi alle regole di interpretazione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ha ritenuto che né la lettera dell'articolo 4 del Protocollo n. 4, né i lavori preparatori ostassero all'applicazione extraterritoriale della norma, in quanto nella sua formulazione manca il riferimento testuale alla nozione di "territorio" dello Stato, che connota invece l'articolo 3 del medesimo protocollo, sul divieto di espulsione dei cittadini, e l'articolo 1 del Protocollo n. 7, sulle garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri regolarmente residenti sul territorio dello Stato CEDU¹⁹².

Sulla base di tale interpretazione, la Corte è passata a valutare se l'applicazione delle garanzie previste dall'articolo 4 del Protocollo n. 4 alle operazioni di interdizione in acque internazionali potesse ritenersi giustificata in base all'oggetto e allo scopo della disposizione in esame. A tal proposito, ha rilevato che circoscrivere la portata dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 al territorio degli Stati parti avrebbe significato escludere dalla protezione una componente in significativa crescita dei flussi migratori internazionali, ovvero quella via mare, in sostanziale contraddizione con principio di effettività della tutela e con la natura stessa della CEDU come "*a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*"¹⁹³.

Partendo da tale premessa, è arrivata a sostenere che la nozione di espulsione, al pari di quella di *jurisdiction*, è essenzialmente ma non esclusivamente territoriale, aprendo un varco per la configurazione della responsabilità dello Stato parte della CEDU nelle ipotesi di espulsione "extraterritoriale" collettiva di stranieri (in assenza di previa identificazione individuale). Così, i respingimenti operati dall'Italia il 6 maggio 2009 sono risultati in violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4.

Infine, seguendo una tendenza giurisprudenziale che riguarda i casi di violazione sistematica della Convenzione¹⁹⁴, la Corte non si è limitata a dichiarare la lesione dei diritti dei ricorrenti e a imporre allo Stato convenuto l'equa soddisfazione della parte lesa, ai sensi dell'articolo 41 CEDU, ma ha altresì indicato all'Italia i mezzi attraverso i quali dare esecuzione alla sentenza,

¹⁹² Ivi, par. 173.

¹⁹³ Ivi, par. 175.

¹⁹⁴ Corte EDU, *Öcalan c. Turchia* [GC], cit., par. 210; *Popov c. Russia*, n. 26853/04, sent. 13 luglio 2006, par. 263.

vale a dire ottenendo assicurazioni diplomatiche dalla Libia circa il trattamento dei migranti respinti¹⁹⁵. In sostanza, nessun ritorno in Italia per i ricorrenti vittoriosi ma solo la speranza che la Libia post-rivoluzionaria voglia mantenere un impegno verbale sul rispetto dei loro diritti umani fondamentali¹⁹⁶.

6. Protezione “par ricochet” e status di rifugiato a confronto.

Al termine dell’analisi della giurisprudenza di Strasburgo sul *non-refoulement* è utile una comparazione tra la protezione “*par ricochet*” ivi sviluppata e lo *status* di rifugiato delineato nella Convenzione di Ginevra.

Si è detto che il divieto di respingimento fa sorgere in capo allo Stato parte della CEDU l’obbligo di non allontanare lo straniero, quando l’allontanamento possa condurre a gravi lesioni della dignità umana dello straniero stesso. Il portato innovativo di questa interpretazione, rispetto alla sua tradizionale esegesi nel diritto dei rifugiati, concerne tanto l’aspetto soggettivo dei beneficiari della protezione quanto quello dell’estensione della protezione.

Infatti, l’articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 riguarda il “rifugiato”, ossia colui che appartiene a una particolare categoria di stranieri di per sé meritevole di protezione¹⁹⁷. Al contrario, la protezione approntata dalla Corte di Strasburgo contro il rischio di *refoulement* è rivolta allo straniero in quanto persona, in un’ottica umanitaria che tende a sfumare le differenze tra il cittadino e lo straniero nella garanzia dei diritti fondamentali della persona, a

¹⁹⁵ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 211.

¹⁹⁶ V. *contra*, l’estesa e circostanziata opinione concorrente del Giudice Pinto de Albuquerque, allegata alla sentenza della Corte EDU nel caso *Hirsi*. Secondo tale Giudice: «*If there were ever a case where concrete measures for execution should be set by the Court, this is one. The Court considers that the Italian Government must take steps to obtain assurances from the Libyan Government that the applicants will not be subjected to treatment incompatible with the Convention, including indirect refoulement. This is not enough. The Italian Government also have a positive obligation to provide the applicants with practical and effective access to an asylum procedure in Italy*». La fiducia riposta dalla Corte EDU nelle assicurazioni diplomatiche che il Governo italiano avrebbe dovuto ottenere dalla Libia può anche essere letta alla luce del *favor* dimostrato dalla Corte EDU per la “primavera araba”, emerso – *mutatis mutandis* – nel caso *Al Hanchi c. Bosnia Erzegovina*, n. 48205/09, sent. 15 novembre 2011. In merito a questo profilo, ci sia consentito rimandare a VITIELLO, *L’obbligo di non-refoulement nella giurisprudenza di Strasburgo dopo la rivoluzione tunisina: considerazioni sul caso Al Hanchi*, UNIPG, accessibile online all’indirizzo: [https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=35&Itemid=77&lang=en].

¹⁹⁷ Cfr. BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *op. cit.*, p. 63.

partire dal presupposto che tali differenze siano sempre meno necessarie, a raggiungere un fine legittimo, “in una società democratica” e, nel caso dell’articolo 3, esclude qualsiasi ipotesi di contemperamento.

In quest’ultima accezione, quindi, il divieto di respingimento non ammette deroghe, e la protezione contro l’allontanamento cessa solo quando avviene un cambiamento delle circostanze personali e della situazione del Paese di destinazione tale da escludere il rischio di maltrattamenti¹⁹⁸.

Emblematica dell’assolutezza della protezione *par ricochet* ex articolo 3 CEDU è l’argomentazione che la condotta penalmente repressibile del soggetto destinatario di una misura di allontanamento e la sua pericolosità sociale non rappresentano elementi rilevanti nella valutazione del rischio che lo straniero corre a seguito dell’esecuzione di una misura di allontanamento¹⁹⁹. Tale argomentazione è divenuta un fondamentale precedente in materia di eccezione all’extradizione fondata sul rischio di trattamenti crudeli, inumani e degradanti; precedente che, nel corso del tempo, si è tradotto nel principale *standard* di valutazione della legittimità dell’extradizione cui hanno guardato anche giudici non europei²⁰⁰.

In ultima analisi, l’avanzamento concettuale proposto dalla Corte di Strasburgo mediante lo sviluppo di un apposito filone giurisprudenziale sull’obbligo di *non-refoulement* si fonda sulla deduzione logica di quest’ultimo dall’articolo 3 CEDU²⁰¹, operata nel convincimento della centralità della tutela dell’individuo contro la tortura, obiettivo che non può essere ostacolato o aggirato mediante un provvedimento espulsivo o di estradizione, che collochi l’individuo al di fuori della giurisdizione dello Stato parte²⁰². Quindi, dalla ricostruzione in termini assoluti dell’obbligo di *non-refoulement* nella

¹⁹⁸ Viceversa v. art. 33, par. 2 art. 1, sez. F) e C) della Convenzione di Ginevra del 1951. Sul punto VAN KRIEKEN, *op. cit.*, p. 16 ss.

¹⁹⁹ Sul punto vedi *supra*, par. 4.

²⁰⁰ Stati Uniti, *Ahmad v. Wigen et al.*, 726 F.Supp. 389 (E.D.N.Y. 1989), p. 414: «*Soering constitutes an important precedent on the refusal to extradite because of anticipated torture, cruel conditions of incarceration or lack of due process at trial in the requesting country. It reflects a persuasive though non-binding international standard*». cfr. *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), par. 63: “*The law of the United States includes international law*”. *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 712 (1900)”. Cfr. Convenzione contro la tortura, art. 3, par. 1: «*No State Party shall [...] extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture*».

²⁰¹ Invero, la Commissione, nel caso *Lynas* aveva intrapreso la strada della giustificazione della prevalenza dell’obbligo di *non-refoulement* in base al diritto internazionale generale, in quanto funzionale a garantire il rispetto della norma imperativa che vieta la tortura. Cfr. Commissione EDU, *Lynas c. Svizzera*, n. 7317, dec. 6 ottobre 1976, D.R. 6.

²⁰² Cfr. Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 87.

giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'articolo 3 CEDU discende la principale differenza tra la tutela apprestata contro il respingimento dalla Convenzione europea e quella garantita contro il *refoulement* dalla Convenzione di Ginevra, due trattati rispetto ai quali si registra una perfetta coincidenza di *membership*.

Va però sottolineato che da tale configurazione non discende altresì un diritto dello straniero di accedere al territorio dello Stato parte della CEDU e di ottenere ivi protezione e accoglienza²⁰³, dovendosi riconoscere nel *non-refoulement* un principio esprimente una posizione di tutela limitata all'affermazione dell'istanza sottesa²⁰⁴. Le conclusioni cui è giunta la Corte EDU nel caso *Hirsi* in merito al (non) ritorno dei richiedenti vittoriosi nello Stato convenuto confermano il primo rilievo. Inoltre, la tesi che il divieto di respingimento in capo allo Stato parte non implichi un diritto dello straniero a chiedere ed ottenere ivi protezione è avvalorata dall'ammissibilità della consegna dello straniero a un Paese terzo sicuro²⁰⁵ oppure, nel caso in cui si tratti di un individuo la cui presenza è meramente tollerata²⁰⁶, che il suo *status* rimanga indeterminato²⁰⁷.

²⁰³ Vale a dire un obbligo *di facere*, consistente nel predisporre le procedure di esame delle domande di asilo e nel valutare individualmente la situazione dei richiedenti per stabilire i potenziali rischi dell'allontanamento.

²⁰⁴ SCHMIDT, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtcharta*, Tübingen, 2010.

²⁰⁵ Corte EDU, *G.H.H. et al. c. Turchia*, n. 43258/98, sent. 31 agosto 1999, par. 26-28. «*The [applicants] were now resettled in the United States of America. Accordingly, [their] insistence in maintaining these complaints was unjustified. [T]he fact that the applicants were subjected to a deportation order the implementation of which may have exposed them to the risk of a violation of [Articles 2, 3 and 8 of the Convention] cannot in the present circumstances raise a Convention issue. [...] The Court notes that the applicants are now living in the United States of America. Given that the fears which they harboured about their forced return to Iran have been removed, the Court considers that the applicants can no longer claim to be victims within the meaning of Article 34 of the Convention. On that account it considers that no further examination of their complaints under Articles 2, 3 and 8 of the Convention is required*».

²⁰⁶ V. cap. 2, par. 10.

²⁰⁷ Nel caso *A c. Paesi Bassi*, n. 60538/13, dec. 12 novembre 2013 (ammissibilità), la Corte ha richiamato espressamente questa giurisprudenza, ricordando, al par. 46, che: «*It may well be that the applicant's residence status remains precarious because [the applicant] is still obliged to leave [the host country] once a foreign country is found where he can settle in safety. However inconvenient this situation may be, it is not incompatible with the Court's ruling that the forcible expulsion of the applicant to Libya would violate Article 3. It should be remembered in this connection that neither Article 3 nor any other provision of the Convention and its Protocols guarantees, as such, a right to a lawful residence title (see *Bonger v. the Netherlands (dec.)*, no. 10154/04, 15 September 2005; *I. v. the Netherlands (dec.)*, no. 24147/11, § 39, 18 October 2011; *K. v. the Netherlands (dec.)*, no. 33403, § 36, 18 October 2011; and *H. v. the Netherlands (dec.)*, no. 37833/10, § 41, 18 October 2011)*».

Naturalmente, in quest'ultima eventualità, lo Stato parte della CEDU è in ogni caso tenuto a rispettare l'integrità fisica dello straniero²⁰⁸, *a fortiori* quando sia soggetto a misure di privazione della propria libertà personale, che ne accrescono la vulnerabilità²⁰⁹, nonché a prevenire e reprimere le prassi amministrative di maltrattamento degli stranieri detenuti²¹⁰. Tuttavia, non è obbligato, in base alla Convenzione europea, a regolarizzarne la presenza nel territorio e a garantirgli l'accesso ai diritti socio-economici fondamentali e a qualsiasi altra forma di assistenza²¹¹.

D'altra parte, la garanzia di diritti socio-economici, che, per la loro funzione strumentale allo svolgimento della vita degli individui non rispondono alla logica regolativa del "tutto-niente", ma obbediscono a valutazioni politiche necessitanti di dettaglio normativo, costituisce materia di per sé estranea alla CEDU²¹².

Ne consegue che: «[i]n the human rights context, [non-refoulement] has been separated from these other rights to provide the trigger for protection without any corresponding legal status. The result is a protection gap»²¹³. Tale "gap" emerge tanto nei casi in cui il *non-refoulement* è stato derivato in via pretoria dal divieto di tortura, quanto in quelli in cui è stato positivizzato in tali termini, come nell'articolo 3 della Convenzione Onu contro la tortura, dove non vi è alcun riferimento a una classe di beneficiari e ai diritti che potrebbero discendere dall'interdizione dal respingimento²¹⁴. In tali casi, «[n]on-removable non-refugees have thus been forced to rely on generic (and hence often insufficiently attentive) rights

²⁰⁸ Ciò si ricava dal combinato disposto degli articoli 1 e 3 della CEDU. Quanto al contenuto di questi obblighi v. Cfr. SUDRE ET AL., *op. cit.*, pp. 132-134.

²⁰⁹ Corte EDU, *Algür c. Turchia*, n. 32574/96, sent. 3 luglio 2001, par. 44; *A.A. et al. c. Turchia*, n. 30015/96, sent. 27 luglio 2004, par. 66.

²¹⁰ Corte EDU, *A. c. Regno Unito*, n. 25599/94, sent. 23 settembre 1998, par. 22. Si veda, *mutatis mutandis*, anche *Osman c. Regno Unito*, n. 23452/94, sent. 28 ottobre 1998, par. 116. In argomento, ARAI-YOKOI, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR, NQHR*, vol. 21, 2003, p. 385 ss., p. 398. Tra gli obblighi positivi rileva anche quello di emanare un'apposita legislazione interna in materia (v. Corte EDU, *Labita c. Italia*, n. 26772/95, sent. 6 aprile 2000, par. 133).

²¹¹ Dimostrazione di ciò si è avuta, tra l'altro, nel triste caso *Ahmed c. Austria*, n. 25964/94, sent. 17 dicembre 1996, in cui la sentenza della Corte EDU evitò il rimpatrio del ricorrente perché in violazione dell'articolo 3, ma non gli impedì di essere abbandonato in uno stato di estrema indigenza dalle autorità austriache, che gli negarono il permesso di soggiorno. Ciò lo indusse a commettere suicidio il 15 marzo 1998, sulla Piazza dei diritti umani (*Platz der Menschenrechte*) di Graz. Il caso è riportato anche in MESSINEO, *op. cit.*, p. 152.

²¹² Corte EDU, *Pančenko c. Lettonia*, n. 40772/98, dec. 28 ottobre 1999; *K. c. Paesi Bassi*, n. 33403/11 dec. 25 settembre 2012, par. 46.

²¹³ MCADAM, *Complementary Protection*, cit., p. 201.

²¹⁴ Per simili rilievi v. HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., p. 528, nota 187.

set out in general human rights law»²¹⁵, senza che tale vuoto normativo possa essere “riempito” prendendo a prestito il regime giuridico derivante dal riconoscimento dello *status* di rifugiato in base alla Convenzione del 1951, come pure argutamente proposto²¹⁶.

È stato sostenuto, invero, che il *non-refoulement* «is certainly the most fundamental principle of refugee law – indeed, its application to persons in need of international protection might be described as ‘qualifying’ or ‘constitutive’ of their status»²¹⁷. Si tratterebbe, quindi, di distinguere i requisiti per l’eleggibilità alla protezione internazionale – da ricercare a seconda dei casi nell’articolo 1 della Convenzione di Ginevra o nelle varie forme di protezione complementare sviluppatesi a partire dal *non-refoulement* – dal fascio di diritti umani riconosciuti in capo ai beneficiari, quest’ultimo dovendo essere in tutti i casi equiparato a quello legato allo *status* di rifugiato nella Convenzione del 1951²¹⁸. Tale trattato si attergerebbe, dunque, come una sorta di *lex specialis*, il cui contenuto di tutela si estenderebbe a tutti gli individui bisognosi di protezione contro il *refoulement*, indipendentemente dalla loro qualifica come “rifugiati” o come “persone in fuga dalla tortura”²¹⁹.

Com’è stato sottolineato da autorevole dottrina, seppur pionieristico quest’approccio pone un problema di logica giuridica, giacché il concetto di *lex specialis* può “servire” nella soluzione dei conflitti normativi, ma non appare funzionale a risolvere una situazione di vuoto normativo, come quella qui in

²¹⁵ Ivi, p. 528, dove l’A. critica per questo le forme di protezione sussidiaria: «In contrast to the Refugee Convention’s explicit design as an instrument to codify the rights of its beneficiary class, [...] the incremental and opportunistic way in which broader duties of non-refoulement evolved [...] provided no comparable opportunity to secure clear agreement on the rights of the expanded class of persons entitled to protection against refoulement».

²¹⁶ MCADAM, *Complementary Protection*, cit., p. 210. Secondo l’A. «the Convention operates as a *lex specialis* for all persons in need of international protection – a specialized blueprint for legal status, rights, and obligations, irrespective of the legal source of the protection obligation» (ivi, p. 17) per cui «beneficiaries of complementary protection are entitled to the same legal status as Convention refugees» (p. 197) e quindi «the extended scope of non-refoulement under international human rights and humanitarian law imposes a two-fold obligation on States: to refrain from removing persons to territories where they face a substantial risk of particular kinds of ill-treatment; and to provide such persons with a legal status equivalent to that of Convention refugees» (p. 252).

²¹⁷ Ivi, p. 200, dove l’A. deduce tale conseguenza dal fatto che «The question, who are the beneficiaries of international protection?, is a converse way of asking, who is protected by the principle of non-refoulement?».

²¹⁸ Ivi, p. 11: «[I]nstead of the Convention’s terms being formally expanded by a Protocol or an amendment to the text itself, [...], the development of human rights based non-refoulement has extended eligibility for protection, while the Convention may be appropriately viewed as articulating the resulting status». V. anche MCADAM, *Humane Rights: The Refugee Convention as a Blueprint for Complementary Protection Status*, cit., *passim*.

²¹⁹ MCADAM, *Complementary Protection*, cit., pp. 209-210: «the Refugee Convention (as the *lex specialis*) already provides an appropriate status for any person protected by that principle».

esame²²⁰. Peraltro, la problematicità di questa ricostruzione è emersa anche dall'esame della prassi. Infatti, come si è già avuto modo di dire nella prima parte di questo lavoro²²¹, e come si vedrà meglio in quella che segue, quando gli sviluppi della protezione complementare si sono tradotti nella ricostruzione di uno *status* ad essa collegato – come è avvenuto con la “protezione sussidiaria” nel diritto dell’Unione europea – il contenuto di tale *status* in termini di diritti e garanzie non è stato equiparato alla protezione che discende dallo *status* di rifugiato nella Convenzione di Ginevra²²².

Ciò detto, è innegabile che la giurisprudenza di Strasburgo si stia riorientando nel senso di riconoscere che dal *non-refoulement* discendano obblighi di *facere*, a partire dalla constatazione della situazione di peculiare vulnerabilità in cui vengono a trovarsi i potenziali beneficiari dell’interdizione dal respingimento.

Nel caso dei richiedenti asilo, quindi di coloro il cui *status* non è ancora stato accertato, la decisione nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*²²³ ha condotto a un cambiamento di passo in relazione alla questione degli obblighi positivi che discendono dal *non-refoulement* in capo agli Stati parti. Infatti, in questo caso, la Corte è arrivata a qualificare l’abbandono di un richiedente asilo in condizioni di estrema indigenza da parte dello Stato convenuto (la Grecia) come un trattamento degradante *ex* articolo 3 CEDU²²⁴. Peraltro, la Corte si è ben guardata dall’affermare che un obbligo di assistenza del richiedente derivi dalle disposizioni della Convenzione, rinvenendolo, piuttosto, nel diritto dell’Unione europea²²⁵. Nondimeno, come si spiegherà nella terza parte del lavoro, tali sviluppi hanno indotto la Corte di giustizia dell’Unione a dettagliare gli obblighi di assistenza degli Stati membri nei confronti degli stranieri che sono

²²⁰ HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, p. 534-535: «*In sum, lex specialis is a general principle of law concerned with determining the relationship between norms. It exists primarily in order to resolve a conflict between two binding standards-not, as McAdam tacitly suggests, to fill a normative void. Non-removable non-refugees can readily benefit from generic human rights without any infringement of the Refugee Convention’s special provisions for refugees, so there is no normative conflict of either the direct or indirect variety. Because there is no normative conflict, lex specialis has no legal relevance to the definition of the scope of the duty to protect non-refugees. This is not to suggest that there are not good reasons in principle to extend many, if not all, Refugee Convention rights to the broader class of persons protected against refoulement. To the contrary, as observed above, the duty of equal protection may compel that result in at least some cases*». Sul rilievo del principio di non discriminazione a questi fini si tornerà più avanti in questo stesso capitolo.

²²¹ V. *supra*, cap. 3, par. 6.

²²² V. *infra*, cap. 6.

²²³ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 250-263.

²²⁴ Naturalmente, la violazione dell’articolo 3 riguarda la responsabilità di uno Stato parte della CEDU in via diretta e non “*par ricochet*”, come nei casi di *refoulement*.

²²⁵ A tali profili è dedicato uno specifico *focus* nell’ultimo capitolo di questa ricerca.

in attesa della determinazione del proprio *status* di protezione internazionale, tra cui spicca l'obbligo di garantire condizioni di vita dignitose ai richiedenti nelle more dell'esame della domanda o della presa in carico degli stessi da parte dello Stato membro dell'Unione, competente all'esame della stessa²²⁶.

Da tali premesse non può escludersi, quindi, almeno in principio, che la Corte EDU giunga, in futuro, alla conclusione che anche le condizioni di vita cui è costretto uno straniero, la cui presenza è meramente tollerata, integrino una soglia di gravità tale da costituire un trattamento degradante contrario all'articolo 3 CEDU²²⁷.

7. Il diritto di asilo e l'obbligo di non-refoulement nella prassi americana.

La centralità del diritto di asilo nel sistema interamericano di protezione dei diritti umani è stata già sottolineata nella prima parte del lavoro. In particolare, si è messo in evidenza che, sebbene i termini in cui è sancito l'obbligo di *non-refoulement* nella Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo siano largamente sovrapponibili all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra²²⁸, il rapporto in cui esso si pone rispetto al diritto di asilo (ricostruito come un vero e proprio diritto soggettivo a ricevere asilo) «*expressly accord the principle of non-refoulement general scope with respect to human rights*»²²⁹.

E, inverosimilmente, la Commissione interamericana ha riconosciuto che il contenuto della protezione contro il rischio di *refoulement* debba essere ricostruito a partire dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra²³⁰, da intendersi, però, come parte

²²⁶ V. la sentenza della CGUE, *CIMADE e Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11, sent. 27 settembre 2012, che sarà approfondita nel cap. 7.

²²⁷ A tale conclusione può giungersi anche attraverso un'interpretazione *a contrario* dei parr. 52-53 della dec. *A c. Paesi Bassi*, cit.

²²⁸ V. *supra*, cap. 3, par. 9. Sulla Convenzione interamericana, in generale, cfr. ZANGHÌ, *La Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo*, CI, 1970, p. 265 ss.

²²⁹ *Expulsion of Aliens. Draft Articles on Protection of the Human Rights of Persons Who Have Been or Are Being Expelled*, cit., nota 8, par. 1.

²³⁰ Commissione inter.am., *Haitian Centre for Human Rights et al v. USA*, cit., par. 155; *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev. 28 de febrero de 2000, par. 24: «*la obligación suprema de los Estados Partes es la de respetar la prohibición de devolución (non-refoulement) contemplada en el artículo 33 de la Convención*». V. anche par. 32: «*la obligación del Estado de respetar los derechos fundamentales del individuo, como son el derecho a la vida, la libertad y la integridad personal, limita su capacidad de actuar en los casos en que esto pondría al individuo en riesgo. La observancia estricta del principio de no devolución (nonrefoulement) es uno de los medios por los que*

di un *corpus* di diritti umani più ampio, la cui considerazione risulta imprescindibile ai fini della determinazione della portata dell'obbligo a livello interamericano²³¹.

A partire da queste premesse è stato sostenuto che:

«The right to non-refoulement is the gateway through which a refugee/asylum seeker can access all other rights. It is therefore important to determine the extent to which states, within the Inter-American system, can derogate from the norm of non-refoulement»²³².

Quest'ultima affermazione, mette in luce un paradosso: a dispetto della peculiare centralità del divieto di *refoulement* nella Convenzione americana, l'articolo 22, par. 8 non è annoverato tra le disposizioni non derogabili ai sensi dell'articolo 27 del trattato stesso, il che revoca in dubbio la possibilità di ricorrere al *non-refoulement* come "diritto ad avere diritti". Né tale lacuna era stata colmata in via di prassi²³³, attraverso un'interpretazione evolutiva della norma summenzionata, volta a farvi rientrare un divieto di respingimento a rischio tortura e maltrattamenti²³⁴, fino a tempi recentissimi, vale a dire fino alla decisione della Corte interamericana nel caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*²³⁵, resa nel novembre 2013.

se garantizan estos derechos fundamentales». Si rimanda, inoltre al *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev., 22 October 2002, parr. 375; 385.

²³¹ Ivi, par. 46; Corte Inter.am., *Interpretation of the Rights and Duties*, cit., par. 37; *Villareal c. USA*, n. 11.753, Report n. 52/02, 10 ottobre 2002, par. 63; *Domingues c. USA*, n. 12.285, Report n. 62/02, 22 ottobre 2002, par. 45.

²³² STUART, *The Inter-American System of Human Rights and Refugee Protection*, cit., p. 67.

²³³ La funzione di protezione, promozione e controllo del rispetto dei diritti umani nel sistema regionale americano spetta alla Commissione e alla Corte interamericana. Come noto, quest'ultima è stata istituita ai sensi della Convenzione del 1969, mentre la prima fu creata dieci anni prima in seno all'OSA. In questo sistema "binario", alle attività svolte dalla Commissione nella cornice dell'OSA, che sono indirizzate a tutti gli Stati membri di tale organizzazione, si affianca il procedimento di garanzia che la Convenzione del 1969 affida congiuntamente a entrambi gli organi e che trova applicazione solo nei confronti di quegli Stati membri dell'OSA che sono anche parti contraenti della Convenzione stessa. Sui meccanismi di protezione, v. DAVIDSON, *The Inter-American Human Rights System*, Aldershot, 1997; HARRIS, LIVINGSTONE (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford-New York, 1998; DI STASI, *Il sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una international legal tradition*, Torino, 2004.

²³⁴ Tale espressa previsione è contenuta nell'articolo 13, par. 4 della Convenzione interamericana contro la tortura: «*Extradition shall not be granted nor shall the person sought be returned when there are grounds to believe that his life is in danger, that he will be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment, or that he will be tried by special or ad hoc courts in the requesting State*». Il divieto di tortura è sancito all'articolo 2.

²³⁵ Corte inter.am., *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, sent. 25 novembre 2013, Serie C No. 272, spec. parr. 151 ss.

Prima di passare all'esame di questa sentenza, cui è dedicato il paragrafo seguente, può essere interessante chiarire quale fosse lo stadio di sviluppo della giurisprudenza della Corte interamericana in relazione alla tutela dei diritti umani inderogabili, primo tra tutti il divieto di tortura.

Nel sistema interamericano, il divieto assoluto di tortura²³⁶ è funzionale a garantire il diritto all'integrità personale e alla dignità umana, che rappresenta la necessaria premessa per l'esercizio degli altri diritti, il *primum movens* della tutela e il principale limite al principio di sovranità. Come affermato dalla Corte interamericana²³⁷, ad esempio, nel caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*²³⁸:

«El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado»²³⁹.

Ne discende che gli Stati membri debbano adoperarsi per assicurare il rispetto della dignità umana di tutti coloro che sono assoggettati alla propria giurisdizione²⁴⁰ e che, per garantire l'effettività della protezione, essi siano, ad esempio, tenuti a rispettare le misure provvisorie, che – secondo un approccio di maggior apertura anche rispetto alla prassi di Strasburgo – possono essere richieste dalla Corte in pendenza di un giudizio in relazione a qualsiasi obbligo

²³⁶ Convenzione americana, articolo 5. Tale disposizione ricostruisce il divieto in termini estremamente ampi e dettagliati, cfr. in particolare i parr. 3-6. V. anche art. 27.

²³⁷ È appena il caso di ricordare che l'individuo non gode della legittimazione attiva dinanzi alla Corte interamericana, ma solo di un *locus standi in iudicio* previa espressa accettazione della giurisdizione della Corte da parte degli Stati membri *ex art. 62*, parr. 1-2 della Convenzione. Ai sensi dell'art. 44 della Convenzione americana, la Commissione è competente a ricevere i ricorsi individuali, senza che sia necessaria la previa accettazione degli Stati. Se dichiara il ricorso ricevibile, e non si raggiunge una composizione amichevole della controversia (art. 49), essa redige e approva un rapporto in cui espone le proprie conclusioni e lo trasmette, insieme alle proprie raccomandazioni, allo Stato interessato. Se entro tre mesi non avviene alcun deferimento alla Corte della controversia, da parte della Commissione o dello Stato, ma non del ricorrente individuale (art. 61), la Commissione emette un parere sulla questione. In argomento, TIGROUDJA, PANOUSSIS, *La Cour Interaméricaine des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, 2003; PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003.

²³⁸ Corte inter.am., *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, cit., parr. 165 ss. In argomento, BURGOGUE-LARSEN, ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008, p. 413; ARAI-YOKOI, *op. cit.*, p. 418; TRAVIESO, *La Corte Interamericana de derechos humanos, Opiniones consultivas y fallos: la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, Buenos Aires, 1996, p. 349 ss.

²³⁹ Corte inter.am., *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, cit. par. 165.

²⁴⁰ Corte inter.am., *Gutiérrez Soler c. Colombia*, sent. 12 settembre 2005, Serie C No. 132, par. 54; *Vargas Areco c. Paraguay*, sent. 26 settembre 2006, Serie C No. 155, par. 79; *Caesar c. Trinidad e Tobago*, sent. 11 marzo 2005, Serie C No. 123, par. 93. Sulle questioni legate alla *jurisdiction extraterritoriale v. Commissione inter.am., Coard et al. c. Stati Uniti*, cit., par. 37.

convenzionale²⁴¹, purché le conseguenze dell'eventuale mancato rispetto delle stesse siano potenzialmente irreparabili²⁴².

In quest'impostazione erano insite le premesse cui la Corte si è ispirata, nella decisione del caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, per affermare l'esistenza di un obbligo procedurale di verificare che, in seguito all'allontanamento, uno straniero non vada incontro a un pregiudizio irreparabile²⁴³. Né a un tale risultato avrebbe potuto ostare il precedente nel caso *Haitian Centre for Human Rights*²⁴⁴, in cui, come si è detto, la Commissione interamericana si era occupata del *refoulement* in relazione al rispetto del diritto alla vita contenuto nell'articolo 1 della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri²⁴⁵.

Infatti, benché in quel caso la violazione dei diritti dei ricorrenti fosse reale e non meramente potenziale, il riferimento operato dalla Commissione alla prassi in materia di estradizione e alla configurazione dell'obbligo dello Stato estradante di valutare le "conseguenze prevedibili" della concessione dell'extradizione prima di procedervi²⁴⁶, lasciava spazi per future aperture.

Quanto ai parametri interpretativi e applicativi adottati per precisare il contenuto e la portata del divieto, è interessante notare che gli organi di

²⁴¹ Le misure provvisorie sono richieste ex articolo 26, par. 1 del Regolamento di procedura della Corte e articolo 63, par. 2 della Convenzione inter.am. In argomento, SACCUCCI, *Le misure provvisorie della Corte europea dei diritti umani nell'ambito della procedura di ricorso interstatale Georgia c. Russia*, DUDI, vol. 3, 2009, p. 129 ss.

²⁴² Corte inter.am., *James et al.*, ord. 3 aprile 2009, Serie E, cons. 5 e 6. In merito alla responsabilità derivante in capo allo Stato dalla violazione dell'obbligo di rispettare le misure provvisorie richieste dalla Corte cfr. *Hilaire, Constantine, Benjamin et al. c. Trinidad e Tobago*, sent. 21 giugno 2002, Serie C No. 94, parr. 196-200. In merito alla ragionevolezza dei tempi entro cui occorre presentare una petizione alla Commissione dopo il previo esaurimento delle vie di ricorso interne, cfr. Commissione inter.am., *Mario Alberto Jara Oñate et al. c. Cile*, n. 12.195, Report n. 31/03, 7 marzo 2003; *Marcela Andrea Valdés Díaz c. Cile*, n. 12.337, Report n. 57/03, 10 ottobre 2003; *Jorge Fernando Grande c. Argentina*, n. 11.498, Report n. 3/02, 27 febbraio 2002.

²⁴³ Corte inter.am., *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, cit., par. 128 ss., spec. par. 136.

²⁴⁴ Commissione inter.am., *Haitian Centre for Human Rights et al c. USA*, cit., par. 16. Sulla competenza della Commissione a interpretare la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri cfr. *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-10/89*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 10 (1989), par. 43; *X et Z c. Argentina*, n.11.676, Report n. 71/00, 3 ottobre 2000.

²⁴⁵ In quel caso, la Commissione ha affermato che l'esecuzione di una misura di rimpatrio di persone rifugiate che, in conseguenza dell'allontanamento, sarebbero state private del diritto alla vita, comportasse la responsabilità dello Stato parte per la violazione dell'articolo 1 della Dichiarazione. V. *supra*, cap. 2.

²⁴⁶ Cfr. in merito al criterio del "ragionevole grado di probabilità" della persecuzione come fondamento dell'onere della prova individuale nella prassi nazionale relativa alla protezione dei rifugiati, Regno Unito, *R v. Secretary of State for the Home Department (ex parte Sivakumaran)*, cit.

controllo interamericani si sono costantemente ispirati, nella loro prassi applicativa, alla tradizione onusiana ed europea²⁴⁷.

Più precisamente, il contenuto normativo della protezione contro il rischio di tortura, offerta dalla Corte interamericana, è stato ricostruito a partire dalle basi gettate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴⁸. La prima ha preso in prestito dalla seconda tanto il criterio dell'intensità della sofferenza arrecata, come *discrimen* tra le due ipotesi di tortura e maltrattamenti²⁴⁹, quanto quello della valutazione caso per caso delle circostanze materiali che possono dar luogo ad un atto di tortura²⁵⁰.

Anche in relazione all'assolutezza della norma, la Corte interamericana ha operato in sostanziale convergenza rispetto all'approccio della sua omologa europea²⁵¹, ribadendo l'inderogabilità del divieto anche in contesti emergenziali, come quelli della lotta al terrorismo internazionale²⁵². Inoltre, la Corte ha stabilito l'inderogabilità delle garanzie giurisdizionali in caso di emergenza²⁵³, in quanto strumentali ad assicurare la protezione di diritti fondamentali²⁵⁴. Stesso discorso poteva agevolmente estendersi al divieto di respingimento, giacché, in sua assenza, sarebbe stato geneticamente

²⁴⁷ HENNEBEL, *La Convention Américaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, pp. 450-451.

²⁴⁸ Corte inter.am., *Hilaire, Constantine, Benjamin et al. c. Trinidad e Tobago*, cit., par. 167; *Tibi c. Ecuador*, sent. 7 settembre 2004, Serie C No. 114, parr. 143-145. Sul concetto di "tortura psicologica" v. *Bueno Alves c. Argentina*, sent. 11 maggio 2007, Serie C No. 164, par. 79; *Cantoral Benavides c. Peru*, sent. 18 agosto 2000, Serie C No. 69, par. 100. In argomento BURGOGUE-LARSEN, ÚBEDA DE TORRES, *op. cit.*, p. 324; TIGROUDJA, PANOUSIS, *op. cit.*, p. 199 ss.; NMEHIELLE, *The African Human Rights System. Its Laws, Practices, and Institutions*, The Hague, 2001, p. 58; CANÇADO TRINDADE, *The development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European Union and the Inter-American Courts of Human Rights*, HRLJ, vol. 25, 2004, p. 157 ss., p. 157.

²⁴⁹ Corte inter.am., *Miguel Castro-Castro Prison c. Peru*, sent. 25 novembre 2006, Serie C No. 160, par. 316; *Cantoral Benavides c. Perù*, cit., par. 99.

²⁵⁰ Corte inter.am., *Loayza Tamayo c. Peru*, sent. 17 settembre 1997, Serie C No. 33, par. 57. Per la giurisprudenza della Corte EDU, v. *Selmouni c. Francia*, cit., *supra*, parr. 3-4.

²⁵¹ V. Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., *supra*, parr. 3-4.

²⁵² Corte inter.am., *Cantoral Benavides*, cit., parr. 96-97; *Miguel Castro-Castro Prison c. Peru*, cit., par. 271; *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Peru*, sent. 8 luglio 2004, Serie C No. 110, par. 112; *Maritza c. Guatemala*, sent. 27 novembre 2003, Serie C No. 103, par. 92; *Baldeón García c. Peru*, sent. 6 aprile 2006, Serie C No. 147, par. 117; *Bueno Alves c. Argentina*, cit., par. 76. Cfr. sul punto la sentenza della Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., *supra*, parr. 3-4. In argomento, HENNEBEL, *op. cit.*, p. 451.

²⁵³ Corte inter.am., *Judicial Guarantees in States of Emergency, (Articles 27(2), 25, and 8 of the American Convention on Human Rights)*, parere consultivo OC-9/87, 6 ottobre 1987, Series A No. 9, par. 31. V. anche *Neira Alegria et al. c. Peru*, sent. 19 gennaio 1995, Serie C No. 20, par. 82; *Suárez Rosero c. Ecuador*, sent. 12 novembre 1997, Serie C No. 35, par. 63.

²⁵⁴ Corte inter.am., *Habeas Corpus in Emergency Situations*, cit., par. 27.

compromesso il diritto all'asilo, com'è, infatti, avvenuto nel caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*²⁵⁵.

Peraltro, nel noto caso *Tablada*²⁵⁶, la Commissione ha chiarito che uno Stato americano non può adottare misure derogatorie, ai sensi delle clausole di esclusione dalla protezione internazionale, vigenti nel sistema interamericano, che comprimano l'efficacia di disposizioni inderogabili contenute in altri strumenti di tutela dei diritti umani di cui è parte. Ne deriva che uno Stato americano, che abbia ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura non possa ricorrere all'articolo 27 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo per derogarvi.

Ciò detto, fino alla recente decisione del caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, la Corte interamericana non si era mai pronunciata sul contenuto e sulla portata degli obblighi procedurali derivanti in capo agli Stati da una domanda di asilo né sull'ambito di applicazione del *non-refoulement*. Tale circostanza risultava difficilmente comprensibile, stante il peculiare rilievo riconosciuto al rispetto del valore della dignità umana nel sistema interamericano, tanto più che il divieto di respingimento si pone naturalmente come condizione del godimento dei diritti sanciti nella Convenzione americana da parte degli stranieri²⁵⁷.

Nondimeno, nella prassi interamericana vi erano le premesse per una ricostruzione in termini veramente ampi del divieto di respingimento, cosa che è prontamente avvenuta nella decisione della Corte nel già più volte richiamato caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*.

²⁵⁵ Corte inter.am., *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, cit., par. 155 e 132-136.

²⁵⁶ Commissione inter.am., *Juan Carlos Abella c. Argentina (caso Tablada)*, n. 11.137, Report n. 55/97, 18 novembre 1997, par. 170. In argomento, STUART, *The Inter-American System of Human Rights and Refugee Protection: Post September 11th 2001*, cit., p. 19.

²⁵⁷ Inoltre, la Corte interamericana ha ribadito che la clausola di sospensione del godimento dei diritti sanciti nella Convenzione americana deve essere interpretata in buona fede, nel rispetto dell'oggetto e dello scopo della Convenzione stessa (v. Corte inter.am., *Habeas Corpus in Emergency Situations, (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights)*, parere consultivo OC-8/87, par. 16) e che gli Stati parti non hanno solo l'obbligo di riconoscere e rispettare i diritti e le libertà in essa sanciti, nei confronti di tutti coloro che si trovino entro la propria giurisdizione, ma altresì di assicurare esercizio di tali diritti e di tali libertà, attraverso l'adozione di misure volte a garantire l'effettività degli stessi in ogni circostanza (ivi, par. 25).

8. Non-refoulement e due process nella giurisprudenza della Corte interamericana: considerazioni a margine del caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*.

Il caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia* era stato sottoposto all'attenzione della Corte interamericana dalla Commissione il 21 febbraio 2012²⁵⁸. La petizione, presentata alla Commissione nel 2002 concerneva il rimpatrio in Perù della famiglia Pacheco Tineo, composta dai genitori e da tre figli, disposto dalle competenti autorità boliviane il 24 febbraio 2001, dopo che i componenti del nucleo familiare avevano fatto ingresso in modo irregolare in Bolivia, il 19 febbraio 2001. Per evitare la deportazione, la famiglia Pacheco Tineo aveva presentato una domanda di asilo alle autorità boliviane, che l'avevano rigettata dopo un esame sommario delle prove portate dai richiedenti asilo dell'esistenza di un rischio reale persecuzione in patria, nonostante questi fossero in possesso di documenti comprovanti il riconoscimento del loro *status* di rifugiati in Cile. Inoltre, la madre era stata detenuta in Bolivia, in violazione dei propri diritti fondamentali, nelle more dell'esecuzione della decisione di rimpatrio, in seguito alla quale i genitori erano stati imprigionati in Perù, sulla base di false accuse di affiliazione terroristica²⁵⁹.

Dichiarata l'ammissibilità del caso nel 2004, la Commissione interamericana aveva concluso che la Bolivia avesse violato il diritto dei membri della famiglia Tineo Pacheco all'integrità psichica, all'asilo, a un equo processo, alla tutela giudiziaria, nonché l'obbligo di non respingimento. In particolare, la Commissione aveva sottolineato l'inadeguatezza delle procedure accelerate di esame delle domande di asilo, fondate sul requisito della manifesta infondatezza, a garantire il rispetto del diritto ad un equo processo, di cui all'articolo 8 della Convenzione americana²⁶⁰.

Aveva quindi presentato le proprie raccomandazioni alla Bolivia e richiesto informazioni sulla loro attuazione²⁶¹, senza però ricevere da tale Stato alcuna

²⁵⁸ Commissione inter.am., *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, n. 301/02, Report n. 53/04, 13 ottobre 2004; *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, n. 12.474, Report n. 136/11, 31 ottobre 2011.

²⁵⁹ Corte inter.am., *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, cit., par. 65 ss.

²⁶⁰ Commissione inter.am., *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, 2011, par. 160: «la Comisión considera que bajo la Convención Americana todo trámite de determinación de derechos debe contar con un debido proceso. Si bien los Estados tienen la facultad de disponer distintos procedimientos para evaluar solicitudes que sean "manifiestamente infundadas", tal facultad no puede vaciar de contenido las garantías mínimas del debido proceso».

²⁶¹ Sull'obbligo di cooperazione degli Stati, declinato nel senso dell'obbligo di fornire informazioni richieste dagli organi di controllo v. ad esempio, Commissione inter.am., *Jean Michel Richardson c. Haiti*, n. 12.389, Report n. 129/01, 3 dicembre 2001, par. 11.

risposta e, di conseguenza, aveva rimesso il caso alla Corte interamericana.

La decisione del caso imponeva la ricostruzione di principi generali in materia di accesso alla protezione internazionale, nonché la determinazione del contenuto degli obblighi di *due process* che discendono dal divieto di respingimento nel sistema interamericano di tutela dei diritti umani. Infatti, al cuore della vicenda sottoposta all'esame della Corte vi era il fatto che i ricorrenti erano stati deportati in assenza di un esame della situazione di rischio che si sarebbero trovati a fronteggiare a causa dell'espulsione, poiché la loro domanda era stata considerata manifestamente infondata dalla Bolivia senza che fosse dato loro modo di difendersi contro la decisione di rigetto automatico.

Sanzionare questa negazione del diritto a un ricorso effettivo e alla tutela giudiziaria²⁶², nei casi di rischio di *refoulement*, come contraria agli obblighi che discendono dalla Convenzione americana, non è stato invero difficile.

L'importanza del corretto svolgimento delle procedure amministrative nel settore dell'immigrazione era stata già asserita dalla Corte interamericana nel celebre *Parere consultivo sullo statuto giuridico e sui diritti dei migranti irregolari*, reso nel 2003²⁶³. La Corte aveva, in quell'occasione, ricordato che «[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas»²⁶⁴.

Peraltro, già nella risalente decisione del caso *Baena Ricardo c. Panama*, la Corte interamericana aveva delineato la portata dell'obbligo di *due process* in termini amplissimi²⁶⁵ e, ancor prima, nel parere consultivo OC-9/87, aveva sostenuto che il contenuto minimo di tale obbligo procedurale consistesse nell'assicurare un'adeguata protezione a tutti gli individui i cui diritti e obblighi fossero oggetto di determinazione giudiziale²⁶⁶.

²⁶² Tali diritti sono sanciti rispettivamente agli articoli 8, 2, lett. c) e 25 della Convenzione americana.

²⁶³ Corte inter.am., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Ser. A No. 18, parere consultivo OC-18/03, 17 settembre 2003.

²⁶⁴ Ivi, par. 125, dove la Corte cita la propria risalente giurisprudenza nel caso *Baena-Ricardo et al. c. Panama*, sent. 2 febbraio 2001, Serie C No. 72, par. 127.

²⁶⁵ Corte inter.am., *Baena-Ricardo et al. c. Panama*, cit., par. 124, in cui la Corte afferma che l'articolo 8 della Convenzione americana non si applica solo ai rimedi giudiziari in senso stretto ma anche agli obblighi intraprocedimentali a tutti gli stadi e livelli, affinché una persona sia messa in condizione di difendere adeguatamente i propri diritti rispetto a qualsiasi azione statale. In argomento MANLEY, *International Legal Protection for Refugees and Asylum-seekers Through the Inter-American Human Rights System*, University of Essex, 1999.

²⁶⁶ Corte inter.am., *Judicial Guarantees in States of Emergency*, cit., par. 28.

Muovendo da tali premesse, la Corte ha sostenuto che, «*de acuerdo con la evolución del corpus juris internacional aplicable a los derechos humanos de las personas migrantes*»²⁶⁷, le garanzie di *due process*, previste negli ordinamenti degli Stati membri dell'OSA per i cittadini, debbano essere estese anche agli stranieri in posizione irregolare²⁶⁸, precisando che «*[l]o anterior no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que, al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento de su obligación de garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa*»²⁶⁹. Giocoforza, tali garanzie debbono trovare applicazione durante le procedure di espulsione dello straniero, pena la violazione “aggravata” del principio di non discriminazione²⁷⁰.

L'accresciuta rilevanza di una violazione del divieto di discriminazione in relazione alla condizione del migrante irregolare deriva, nella giurisprudenza della Corte interamericana, dal riconoscimento della peculiare vulnerabilità di questo gruppo di stranieri, dalla quale sorge un obbligo “rafforzato” di protezione in capo agli Stati membri. Ad avviso della Corte, infatti:

«De las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre [...]. Al respecto, “los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad [...], pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos” [...]

Peraltro, tanto la centralità del principio di non discriminazione, quanto l'importanza del nesso migrazioni-vulnerabilità-non discriminazione, nel *legal reasoning* della Corte interamericana, sono in accordo con la sua consolidata giurisprudenza.

²⁶⁷ Corte inter.am., *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, cit., par. 129.

²⁶⁸ Ivi, par. 128.

²⁶⁹ Ivi, par. 129.

²⁷⁰ *Ibid.*: «Lo anterior es aún más relevante, si se tiene en cuenta que en el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un apego estricto a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante».

²⁷¹ Ivi, par. 129.

Può menzionarsi, ad esempio, la sentenza *Vélez Loor c. Panama*²⁷², dove la Corte ha utilizzato tale nesso per sostenere che le difficoltà economiche e la crisi mondiale non possano essere adottati dagli Stati parti al fine di aggirare gli obblighi in materia di diritti umani e, nello specifico, in materia di accesso all'assistenza sanitaria e a quella sociale dei detenuti stranieri²⁷³.

D'altra parte, la Corte ha dichiarato che il rispetto del principio di non discriminazione non si impone agli Stati solo in quanto parti contraenti della Convenzione americana, giacché «[e]n la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens»²⁷⁴ e, di conseguenza, esso «puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares»²⁷⁵.

A partire da questa impostazione generale, la Corte ha ritenuto che, in conformità al combinato disposto degli articoli 8, 22, parr. 7 e 8 e 25 della Convenzione americana, nonché alle direttive dell'UNHCR, dal contenuto procedurale del *non-refoulement* discende un diritto di accesso alla protezione internazionale²⁷⁶, nel rispetto di uno *standard* minimo di tutela, che comprenda quanto meno un diritto di accesso facilitato alle procedure attraverso una corretta informazione, anche sulle modalità di ricorso, l'assistenza legale gratuita, un servizio di traduzione e la partecipazione dell'UNHCR; un colloquio individuale e un esame obiettivo della domanda da parte di un'autorità competente e identificabile; una decisione motivata e la pubblicità delle motivazioni della stessa; la concessione di un lasso di tempo ragionevole per presentare ricorso avverso a una decisione di rigetto della domanda di asilo, ricorso che deve essere dotato di effetto sospensivo²⁷⁷.

A ciò, la Corte ha aggiunto che deve ritenersi arbitrario il ricorso generale alla detenzione come sanzione penale in relazione alla violazione delle leggi nazionali sull'immigrazione, senza una valutazione caso per caso della

²⁷² Corte inter.am., *Vélez Loor c. Panama*, sent. 23 novembre 2010, Serie C No. 218.

²⁷³ Ivi, par. 198.

²⁷⁴ Corte inter.am., *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, cit. par. 101.

²⁷⁵ Ivi, par. 100. Come noto, la Corte interamericana ha sviluppato questo concetto soprattutto in relazione alla protezione dei migranti irregolari, difatti il parere in commento riguardava la portata dei principi non discriminazione, uguaglianza dinanzi alla legge, diritto a un rimedio effettivo, contenuti negli strumenti internazionali sui diritti umani ed era stato richiesto dal Messico in considerazione della privazione del godimento e dell'esercizio di alcuni diritti del lavoro dei lavoratori messicani in condizione di irregolarità negli Stati Uniti.

²⁷⁶ Corte inter.am., *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, cit., par. 159.

²⁷⁷ Ivi, par. 133.

possibilità e dell'opportunità di ricorso a misure meno restrittive della libertà personale del migrante²⁷⁸.

Quanto all'ambito di applicazione *ratione personarum* del divieto di respingimento ex articolo 22, par. 8 della Convenzione americana, la Corte ha affermato che:

«[S]i se complementan las normas anteriores [artículo 22.8] con el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre»²⁷⁹.

Si tratta di un diritto che riguarda ogni straniero, che impone una valutazione preventiva del rischio di *refoulement* da parte delle autorità dello Stato ospitante e impedisce il respingimento alla frontiera così come il *refoulement* indiretto²⁸⁰.

Invero, la Corte non si è limitata ad analizzare i risvolti procedurali del divieto di respingimento nel sistema interamericano, cogliendo l'occasione per chiarire altresì il contenuto sostanziale del *non-refoulement* in relazione al riconoscimento della protezione internazionale, osservando che «*en el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo*»²⁸¹.

In altri termini, l'ambito di applicazione del *non-refoulement*, cui la Corte riconosce valore di norma di diritto internazionale generale, copre tanto l'ipotesi tradizionale di persecuzione, come codificata nel diritto dei rifugiati, quanto quella di violazione dell'articolo 5 della Convenzione americana²⁸², «*y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo*»²⁸³. Il procedimento relativo alla determinazione della condizione di

²⁷⁸ Ivi, par. 131.

²⁷⁹ Ivi, parr. 134-135.

²⁸⁰ Ivi, par. 153.

²⁸¹ Ivi, par. 151.

²⁸² Ivi, par. 136 e 152: «*Así, esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967*».

²⁸³ Ivi, par. 151.

rifugiato di un individuo implica, quindi, la valutazione del possibile rischio di lesione grave dei suoi diritti umani fondamentali, senza che rilevino ulteriori qualificanti del rischio come prescritto dalla Convenzione di Ginevra²⁸⁴.

Applicati al caso di specie, questi principi hanno spinto la Corte interamericana a dichiarare la violazione degli articoli 8, 22 e 25 della Convenzione americana da parte della Bolivia, in relazione al rimpatrio della famiglia peruviana, violazione aggravata dalla mancata considerazione, da parte delle autorità dello Stato ospitante, del fatto che i richiedenti avevano già ottenuto l'accertamento dello *status* di rifugiati in un altro Stato membro dell'OSA e dalla negligenza delle stesse in relazione all'ottemperamento degli obblighi di notifica della decisione di rigetto della domanda di asilo, che aveva impedito l'esercizio di un diritto di ricorso effettivo contro la stessa²⁸⁵.

In questo *leading case*, la Corte ha rilevato altresì l'arbitrarietà della detenzione della signora Pacheco Tineo, l'indebita confisca dei documenti della famiglia e la situazione di estrema incertezza del proprio destino, in cui il nucleo familiare era stato tenuto dallo Stato ospitante, sfociate in una violazione del diritto all'integrità fisica e morale, di cui all'articolo 5 della Convenzione americana²⁸⁶, nonché nella lesione del diritto all'unità familiare e dell'obbligo di tutela dei fanciulli, di cui agli articoli 17 e 19 del trattato stesso²⁸⁷.

Ha, quindi, ordinato la riparazione del danno materiale e immateriale causato dalla Bolivia ai ricorrenti e invitato lo Stato convenuto a predisporre specifici programmi per istruire le guardie di frontiera sulle norme basilari in materia di asilo²⁸⁸.

9. La prassi statunitense di "esternalizzazione" della tortura al vaglio della Commissione interamericana.

Un altro contributo importante che viene dal sistema interamericano di tutela dei diritti umani riguarda il contrasto alla pratica delle *extraordinary renditions*, che, come si è già detto, comportano gravi violazioni dei diritti umani fondamentali come risultato diretto delle modalità di arresto, di iniziale

²⁸⁴ Ivi, par. 157.

²⁸⁵ Ivi, arr. 197-199.

²⁸⁶ Ivi, parr. 203-208.

²⁸⁷ Ivi, par. 216 ss.

²⁸⁸ Ivi, parr. 283-285.

detenzione e di successivo trasferimento dei sospetti terroristi. Esse si pongono, inoltre, in flagrante contrasto con il divieto di *refoulement*, tanto sotto il profilo sostanziale (dato il rischio che queste persone vengano torturate nelle prigioni segrete della CIA) quanto sotto il profilo procedurale (data la violazione di qualsiasi garanzia di giusto processo, di possibilità di ricorso effettivo contro la consegna straordinaria, nonché del diritto all'assistenza consolare).

Se la responsabilità indiretta degli Stati che hanno collaborato alla violazione mediante l'esecuzione materiale delle consegne e quella diretta degli Stati in cui è avvenuta la detenzione dei presunti terroristi può essere sollevata tanto sulla base del diritto internazionale generale che pattizio, *a fortiori* lo è quella degli Stati Uniti, tanto quali autori materiali delle torture e dei maltrattamenti degli individui presi in consegna (si pensi ai detenuti nella base navale statunitense di Guantánamo a Cuba, che pur essendo fisicamente al di fuori dei confini statunitensi si trova sotto il controllo effettivo degli Stati Uniti), tanto in relazione alla politica di "esternalizzazione" della tortura nelle prigioni "fantasma" site in Medio Oriente.

Purtuttavia, le corti statunitensi hanno dichiarato la propria incompetenza a pronunciarsi sui casi di *renditions* che sono stati portati alla loro attenzione sulla base del segreto di stato. Qualsiasi speranza che una vittima del programma della CIA potesse essere ascoltata da una giurisdizione interna è svanita quando, nel 2007, anche la Corte suprema ha rinunciato a fare chiarezza sulla questione, in un ricorso presentato dal sig. *El Masri*²⁸⁹, che successivamente si è visto riconoscere il "diritto alla verità" sulla grave violazione dei propri diritti fondamentali dalla Corte europea²⁹⁰.

Peraltro, il sistema interamericano di protezione dei diritti fondamentali è quello in cui più incisivamente è stato riconosciuto alle vittime delle più gravi violazioni dei diritti convenzionali un vero e proprio "diritto alla verità", al quale fa da contraltare l'obbligo dello Stato nella cui giurisdizione è avvenuta la violazione di predisporre un'indagine, svolta secondo i principi di *due diligence*, che conduca all'individuazione e alla punizione dei responsabili materiali delle lesioni²⁹¹.

La giurisprudenza della Corte di San José riconosce ampiamente questo diritto individuale e il corrispettivo obbligo statale, a sua volta desunto dal

²⁸⁹ V. Stati Uniti, *El-Masri v. United States of America*, 128 S.Ct. 373 (2007). V. anche *Mohamed, Binyam, et al. v. Jeppesen Dataplan, Inc., et al.*, 131 S.Ct. 2442 (2011).

²⁹⁰ V. *supra*, par. 6.

²⁹¹ VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, p. 2645 ss.

generale obbligo di assicurare il godimento dei diritti convenzionali a tutti coloro che si trovino nella *jurisdiction* degli Stati parti. Da ciò discende la contrarietà alla lettera e allo spirito della Convenzione di tutte le prassi e le normative statali che «*conducen a una indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad*»²⁹² in quanto ostacolano «*la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente*»²⁹³.

Tuttavia, non avendo gli Stati Uniti accettato la giurisdizione della Corte interamericana, contro l'impunità degli agenti della CIA ha potuto pronunciarsi soltanto la Commissione interamericana, organismo sopranazionale dinanzi al quale possono essere presentati ricorsi individuali contro gli Stati Uniti²⁹⁴. Sin dal *Report on Terrorism and Human Rights* del 2002²⁹⁵, la Commissione si è mostrata molto attiva nella condanna delle pratiche di arbitraria privazione della libertà, di violazione del divieto di tortura e della libertà da "sparizioni forzate", messe in atto dagli Stati Uniti.

Contro questo *background* la Commissione ha agito in primo luogo attraverso lo strumento delle misure interinali, adottate *ex* articolo 25 delle Regole di procedura²⁹⁶. Così, ad esempio, nel marzo del 2002 ha adottato una misura cautelare a beneficio dei detenuti di Guantánamo, chiedendo agli Stati Uniti «*to take the urgent measures necessary to have the legal status of the detainees at Guantánamo Bay determined by a competent tribunal*»²⁹⁷, nell'ottobre del 2005 è tornata a chiedere chiarezza agli Stati Uniti, che avrebbero dovuto lanciare un'indagine approfondita e diligente sulle presunte vicende di tortura e di trattamenti crudeli avvenute ai danni dei detenuti e perseguire i responsabili²⁹⁸ e nell'agosto 2008 ha nuovamente chiesto l'immediata adozione di misure

²⁹² V. ad es. Corte inter.am., *Barrios Altos c. Perú*, sent. 14 marzo 2001, Serie C No. 75, par. 43.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *The Status of Guantánamo and Extraordinary Rendition Litigation before Regional Tribunals*, in *International Justice Resource Center*, September 11, 2012, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.ijrcenter.org/2012/09/11/the-status-of-guantanamo-and-extraordinary-rendition-litigation-before-regional-tribunals/>]. Si rinvia, inoltre, al sito ufficiale della Commissione: [<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/decisiones/Guantanamo.asp#Casos>].

²⁹⁵ Commissione inter.am., *Report on Terrorism and Human Rights*, cit.

²⁹⁶ Commissione inter.am., *Rules of Procedure*, approved by the Commission at its 137th regular period of sessions, held from October 28 to November 13, 2009, and modified on September 2nd, 2011 and during the 147th Regular Period of Sessions, held from 8 to 22 March 2013, for entry into force on August 1st, 2013. Le precedenti versioni del Regolamento sono consultabili sul sito: [http://www.oas.org/es/cidh/mandato/reglamentos_antteriores.asp].

²⁹⁷ Commissione inter.am., *Annual Report 2002*, par. 80, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/chap.3g.htm>].

²⁹⁸ Commissione inter.am., *IACHR Expresses Deep Concern over New Revelations about Guantánamo*, Press Release, April 29, 2011.

affinché il detenuto Djamel Ameziane, di origini algerine, «*is not subject to torture or to cruel, inhumane or degrading treatment while in its custody and to make certain that he is not deported to any country where he might be subjected to torture or other mistreatment*»²⁹⁹.

Intanto nel 2006 aveva chiesto di ispezionare il carcere, richiesta che aveva declinato dopo che gli Stati Uniti avevano posto la condizione che gli ispettori della Commissione non comunicassero con i detenuti³⁰⁰. A partire dalla *Resolution No. 2* dello stesso anno, la Commissione ha, ripetutamente e inutilmente, chiesto la chiusura di Guantánamo³⁰¹. Nella medesima risoluzione ha, inoltre, reiterato con insistenza l'importanza dell'obbligo di *non-refoulement*:

«where there are substantial grounds for believing that [a detainee] would be in danger of being subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, the State should ensure that the detainee is not transferred or removed and that diplomatic assurances are not used to circumvent the State's non-refoulement obligation»³⁰².

Nel 2010, ha dichiarato ammissibili numerose petizioni, presentate ai sensi dell'articolo 23 delle Regole di procedura³⁰³ da presunte vittime di tortura e di *refoulement* nell'ambito del programma di consegne straordinarie della CIA³⁰⁴,

²⁹⁹ Commissione inter.am., *Annual Report 2008*, par. 37, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.cidh.org/medidas/2008.eng.htm>].

³⁰⁰ Commissione inter.am., *IACHR Expresses Deep Concern over New Revelations about Guantanamo*, cit.

³⁰¹ Commissione inter.am., *Resolution No. 2/06, on Guantanamo Bay Precautionary Measures*, e *Press Release N° 27/06, Inter-American Commission Urges To Close Guantanamo Without Delay*, accessibili online all'indirizzo: [<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/English/2006/27.06eng.htm>]. La Commissione aveva espresso soddisfazione per la dichiarazione del Presidente Obama sulla chiusura del carcere (v. *Press Release N° 02/09, IACHR Welcomes Order To Close Guantanamo Detention Center*), cui tuttavia non è stato dato seguito. V. da ultimo OSA, *10 Years After Detentions in Guantanamo Began, the IACHR Repeats its Call to Close the Detention Center*, January 11, 2012.

³⁰² Commissione inter.am., *Resolution No. 2/06*, cit. V. anche *IACHR Expresses Deep Concern over New Revelations about Guantanamo*, *Press Release*, cit.

³⁰³ Commissione interamericana, *Rules of Procedures*, cit., art. 23: "Presentation of Petitions".

³⁰⁴ V. il ricorso presentato da Khaled El-Masri (Commissione inter.am., *Petition Alleging Violations Of The Human Rights Of Khaled El-Masri By The United States Of America With A Request For An Investigation And Hearing On The Merits*, April 9, 2008). V. inoltre i ricorsi di Binyam Mohamed, Bisher al-Raqi, Abou Elkassim Britel and Mohamed Bashmilah (CORBACHO, *Rendition Victims Seek Justice Before International Tribunal*, NYU Global Justice Clinic, November 15, 2011). V. infine *Iraq Court Sentences Saddam-Era Deputy PM Aziz to Death*, *Jurist*, October 26, 2010, in cui si parla del ricorso alla Commissione di Tariq Aziz, cittadino iracheno ex membro del governo di Saddam Hussein, condannato a morte in Iraq mediante impiccagione.

come ad esempio quello presentato da Djamel Ameziane³⁰⁵, il detenuto a beneficio del quale la Commissione aveva invano emesso una misura *ad interim* nel 2008 e che lamentava di essere stato, *inter alia*, mantenuto nell'incertezza di essere respinto in Algeria dove correva il rischio di subire un "danno grave"³⁰⁶.

Inoltre, la Commissione ha dichiarato la violazione dell'obbligo di *non-refoulement* da parte degli Stati Uniti in numerosi casi di trasferimento dei detenuti in Paesi terzi, in cui rischiavano di subire tortura e maltrattamenti. Ciò è avvenuto ad esempio in conseguenza del trasferimento in Algeria di Abdul Aziz Naji, in violazione della misura *ad interim* emessa dalla Commissione per interdire il *refoulement*³⁰⁷.

Anche se gli Stati Uniti persistono nella difesa del segreto di stato, le pretese delle vittime del programma di *renditions* della CIA hanno ottenuto una certa eco, grazie all'azione della Commissione interamericana, indebolendo la prospettiva di nuove collaborazioni con altri Stati, pur tradizionalmente vicini agli USA. È, ad esempio, il caso del Regno Unito, dove la "fine" dell'impunità è stata decretata con l'udienza dell'High Court del 21 ottobre 2013 in relazione alle consegne straordinarie di Abdel Hakim Belhadj e Fatima Bouchar³⁰⁸.

10. Le specificità della protezione dei rifugiati in Africa: la tutela della dignità umana e il divieto assoluto di espulsioni collettive.

La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli³⁰⁹ rappresenta il fondamento normativo del più vasto sistema regionale di protezione dei diritti

³⁰⁵ Commissione inter.am., *Djamel Ameziane c. Stati Uniti*, n. P-900-08, Report n. 17/12, 20 marzo 2012, par. 51. V. anche Center for Constitutional Rights, *Ameziane v. Obama / Ameziane v. United States*, accessibile online all'indirizzo: [<http://ccrjustice.org/Ameziane>].

³⁰⁶ Commissione inter.am., *Djamel Ameziane v. United States*, cit., par. 2.

³⁰⁷ Commissione inter.am., *Press Release N° 75/10, IACHR Deplores Forced Transfer Of Guantanamo Detainee*, August 2, 2010.

³⁰⁸ V. *High Court is Urged to Scrap Libyan's Claim that UK Spies Aided Torture. MI5 and MI6 Say Dissident's Legal Action Could Jeopardise Intelligence Operations*, *The Guardian*, Monday 21 October 2013.

³⁰⁹ Carta Africana. Come noto, l'UA è succeduta all'OSA, attraverso l'adozione di un *Constitutive Act* firmato nel 2000. Per i profili generali, cfr. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006; NALDI, *The African Union and the Regional Human Rights System*, in EVANS, MURRAY (eds.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2006*, Cambridge, 2008, p. 20 ss. Inoltre, su posizioni opposte in merito all'importanza della Carta nel sistema di protezione africana dei diritti umani, v. GITTMAN, *The African Charter on Human and Peoples Rights*, *VJIL*, vol. 22, p. 667 ss.; MUTUA, *The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties*, *VJIL*, vol. 35, 1995, p. 339 ss.

umani³¹⁰.

Essa contiene un catalogo di diritti umani estremamente completo e dettagliato, in cui – a differenza che negli altri sistemi di tutela dei diritti umani esaminati – si attribuisce un'importanza cruciale alla collettività, nei confronti della quale gli individui sono titolari di diritti e di doveri³¹¹.

Da un punto di vista materiale, dei diritti garantiti e dell'assenza di clausole eccezionali della protezione, nonché soggettivo, degli Stati parti al trattato, la Carta rappresenta il sistema più esteso di garanzia dei diritti umani a livello regionale.

Sotto il profilo degli strumenti di effettivo *enforcement* della protezione essa appare, tuttavia, come un sistema ancora giovane, in cui molti passi debbono ancora essere compiuti nel senso di una tutela pienamente realizzata dei diritti convenzionali³¹² e che tende ad adattare le posizioni assunte dagli altri organi internazionali che si occupano della tutela dei diritti umani al contesto africano. Ciò emerge anche dall'esame della prassi relativa alle due norme che maggiormente qualificano la protezione dei rifugiati e dei richiedenti asilo, ovvero l'articolo 5 e l'articolo 12 della Carta³¹³. Ai sensi della prima disposizione:

«Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status. All forms of exploitation

³¹⁰ Infatti, la Carta è stata ratificata da 53 dei 54 Stati della regione africana. Soltanto il Marocco non l'ha ratificata. Cfr. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 419-420.

³¹¹ UDOMBANA, *Toward the African Court on Human and Peoples' Rights: Better Late than Ever*, *YHRDLJ*, vol. 3, 2000, p. 45 ss., p. 61.

³¹² Infatti, l'attività di promozione dei diritti sanciti, di monitoraggio sul rispetto degli stessi da parte degli Stati membri, nonché di interpretazione delle disposizioni convenzionali, spetta alla Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, che, tuttavia, non ha il potere di emanare atti aventi forza vincolante. A partire dal 2006, quando si sono insediati i giudici della neoistituita Corte africana dei diritti dell'uomo, il sistema ha acquisito una veste bipolare, come quello interamericano. Per quanto concerne la competenza contenziosa della Corte *ex art. 3*, par. 1 del Protocollo istitutivo, essa riguarda i casi di violazioni di diritti sanciti dalla Carta africana, ma anche da qualsiasi strumento internazionale che sia stato ratificato dallo Stato in questione contro il quale il ricorrente agisce. Dinanzi alla Corte africana, gli individui non godono dello *jus standi*. Infine, si noti che un elemento di convergenza tra il sistema africano e i modelli europeo e americano è rappresentato dalla possibilità, per la Corte, di adottare misure cautelari, secondo quanto previsto dall'art. 27, par. 2 del Protocollo del 1998 alla Carta africana, in base al quale: «*In cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable harm to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems necessary*». Cfr. OJI UMOZURIKE, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, The Hague, 1997; NALDI, *op. cit.*, pp. 34 ss.; UDOMBANA, *op. cit.*, p. 64; NMEHIELLE, *op. cit.*, p. 269 ss.; MUTUA, *The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?*, *HRQ*, vol. 21, 1999, pp. 342-363, a p. 355; JUMA, *Lost (or Found) in Transition? The Anatomy of the New African Court of Justice and Human Rights*, *MPUNYBL*, vol. 13, 2009, p. 269 ss.

³¹³ Cfr. HOFMANN, *Refugee Law in the African Context*, *ZAÖRV*, vol. 52, 1992, p. 318 ss.

and degradation of man particularly slavery, slave trade, torture, cruel, inhuman or degrading punishment and treatment shall be prohibited»³¹⁴.

Nella formulazione di quest'articolo, come nell'articolo 5 della Convenzione americana, è cruciale il rilievo del supremo valore della dignità umana, fondamento dell'istituzione di meccanismi internazionali di protezione dei diritti umani a livello regionale e *ratio* dell'assolutezza del divieto di tortura.

La Commissione africana ha definito il concetto di "tortura", ai fini dell'articolo 5 della Carta, nelle *Robben Island Guidelines for the Prohibition and Prevention of Torture in Africa*³¹⁵, adottate con una risoluzione del 2002³¹⁶, dove si specifica che gli Stati parti dell'Unione africana debbano introdurre nei propri ordinamenti interni il reato di tortura, definito nell'articolo 1 della Convenzione Onu contro la tortura³¹⁷. Inoltre, al punto 15 delle *Guidelines*, ha espressamente incluso il divieto di *refoulement* tra gli obblighi che discendono in capo agli Stati parti dall'articolo 5 della Carta³¹⁸.

Per ottenere una tutela effettiva, la Commissione si è servita anche dell'articolo 12 della Carta africana, che disciplina la libertà di movimento, in maniera molto simile all'articolo II della Convenzione sugli aspetti specifici del problema dei rifugiati in Africa³¹⁹. Si tratta di un articolo la cui formulazione riflette chiaramente le specificità della tutela dei rifugiati in Africa, ovvero l'importanza assegnata al diritto di movimento all'interno dei confini dello Stato, a quello di lasciare il proprio Paese e di farvi liberamente ritorno, che non può essere derogato nemmeno in situazioni emergenziali, al diritto di asilo e al divieto di espulsione, che è assoluto nel caso delle espulsioni in massa di stranieri³²⁰.

Invero, quest'articolo riflette altresì una fondamentale contraddizione, insita nel tentativo di conciliare l'obiettivo dei redattori della Carta di elevare gli

³¹⁴ Carta africana, art. 5.

³¹⁵ Commissione africana, *Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment in Africa (Robben Island Guidelines)*, redatte durante il *workshop* organizzato in collaborazione con l'Associazione per la prevenzione della tortura (APT) a Robben Island, South Africa, il 12-14 febbraio 2002. Le *Robben Island Guidelines* rappresentano il primo strumento regionale sulla prevenzione e la repressione della tortura. [http://www.apr.ch/content/files_res/RobbenIsland2_ENG.pdf].

³¹⁶ Commissione africana, *Resolution On Guidelines And Measures For The Prohibition And Prevention Of Torture, Cruel, Inhuman Or Degrading Treatment Or Punishment In Africa*, adopted during the 32nd ordinary session, held in Banjul, The Gambia, from 17th to 23rd October 2002.

³¹⁷ Ivi, punto 4.

³¹⁸ Ivi, punto 15: «States should ensure no one is expelled or extradited to a country where he or she is at risk of being subjected to torture».

³¹⁹ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 6.

³²⁰ Carta africana, art. 12, parr. 1-5.

standard africani di tutela dei diritti degli stranieri e di garantire la libertà di movimento con l'esigenza di conformare tale protezione alle legislazioni già vigenti negli Stati parti. Ad esempio, il par. 3 dell'articolo 12, dopo aver garantito a tutti coloro che siano perseguitati il diritto a cercare e ottenere asilo in Paesi diversi da quello di nazionalità, stabilisce che tale tutela debba essere offerta «*in accordance with the laws of those countries and international conventions*»³²¹. Analoga formulazione è riprodotta al par. 4 dell'articolo 12, in relazione al divieto generale di espulsione³²².

Come nella Convenzione sugli aspetti specifici del problema dei rifugiati in Africa, il richiamo alle discipline interne degli Stati costituisce un "filtro" suscettibile di affievolire notevolmente il ventaglio delle possibili ipotesi applicative della norma. Inoltre, l'assenza di tradizioni comuni agli Stati africani in materia di asilo ha reso estremamente complicata l'opera di ricostruzione di *standard* minimi di tutela³²³.

Medesima considerazione può estendersi alla mancata definizione nella Carta della nozione di "persecuzione", che rappresenta il presupposto per il godimento del "diritto di asilo" ai sensi dell'articolo 12 della stessa. L'assenza di una definizione va anch'essa ricondotta alla peculiarità dello sviluppo dei diritti umani in Africa, che è avvenuto a partire dagli *standard* codificati in altri strumenti internazionali, sovente riprodotti nelle costituzioni nazionali degli Stati parti. Nondimeno, il richiamo a siffatti *standard* internazionali non mette al riparo dal rischio di difforme applicazione della Carta, ad esempio, nei casi in cui non vi sia piena corrispondenza tra le discipline nazionali in materia di asilo e le disposizioni del diritto internazionale cui esse si richiamano³²⁴.

La Commissione africana si è trovata a operare in questo quadro normativo, del quale ha dimostrato di saper valorizzare tutti gli elementi utili a far avanzare la tutela degli individui contro il rischio di *refoulement*³²⁵.

Nella prassi della Commissione africana, l'articolo 5 della Carta è divenuto il principale strumento di tutela contro il *refoulement*, inteso come fondamentale garanzia "rafforzata" contro la tortura. Nella decisione del caso *Institute for*

³²¹ Ivi, art. 12, par. 3.

³²² Ivi, art. 12, par 4: «*A non-national legally admitted in a territory of a State party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law*».

³²³ Cfr. NMEHIELLE, *op. cit.*, p. 116.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ In argomento VEZZANI, *L'allontanamento degli stranieri alla prova della Carta africana per la salvaguardia dei diritti umani e dei popoli*, UNIPG, accessibile online all'indirizzo: [<https://diritti-cedu.unipg.it/index>].

*Human Rights and Development in Africa c. Angola*³²⁶, ad esempio, la Commissione ha reiterato l'importanza del divieto di respingimento verso tortura nel caso dell'espulsione dello straniero:

«Even in such extreme circumstances as expulsion [...] the affected individuals should be allowed to challenge the order/decision to expel them before competent authorities, or have their cases reviewed, and have access to legal counsel, among others. Such procedural safeguards aim at making sure that non-nationals enjoy the equal protection of the law in their country of residence, ensure that their daily lives are not arbitrarily interfered with, and that they are not sent back/deported/expelled to countries or places they are likely to suffer from torture, inhuman or degrading treatment, or death, among others»³²⁷.

Analogamente, nel definire gli obblighi che ne discendono in capo agli Stati parti, nella *Communication No. 97/93* ha affermato che ogni pubblica amministrazione è tenuta a rispettare il divieto di respingimento, in una duplice veste: tanto come "principio" di *non-refoulement* derivante dal divieto di tortura, tanto come "norma" contenuta nel diritto dei rifugiati e nei diritti umani e volta a proteggere l'integrità fisica della persona³²⁸.

Inoltre, in ossequio all'effettività della tutela, anche la Commissione africana si è orientata, nella prassi recente, ad utilizzare in maniera sistematica le misure *ad interim* per prevenire l'allontanamento dello straniero a rischio tortura, nonché ad attribuire valore vincolante all'ordine interinale emesso³²⁹.

Nel caso *John K. Modise c. Botswana*³³⁰, essa ha valutato il rispetto degli articoli 5 e 12 della Carta in relazione alla situazione di un individuo che si dichiarava cittadino del Botswana, sebbene tale Stato non gli riconoscesse la cittadinanza³³¹, e che era stato deportato per ben quattro volte dalle competenti autorità del Botswana verso il confine con il Sudafrica, respinto alla frontiera e,

³²⁶ Commissione africana, *Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Esmaila Connateh & 13 others) c. Angola*, n. 292/04, 2008.

³²⁷Ivi, par. 84.

³²⁸ Commissione africana, *Modise c. Botswana*, n. 97/93, 2000, par. 92. Per un caso simile si rimanda a *Amnesty International c. Zambia*, n. 212/98, 1999, par. 51. Quanto alla valutazione della legittimità dell'allontanamento, in un caso più recente la Commissione ha ritenuto contrario all'articolo 18 della Carta africana (sui diritti della famiglia) una misura di espulsione in cui non era previsto un ragionevole lasso di tempo (il tempo massimo era di cinquantasei ore) che consentisse all'interessato, un padre che doveva lasciare la figlia, di prepararsi alla partenza e avvertire i familiari. V. *Good c. Botswana*, n. 313/05, 2010, par. 213.

³²⁹ Per l'analisi della prassi richiamata v. NALDI, *op. cit.*, p. 37

³³⁰ Commissione africana, *Modise c. Botswana*, cit.

³³¹ Ivi, parr. 1-2.

quindi, costretto a vivere per molti anni in un'area di confine tra il Botswana e il Sudafrica³³², definita dalla Commissione «*No-Man's Land*»³³³.

In relazione al caso di specie, la Commissione ha dichiarato che tale confinamento «*[n]ot only did [...] expose him to personal suffering, it deprived him of his family, and it deprived his family of his support*»³³⁴, concludendo che esso costituisse una violazione del divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti, sancito all'articolo 5 della Carta africana, violazione in merito alla quale ha dichiarato la responsabilità del Botswana³³⁵.

Curiosamente, nel successivo caso *Amnesty International c. Zambia*³³⁶, che riguardava l'espulsione di apolidi dal Malawi, la Commissione ha dichiarato la responsabilità di tale Stato per la violazione di numerose disposizioni della Carta, tra cui gli articoli 2, 7, 8, 9, 10 e 18³³⁷, ma non ha dichiarato la violazione dell'articolo 5, nonostante al par. 58 della comunicazione avesse espressamente sostenuto che la condizione in cui si venivano a trovare le vittime dell'espulsione dal Malawi violava il supremo valore della dignità umana³³⁸.

Passando, infine, all'altro elemento che caratterizza la protezione contro il *refoulement* in Africa, ossia il divieto assoluto di espulsioni collettive, occorre rinviare ai rilievi già svolti sulle specificità della problematica del *displacement* in Africa³³⁹. A partire dagli anni Settanta, il problema dei rifugiati e degli sfollati interni in Africa si è andato incancrendo, soprattutto in conseguenza del moltiplicarsi dei conflitti interni, della creazione di vuoti di potere nei c.d. *failed states*, dell'indifferenza delle *ex* potenze coloniali all'ipertrofia dei movimenti transfrontalieri di profughi e delle ripercussioni della crisi economica e finanziaria mondiale³⁴⁰.

³³² Ivi, parr. 3-5.

³³³ Ivi, par. 31.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Commissione africana, *Amnesty International c. Zambia*, cit.

³³⁷ Ivi, par. 61.

³³⁸ Ivi, par. 58: «*As the African Commission ruled in the case of John K. Modise / Botswana, by forcing Banda and Chinula to live as stateless persons under degrading conditions, the government of Zambia has deprived them of their family and is depriving their families of the men's support, and this constitutes a violation of the dignity of a human being. Thereby violating Article 5 of the Charter, which guarantees the right to: "the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status"*».

³³⁹ V. *supra*, cap. 3.

³⁴⁰ ABDULLAHI, *The Refugee Crisis in Africa as a Crisis of the Institution of the State*, IJRL, vol. 6, 1994, p. 562 ss.; FITZPATRICK, *Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime*, AJIL, vol. 94, 2000, p. 279 ss., p. 283; OUA, *The Khartoum Declaration on Africa's Refugee Crisis* (Seventeenth Extraordinary Session of the Commission of Fifteen on Refugees, Meeting in Khartoum, Republic of Sudan, 22-24 September 1990), par. 10: «*Despite all these efforts towards*

La prassi dei Stati africani in materia di asilo, al di là degli aspetti strettamente normativi, ha mostrato una sostanziale schizofrenia. Non sono stati pochi i casi in cui, al verificarsi di emergenze migratorie, l'accoglienza e la protezione agli sfollati sono state accordate da parte di Stati africani, e non sono segnalati casi di aperto disconoscimento della natura giuridica del divieto di espulsioni collettive³⁴¹. Tuttavia, sovente la predisposizione della protezione internazionale è stata ricondotta a considerazioni pratiche o di solidarietà³⁴².

L'incoerenza di tali prassi statuali si è tradotta in una sistematica violazione del divieto di *refoulement*³⁴³, che ha spinto l'Alto Commissariato a concludere che la norma sul divieto di *refoulement* «is virtually a dead letter in Africa»³⁴⁴. Peraltro, questa schizofrenia riflette la politicizzazione delle questioni relative all'immigrazione e all'asilo in Africa, vale a dire la circostanza che le norme sulla protezione degli stranieri, contenute negli strumenti nazionali e regionali, riflettano non tanto l'obiettivo di una regolamentazione normativa quanto quello di sottolineare la natura umanitaria e apolitica di questa forma di protezione.

Alla luce di questa premessa, possono essere meglio comprese le difficoltà della Commissione africana nell'affermazione del divieto di espulsioni collettive. L'articolo 12, par. 5 della Carta africana vieta in termini stringenti le espulsioni collettive di stranieri, espressamente definite come espulsioni di gruppi di individui (che non hanno la cittadinanza dello Stato che li espelle), per ragioni di nazionalità, razziali, etniche, o religiose³⁴⁵.

Disciplinato in modo non dissimile da come esso trova accoglimento nell'articolo 22, par. 9 della Convenzione americana, il divieto di espulsione di una collettività di stranieri è legato a doppio filo con il principio di non discriminazione, del quale riflette altresì la formulazione³⁴⁶. Tale nesso è stato

new awareness, sensibility and commitment on the part of African Governments to deal with the root causes of refugees, the international community seems to be gradually losing the political will and moral obligation to support the efforts being undertaken on the Continent. Unfortunately, just as the 1980s have been aptly described as "a lost decade in development" for Africa, so too could the same decade be described as "a tragic decade for refugees" in Africa».

³⁴¹ HOFMANN, *Refugee Law in the African Context*, cit., p. 328.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ HENCKAERTS, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague-Boston-London, 1995, p. 99 ss.

³⁴⁴ RUTINWA, *The end of asylum? The changing nature of refugee policies in Africa*, UNHCR Working Paper No. 5, Geneva, 1999, p. 10.

³⁴⁵ Carta africana, art. 12, par. 5: «The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsions shall be that which is aimed at national, racial, ethnic, or religious groups»

³⁴⁶ OBINNA OKERE, *The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems*, HRQ, vol. 6, 1984,

espressamente riconosciuto e valorizzato dalla Commissione africana, nella cui prassi il principio di non discriminazione, contenuto nell'articolo 2 della Carta africana, è considerato l'altra norma cardine, insieme alla tutela della dignità umana, del sistema di protezione dei diritti umani in Africa³⁴⁷.

Partendo da queste premesse, la Commissione ha sostenuto che un'interpretazione restrittiva del divieto di espulsioni collettive recherebbe pregiudizio all'effettiva realizzazione del principio di non discriminazione e ha affermato che la norma contenuta nell'articolo 12, par. 5 è il presupposto per garantire il rispetto delle altre disposizioni convenzionali e, in quanto tale, nessuna deroga alla stessa può essere ammessa³⁴⁸.

11. Il contributo della Corte internazionale di giustizia all'interpretazione delle garanzie procedurali in caso di espulsione previste dalla Carta africana.

Il contenuto procedurale del divieto di respingimento nell'ambito dei diritti umani appare, allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale, decisamente più dettagliato di quello previsto dal regime di Ginevra³⁴⁹. Le garanzie procedurali riguardano anche e soprattutto gli stranieri entrati in modo irregolare nel territorio dello Stato, che si trovano in stato di privazione della propria libertà personale, in attesa dell'espulsione. Tale categoria di stranieri, la cui peculiare vulnerabilità è stata ampiamente riconosciuta, ha diritto a essere informata sui motivi della detenzione³⁵⁰ e a essere protetta contro il rischio di *refoulement*³⁵¹.

Questi aspetti sono stati considerati dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. Repubblica Democratica del Congo)*,

p. 141 ss., p. 155.

³⁴⁷ Commissione africana, *Malawi African Association et al. c. Mauritania*, nn. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98, 2000, par. 131. In argomento, OLANIYAN, *Civil and Political Rights in the African Charter: Articles 8-14*, in EVANS, MURRAY (eds.), *op. cit.*, p. 213 ss., p. 232.

³⁴⁸ Commissione africana, *Organisation Mondiale contre la Torture c. Ruanda*, nn. 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, 1996.

³⁴⁹ V. *supra*, cap. 2, par. 13.

³⁵⁰ In generale, sull'obbligo di informazione degli stranieri nel procedimento espulsivo v. *Sixth Report on the Expulsion of Aliens. Special Rapporteur Maurice Kamto*, UN Doc. A/CN.4/625/Add.1, Geneva, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2010, parr. 69-80.

³⁵¹ ExCom, *Safeguarding Asylum, Conclusion No. 82 (XLVIII)*, 1997, lett. d(iii); ExCom, *International Protection, Conclusion No. 85 (XLIX)*, 1998, lett. q); UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., parr. 189-223; ILA, *Resolution 6/2002 on Refugee Procedures (Declaration on International Minimum Standards for Refugee Protection)*, 2002, parr. 1, 5, 8.

che, come si è già osservato, rappresenta la prima pronunzia del tribunale universale in materia di espulsione di stranieri³⁵². Il caso riguardava un imprenditore della Guinea, il sig. Ahmadou Sadio Diallo, il quale, dopo aver risieduto per oltre trent'anni nel territorio della Repubblica Democratica del Congo, era stato ivi imprigionato per ben due volte nel corso del 1995 e del 1996, spogliato dei propri averi (investimenti, società, conti bancari, proprietà mobili ed immobili) ed infine, in data 2 febbraio 1996, espulso come diretta conseguenza degli sforzi messi in atto per ottenere il pagamento dei crediti di cui era titolare nei confronti del Governo congolese³⁵³. Tuttavia, la motivazione addotta dalla Repubblica Democratica del Congo, per giustificare prima l'arresto e poi l'espulsione coatta, era stata l'irregolarità dello *status* di residenza del Sig. Diallo³⁵⁴, cittadino straniero al quale peraltro tale motivazione era stata fornita soltanto al momento dell'espulsione, quando si era visto notificare un provvedimento di "refoulement" per clandestinità³⁵⁵.

In merito alla detenzione del sig. Diallo, la Guinea aveva sostenuto che questi fosse stato arrestato senza essere informato delle imputazioni a suo carico, in violazione dell'articolo 9, par. 2 del Patto sui diritti civili e politici del 1966³⁵⁶. Sul punto, la Corte internazionale ha accertato la violazione da parte del Congo dell'obbligo di informare il sig. Diallo che la propria detenzione era avvenuta nelle more dell'esecuzione di un decreto espulsivo emesso a suo carico³⁵⁷, aggiungendo, a sostegno della tesi della violazione del diritto ad essere informato, che la giustificazione addotta - ovvero il "refoulement" per residenza irregolare - non poteva essere ritenuta corretta³⁵⁸.

Prima di decidere, la Corte ha introdotto una puntualizzazione di carattere generale particolarmente interessante ai nostri fini, sostenendo che un obbligo di informazione (corollario del principio di *habeas corpus* formulato ai paragrafi 1 e 2 dell'articolo 9 del richiamato Patto del 1966³⁵⁹, nonché all'articolo 6 della

³⁵² ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, cit. *supra*, cap. 2, par. 11.

³⁵³ Ivi, par. 58 e 114. Più esattamente, il Sig. Diallo vantava dei crediti nei confronti di una società a partecipazione statale avente il monopolio sull'attività estrattiva, e delle compagnie di petrolio operanti in quel Paese (Zaire Shell, Zaire Mobil e Zaire Finca), in base a contratti conclusi tra le sue imprese, Africom-Zaire e Africacontainers-Zaire.

³⁵⁴ Ivi, par. 50.

³⁵⁵ Ivi, par. 85.

³⁵⁶ Ivi, par. 76 per l'analisi che la Corte fa delle doglianze della Guinea sul punto.

³⁵⁷ Ivi, par. 83-84.

³⁵⁸ Ivi, par. 85.

³⁵⁹ ICCPR, articolo 9: «1. *Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.* 2. *Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges*

Carta africana³⁶⁰) debba ritenersi sussistente rispetto a qualsiasi provvedimento nazionale comportante la privazione della libertà personale deciso ed eseguito dalle pubbliche autorità, indipendentemente dalla base normativa (penale o amministrativa) dello stesso e dagli obiettivi perseguiti³⁶¹. Da tale premessa, la Corte ha dedotto che un obbligo di informazione sussista in tutti i casi di detenzione amministrativa di stranieri in vista dell'allontanamento³⁶², indipendentemente dalla circostanza che il diritto interno qualifichi tale allontanamento come una misura di "espulsione" o di "respingimento"³⁶³.

Inoltre, tale giurisdizione ha ribadito che spetta alle autorità dello Stato che hanno proceduto all'arresto informare "senza indugio" e *proprio motu* la persona arrestata del diritto all'assistenza consolare, anche qualora questa non ne faccia richiesta, giacché la circostanza che l'assistenza non sia richiesta ben può dipendere dall'ignoranza dei propri diritti da parte del detenuto³⁶⁴.

La sentenza in esame offre altresì un importante chiarimento del contenuto normativo del divieto generale di espulsione degli stranieri regolarmente residenti. Come si è già avuto modo di approfondire³⁶⁵, un divieto generale di espulsione dei rifugiati regolarmente residenti è contenuto nella Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato all'articolo 32, par. 1 ed è altresì enunciato, nell'ambito dei diritti umani, all'articolo 13 del Patto del 1966 sui diritti civili e politici. In entrambi i casi, la formulazione della norma prevede le eccezioni dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale e una riserva assoluta di legge per la decisione di espulsione. Analogamente, la norma è contenuta in numerosi altri strumenti pattizi sui diritti umani, quali l'articolo 1 del Protocollo n. 7

against him».

³⁶⁰ Carta africana, art. 6: «*Every individual shall have the right to liberty and to the security of his person. No one may be deprived of his freedom except for reasons and conditions previously laid down by law. In particular, no one may be arbitrarily arrested or detained*».

³⁶¹ ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, cit., par. 77, in cui, a supporto della propria argomentazione, la Corte richiama il *General Comment N. 8* del 30 giugno 1982 del Comitato dei diritti umani (cfr. Comitato dei diritti umani, *CCPR General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Person)*).

³⁶² *Ibid.*: «*The scope of these provisions is not, therefore, confined to criminal proceedings; they also apply, in principle, to measures which deprive individuals of their liberty that are taken in the context of an administrative procedure, such as those which may be necessary in order to effect the forcible removal of an alien from the national territory*».

³⁶³ *Ibid.*: «*In this latter case, it is of little importance whether the measure in question is characterized by domestic law as an "expulsion" or a "refoulement"*». Sul punto v. l'opinione separata del giudice Cançado Trindade, ai parr. 56-64.

³⁶⁴ *Ivi*, par. 95. *Mutatis mutandis*, l'importanza dell'obbligo di informazione dei propri diritti, nel contesto dell'accesso alle procedure di asilo, è venuta ampiamente in evidenza nella sentenza *Hirsi* della Corte europea. V. *supra*, par. 3.

³⁶⁵ V. *supra*, cap. 2, par. 12.

allegato alla Convenzione europea, l'articolo 22, par. 6 della Convenzione americana e, come si è detto nel paragrafo che precede, l'articolo 12, par. 4 della Carta africana³⁶⁶.

Nel caso di specie, la Guinea aveva sostenuto che l'espulsione del sig. Diallo fosse avvenuta in violazione dell'articolo 13 del Patto del 1966 e dell'articolo 12, par. 4 della Carta africana³⁶⁷, nonché della normativa interna congolese³⁶⁸. A tal proposito, la Corte internazionale di giustizia ha, in primo luogo, ricordato che la valutazione del rispetto della normativa interna compete, in principio, alle stesse autorità statali, e che quindi non spetta alla Corte determinare se la decisione di espulsione sia "*in accordance with law*"³⁶⁹. Nondimeno, ha sostenuto che, nel caso di specie, l'espulsione del sig. Diallo non si fosse svolta nel rispetto delle garanzie procedurali previste dalla normativa congolese nelle ipotesi di allontanamento coatto e che il Congo avesse violato le disposizioni pattizie internazionali indicate dalla Guinea³⁷⁰. In altri termini, pur non potendo entrare nel merito della legittimità del decreto espulsivo in base al diritto congolese, la Corte non ha esitato a valutare gli aspetti procedurali e, su questa base, a sancire la violazione dell'articolo 13 del Patto del 1966 e dell'articolo 12, par. 4 della Convenzione africana.

Tali garanzie procedurali, ampiamente dettagliate dalla Corte internazionale nella sentenza *Diallo*³⁷¹, trovano applicazione - *a fortiori* - nei confronti di tutti i richiedenti asilo, indipendentemente dallo *status* giuridico di residenza, come osservato anche dal giudice Albuquerque della Corte europea che, nell'opinione separata allegata alla sentenza *Hirsi* ha operato un espresso richiamo alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Diallo*, a sostegno di questa tesi³⁷².

Le garanzie procedurali, che rappresentano il contenuto minimo, in termini positivi, dell'obbligo di *non-refoulement*, si riassumono nell'esigenza di garantire al richiedente asilo un lasso di tempo sufficiente a presentare la domanda, di predisporre interviste individuali delle persone che presentano siffatta domanda, di consentire la produzione di prove a sostegno della propria richiesta, anche quando il Paese di destinazione è considerato un "paese terzo

³⁶⁶ ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, cit., par. 68.

³⁶⁷ Ivi, par. 63.

³⁶⁸ Ivi, par. 69.

³⁶⁹ Ivi, parr. 70-71.

³⁷⁰ Ivi, parr. 72-74.

³⁷¹ V. ad es., ivi, parr., 70, 82, 83.

³⁷² Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque.

sicuro". Inoltre, è necessario che la decisione in merito alla richiesta di asilo sia scritta e motivata e provenga da un organo indipendente e imparziale, che abbia tenuto conto, nell'adottarla, della situazione generale del Paese di origine, ma altresì di quella personale del richiedente asilo. Inoltre, soddisfare l'obbligo di non respingimento impone allo Stato di consentire al richiedente asilo il diritto a un ricorso effettivo, e l'effetto sospensivo automatico della decisione di rigetto della domanda in prima istanza, nonché l'accesso immediato al giudice per la revisione del giudizio, il gratuito patrocinio, assistenza linguistica e libero accesso al supporto dell'Alto Commissariato³⁷³. Inoltre, giacché l'esercizio della *jurisdiction* nelle operazioni di sorveglianza dei confini e di gestione dell'immigrazione solleva la responsabilità statale rispetto alle obbligazioni contrattuali derivanti dai trattati specializzati sui diritti umani, le garanzie procedurali di esame individuale delle richieste di asilo e di divieto di espulsioni collettive non possono che valere anche nel caso di operazioni di interdizione nelle acque territoriali e in alto mare³⁷⁴.

³⁷³ Corte EDU, *Andric c. Svezia*, cit.; *Čonka c. Belgio*, cit., parr. 81-83, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, n. 25389/05, sent. 26 aprile 2007, parr. 66-67, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 301-302 e 388-389, su cui v. *infra* cap. 7; *I.M. c. Francia*, n. 9152/09, sent. 2 febbraio 2012, par. 154. CPT, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy from 27 to 31 July 2009*, cit., par. 27. Comitato dei Ministri, *Recommendation Rec (2003)5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on measures of detention of asylum seekers*, *Recommendation No. R (98) 13 of the Committee of Ministers on the right of rejected asylum seekers to an effective remedy against decisions on expulsion in the context of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, *Recommendation Rec (81)16 on the harmonisation of national procedures relating to asylum*; *Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures adopted by the Committee of Ministers on 1 July 2009*. Assemblea Parlamentare, *Recommendation 1327 (1997) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the "Protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylum seekers in Europe"*. UNHCR, *Improving Asylum Procedures: Comparative analysis and Recommendations for Law and Practice, Key Findings and Recommendations*, A UNHCR research project on the application of key provisions of the Asylum Procedures Directive in selected Member States, March 2010; UNHCR *Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive for Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status* (Council Document 14203/04, 9 November 2004), 10 February 2005. ECRE, *Information note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in member states for granting and withdrawing refugee status*, IN1/10/2006/EXT/JJ.

³⁷⁴ Sul punto, oltre alla sentenza Corte EDU, *Hirsi c. Italia*, cit., v. Assemblea Parlamentare del CdE, *Resolution 1821 (2011) 1 on the Interception And Rescue At Sea Of Asylum Seekers, Refugees And Irregular Migrants*, parr. 9.3-9.6.

12. La prassi delle consegne straordinarie al vaglio della Commissione africana: il caso Mohammed al-Asad c. Djibouti.

Occorre dar conto del fatto che anche la Commissione africana potrebbe dare il proprio contributo a quel filone di giurisprudenza internazionale che condanna le collaborazioni offerte da Stati parti di organizzazioni regionali e universali sui diritti umani al programma di carcerazione segreta della CIA, decidendo sul ricorso, tuttora pendente, nel caso *Mohammed al-Asad c. Djibouti*³⁷⁵.

Il caso, portato all'attenzione della Commissione nel 2009, riguarda la violazione di numerosi articoli della Carta africana, tra cui l'articolo 12, par. 4, in relazione alla collaborazione prestata dallo Stato di *Djibouti* alla CIA nel sequestro e nella detenzione segreta del ricorrente, un cittadino yemenita, trasferitosi in Tanzania (dove aveva stabilito la propria vita lavorativa e familiare) e prelevato nel 2003 dalla propria abitazione, condotto dalle autorità della Tanzania a Djibouti per essere interrogato e ivi detenuto in condizioni inumane e degradanti e, infine, consegnato agli agenti americani che lo avrebbero trasferito in diverse prigioni segrete tra l'Afghanistan e l'Est europeo dove sarebbe stato ancora torturato, fino al nuovo trasferimento in Yemen nel 2005 e al rilascio nel 2006, dopo sedici mesi, nell'impossibilità di stabilire qualsiasi legame tra Al-Asad e il terrorismo islamico³⁷⁶.

Nell'udienza richiesta dalla Commissione per valutare l'ammissibilità del ricorso, svoltasi il 2 novembre 2013³⁷⁷, le organizzazioni intervenienti nella veste di *amici curiae*³⁷⁸ hanno sollevato, *inter alia*, la violazione del divieto di respingimento tanto in relazione all'articolo 12, par. 4, essendo la consegna avvenuta in assenza di qualsiasi garanzia procedurale, quanto in relazione all'articolo 18 della Carta, sul diritto alla vita privata e familiare³⁷⁹.

³⁷⁵ Commissione africana, *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad c. Gibuti*, n. 383/2010, 2011.

³⁷⁶ V. Interights, *African Commission Urged to Take on Groundbreaking Extraordinary Rendition Case. Case against Djibouti is First to Challenge African Cooperation in CIA Secret Detention Program*. Press Release, 28.02.2011, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.interights.org/document/9/index.html>].

³⁷⁷ Commissione africana, 54th Ordinary Session: 22 October - 5 November 2013. Banjul, Gambia, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.achpr.org/sessions/54th>].

³⁷⁸ Si tratta di Global Justice Clinic e Interights. V. SATTERTHWAITTE, *African Commission Emerges as New Forum in Quest for Justice for Rendition Victims*, November 2, 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://justsecurity.org/2013/11/02/african-commission-al-asad-djibouti/>].

³⁷⁹ International Human Rights Clinic, Washington Square Legal Services, Inc, accessibile online all'indirizzo: [http://chrgj.org/wp-content/uploads/2013/01/Al-Asad_Complaint.-2009.pdf].

È interessante la formulazione della motivazione in base alla quale è ricostruita la responsabilità delle autorità di Djibouti per il *refoulement* del ricorrente, che ricalca le argomentazioni da ultimo utilizzate dalla Corte europea per condannare la Macedonia nel caso *El Masri*³⁸⁰:

«The circumstances of both the Applicant's detention in Djibouti and his transfer from Djibouti (including his treatment at the airport), combined with information that Djibouti knew or ought to have known about the risk of harm in such counter-terrorism measures, indicate that this risk was manifest. Djibouti handed him over despite this manifest risk»³⁸¹.

Queste premesse, cui si aggiunge il rilievo riconosciuto dalla Commissione africana alla lotta all'impunità e al diritto alla verità³⁸², lasciano ben sperare in una pronuncia che condanni le consegne straordinarie anche in Africa.

La Commissione potrebbe, inoltre, trovare ispirazione anche nella giurisprudenza nazionale, che ha affermato la sussistenza dell'obbligo di non respingimento rispetto alla consegna di individui condannati alla pena capitale. Ad esempio, può citarsi la sentenza della Corte costituzionale del Sudafrica del 27 luglio 2012 nel caso *Tsebe et al.*³⁸³, in cui tale corte ha negato la legittimità dell'estradizione di due persone verso il Botswana, in ragione del rischio di esecuzione della pena di morte. In precedenza, il Governo del Sudafrica aveva invitato il Botswana a produrre assicurazioni diplomatiche sul fatto che la pena capitale non sarebbe stata eseguita nel caso dei due estradandi e, pur essendo stato il responso dello Stato richiedente negativo, lo Stato richiesto aveva nondimeno deciso di estradare.

Di conseguenza, i legali dei due imputati (uno dei quali era intanto deceduto) avevano deciso di ricorrere dinanzi alla Corte costituzionale sudafricana che ha destituito di fondamento una ad una le eccezioni presentate dal Governo, contribuendo, in modo sostanziale, all'affermazione a livello africano dell'obbligo di *non-refoulement* verso Stati che pratichino la pena di morte. Molto interessante è il *reasoning* della Corte sudafricana sul punto: infatti, in risposta alla tesi governativa che non vi fosse un "rischio reale" che la sentenza di condanna a morte dei ricorrenti venisse effettivamente eseguita in Botswana, la Corte ha sostenuto la sufficienza della esistenza di una legislazione nazionale che preveda la pena capitale come legittimo strumento di

³⁸⁰ V. *supra* par. 6.

³⁸¹ International Human Rights Clinic, Washington Square Legal Services, Inc, cit.

³⁸² V. Commissione africana, *Robben Island Guidelines*, cit., parr. 16-19.

³⁸³ Sudafrica, *Tsebe et al. v. Minister of Home Affairs et al*, CCT 110/11, ZACC 16, 2012.

repressione di taluni reati a far attivare l'obbligo di *non-refoulement*, soprattutto in assenza di assicurazioni diplomatiche sulla commutazione della pena nel singolo caso di specie.

Peraltro, tale orientamento era già stato sviluppato dalla Corte sudafricana nel risalente caso *Khalifan Mohamed*³⁸⁴, in cui tale tribunale aveva rifiutato per le medesime ragioni l'extradizione verso gli Stati Uniti del ricorrente, accusato di essere coinvolto nel complotto ordito da Bin Laden e conclusosi nell'attacco all'Ambasciata statunitense in Tanzania, avvenuto il 7 agosto 1998. Nonostante l'esistenza di un accordo di estradizione tra Sudafrica e Stati Uniti, anche in questo caso la Corte costituzionale sudafricana aveva negato l'extradizione in assenza di assicurazioni diplomatiche che all'estradando non sarebbe stata inflitta la pena di morte³⁸⁵.

13. Il consolidamento del divieto di respingimento nel processo evolutivo dello statuto giuridico del migrante.

Si è detto in apertura che dalla protezione *par ricochet* in relazione al divieto di tortura e maltrattamenti non può dedursi *per se* uno *status* individuale cui sia legato un fascio di diritti fondamentali³⁸⁶. Per spiegare questo *output* bisogna ricondurre la vicenda dei beneficiari della protezione contro il respingimento all'interno del trattamento degli stranieri nel diritto internazionale.

Infatti, al contrario del regime dei rifugiati, la cui divaricazione dal diritto dei migranti poggia sul fondamento giuridico di un trattato internazionale che precisa lo statuto giuridico dei beneficiari³⁸⁷, lo sviluppo della protezione *par ricochet* ha risentito del fatto che nel diritto internazionale moderno l'universalismo dei diritti umani conviva con la previsione di eccezioni al godimento di taluni diritti fondamentali da parte degli stranieri. Ciò ha ostacolato la definizione di una sfera di diritti sostanziali in capo agli stranieri, beneficiari del divieto di respingimento, bloccando l'automatismo che discende

³⁸⁴ Sudafrica, *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, CCT 17/01, ZACC 18, 2001. V. anche *S v. Makwanyane and Another*, CCT 3/94, ZACC 3, 1995, in cui la Corte ha dichiarato incostituzionale la pena di morte in Sudafrica.

³⁸⁵ La Corte sudafricana si è ispirata alla sentenza della Corte suprema canadese nel caso *United States v. Burns*, (2001) 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.

³⁸⁶ V. *supra*, par. 2.

³⁸⁷ V. *supra*, cap. 2, par. 1 ss.

dal principio per cui i diritti fondamentali sono riconosciuti a tutti gli esseri umani, senza discriminazioni.

Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali da parte degli stranieri, contenute nella gran parte dei trattati specializzati sui diritti umani, sono fondate sull'assenza del legame di cittadinanza: purché legittime, vale a dire proporzionate e necessarie, esse non sono invalidate dal principio di non discriminazione, la cui operatività nella rimozione della disparità di trattamento tra cittadini e stranieri è talvolta espressamente esclusa da norme pattizie, talvolta discendente dai termini in cui è ricostruito il principio stesso³⁸⁸.

Nondimeno, occorre riconoscere che, negli ultimi decenni, lo statuto giuridico del migrante ha subito un'evoluzione di non poco conto³⁸⁹ proprio attraverso un più stringente sindacato operato dalle corti internazionali sulla legittimità delle distinzioni, tra cittadini e non cittadini, ma anche tra una categoria di migranti e l'altra, consentite dai rispettivi trattati³⁹⁰. Tale sindacato ha condotto alla graduale compressione delle ipotesi in cui il diritto internazionale reputa legittima, ovvero ragionevole e proporzionata, la distinzione tra cittadini e non cittadini in relazione all'applicazione dei diritti umani fondamentali. Ciò ha inciso sullo statuto giuridico degli stranieri³⁹¹, specie se in fuga dal Paese di origine, tanto in relazione all'estensione della protezione internazionale, quanto alla precisazione della portata e dei contenuti della protezione contro l'allontanamento.

Quanto al primo aspetto, viene in rilievo il rapporto tra "persecuzione" (nello *status* di rifugiato) e "danno grave" (nella protezione complementare)

³⁸⁸ V. *supra*, par. 6. Se si riporta questo discorso di ordine generale alla dinamica di sviluppo del non respingimento nell'alveo dei diritti umani, non stupisce che ai non cittadini, che non possono essere allontanati verso il Paese di origine o verso uno Stato terzo sicuro e che non godono dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, sovente non sia concesso altro che uno *status* di "tolerated person".

³⁸⁹ Per un'analisi compiuta e dettagliata si rinvia a NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, cit., p. 29 ss.

³⁹⁰ V. il rapporto conclusivo sui diritti dei non cittadini, presentato nel 2003 dal Relatore speciale Weissbrodt, nominato dalla Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite (Sottocommissione per la promozione e la protezione dei diritti umani): UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 May 2003. V. anche WEISSBRODT, *The Human Rights of Non-Citizens*, Oxford, 2008.

³⁹¹ Si pensi che il principio di non discriminazione protegge anche gli scafisti. La clausola di salvaguardia contenuta all'articolo 19 del Protocollo addizionale relativo al traffico di immigrati via terra, mare e aria, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2000, dopo aver ribadito il "principio di non allontanamento", stabilisce, al par. 2, che il protocollo debba essere interpretato e applicato in modo non discriminatorio nei confronti delle persone ritenute responsabili del traffico di migranti ai sensi dell'articolo 6 dello stesso.

e discriminazione, che abbiamo già avuto modo di analizzare³⁹². Come anticipato, il principio di non discriminazione e il sommo valore della dignità umana sono stati alla base di una rivisitazione interpretativa dei presupposti fondanti la protezione internazionale, consolidatasi nella prassi delle corti internazionali sui diritti umani, riconosciuta dall'Alto Commissariato³⁹³ e riprodotta nella giurisprudenza statale³⁹⁴.

Punto di partenza è l'assunto che una discriminazione grave nell'accesso ai diritti umani fondamentali ben possa integrare una minaccia alla vita, alla libertà e alla sicurezza di un individuo. La discriminazione non costituisce *per se* una fonte di persecuzione o di un danno grave, ma qualora essa abbia come risultato una grave lesione della dignità umana può essere considerata alla stregua di una "persecuzione" e, quindi, rappresentare la base giuridica del riconoscimento della protezione internazionale³⁹⁵.

Quanto alla portata del divieto di *refoulement*, il divieto di discriminazione tra categorie di stranieri è stato alla base dell'estensione del divieto di respingimento anche a coloro che non fossero rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra³⁹⁶.

Quanto alla ridefinizione dei contenuti del *non-refoulement*, la funzione del divieto di discriminazione è stata duplice: per un verso, ha contribuito a consolidare uno *standard* minimo di *due process* che deve essere rispettato dalle autorità competenti nei confronti di qualsiasi categoria di stranieri, al fine di consentire l'effettivo accesso alla protezione internazionale di chiunque ne abbisogni; per altro verso, ha indotto, almeno in una prospettiva progressiva, all'individuazione di una sfera di diritti umani, comprensiva di diritti sociali ed economici, dal cui godimento non possono essere esclusi gli stranieri privi di *status*, che nondimeno si trovano nello Stato ospitante perché non possono essere respinti.

In merito all'aspetto procedurale, il consolidamento degli obblighi di *due process* discendenti dal *non-refoulement* impone, *in primis*, un'intervista individuale, l'accesso in condizioni di eguaglianza alle garanzie procedurali avverso alla decisione di allontanamento, la definizione delle possibilità e delle

³⁹² V. cap. 2, par. 3 e cap. 4, par. 9.

³⁹³ *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria*, cit., par. 69.

³⁹⁴ MUSALO, *Claims for Protection Based on Religion or Belief: Analysis and Proposed Conclusions*, Geneva, UNHCR, 2002, *Legal and Protection Policy Research Series*, PPLA/2002/01.

³⁹⁵ WOUTERS, *op. cit.*, p. 57 ss.

³⁹⁶ V. *supra*, par. 8 dove si esamina la recente sentenza della Corte inter.am. nel caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, cit., parr. 134-135.

modalità di ricorso individuale nel caso in cui le procedure nazionali di asilo non vi si conformino. Ciò implica altresì il rafforzamento del divieto di espulsioni collettive. Siffatto divieto trova oramai sanzione in tutti i sistemi regionali di tutela dei diritti umani. Esso è sancito nell'articolo 12 del Patto del 1966 sui diritti civili e politici³⁹⁷, nell'articolo 4 del Protocollo n. 4 allegato alla CEDU³⁹⁸, nell'articolo 19, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'articolo 22, par. 9 della Convenzione americana³⁹⁹, nell'articolo 26, par. 2 della Carta araba dei diritti umani⁴⁰⁰, adottata dalla Lega degli Stati arabi nel 1994 e novellata nel 2004⁴⁰¹, nonché nell'articolo 25, par. 4 della Convenzione sui diritti umani e le libertà fondamentali della Comunità degli Stati Indipendenti⁴⁰². Si trova, inoltre, codificato nel diritto internazionale dei migranti, in specie nell'articolo 22, par. 1 della Convenzione internazionale sulla protezione dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie⁴⁰³. Peraltro, il divieto assoluto di espulsione di una collettività di stranieri, in tempo di pace, è stato riconosciuto come un principio generale di diritto internazionale⁴⁰⁴.

A ciò si deve aggiungere il precipitato dei rilievi mossi dalla Corte EDU all'Italia nel caso *Hirsi*, che equiparano le conseguenze giuridiche dei respingimenti di gruppi di migranti in mare a quelle delle espulsioni collettive dal territorio e che, come si vedrà nella terza parte del lavoro, hanno condotto, in tempi molto recenti, all'affermazione, nello spazio giuridico europeo, di un

³⁹⁷ OLANIYAN, *op. cit.*, p. 231: «*With respect to Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Human Rights Committee has stated that the right to reside in a place of one's choice within the territory includes protection against all forms of forced internal displacement*».

³⁹⁸ ZANIBONI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri nel diritto internazionale convenzionale, con particolare riguardo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, *Gli stranieri*, vol. 6, 2004, p. 615 ss.; ID., *L'interpretazione del divieto di espulsioni collettive i stranieri posto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, *Gli stranieri*, vol. 1, 2006, p. 35 ss.

³⁹⁹ Non si tratta di formulazioni sovrapponibili *in toto*. Infatti, dalla ricostruzione che precede, si delineano similitudini più accentuate tra, l'articolo 12 del Patto del 1966 sui diritti civili e politici, l'articolo 22 della Convenzione americana e l'articolo 12 della Carta africana rispetto a quelle tra le norme richiamate e l'articolo 4 del Protocollo n. 4 allegato alla Convenzione europea.

⁴⁰⁰ Lega degli Stati arabi, *Arab Charter on Human Rights* (Carta araba), 15 September 1994, revised on May 22, 2004, Art. 26, par. 2. In argomento, RISHMAWI, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?*, *HRLR*, vol. 5, 2005, p. 361 ss.

⁴⁰¹ Tale Carta non contiene una norma sul *non-refoulement*, ma stabilisce in termini inderogabili il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti e di estradizione dei rifugiati politici, rispettivamente agli articoli 8 e 28.

⁴⁰² *Commonwealth of Independent States Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, Minsk, 26 May 1995, 3 IHRR 1, 212 (1996).

⁴⁰³ *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, UNGA, Res. 45/158, 18 December 1990.

⁴⁰⁴ *Third Report on the Expulsion of Aliens*, *cit.*, par. 115.

diritto dei migranti “ripescati” in mare ad accedere al territorio dello Stato che li ha intercettati per chiedere asilo⁴⁰⁵.

In merito all’aspetto sostanziale della tutela, come ampiamente documentato nelle pagine che precedono⁴⁰⁶, il divieto di discriminazione è alla base di quella prassi giurisprudenziale, ascrivibile agli organismi internazionali investiti della protezione dei diritti umani, che tende a far avanzare i diritti umani dello straniero indipendentemente dalla regolarità dello *status* amministrativo di residenza⁴⁰⁷ e che interpreta le norme internazionali, che ammettono un trattamento differenziato per gli stranieri in posizione di irregolarità amministrativa, alla luce dei criteri di necessità e proporzionalità⁴⁰⁸. Tale approccio è riflesso con particolare pregnanza nella prassi del Comitato dei diritti sociali della Carta sociale europea, che tende a superare l’ostacolo dell’espressa esclusione, dal godimento dei diritti garantiti, dei cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare⁴⁰⁹ a partire dalla constatazione che siffatta previsione renda la Carta «*non enterirely adequate and “modern” as an instrument for the protection of human rights, that is, rights to be recognised and guaranteed to each and every human being*»⁴¹⁰.

Il riconoscimento in capo agli stranieri irregolari di una serie di diritti a prestazioni sociali ed economiche rappresenterebbe la tappa conclusiva di quel processo, che ha interessato i più recenti sviluppi normativi, tanto nazionali⁴¹¹

⁴⁰⁵ V. *infra*, cap. 6, par. 5.

⁴⁰⁶ Si rinvia, in particolare, alla prassi del Comitato contro la discriminazione razziale, analizzata nel capitolo precedente e alla giurisprudenza della Corte inter.am, di cui si è dato conto più sopra.

⁴⁰⁷ V. WEISSBRODT, *Prevention of Discrimination: the Rights of Non-Citizens*, Full Report of the Special Rapporteur submitted in accordance with the Sub-Commission decision 2000/103, Commission resolution 2000/104 and Economic and Social Council decision 2000/283, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23 and Add.1, 26 May 2003.

⁴⁰⁸ V. la disciplina dei diritti economici contenuta nell’ICCPR, art. 2, par. 3: «*Developing countries, with due regard to human rights and their national economy, may determine to what extent they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals*».

⁴⁰⁹ Carta sociale europea, par. 1 dell’Appendice allegata. In merito alla prassi, si veda su tutti *Defence for Children International (DCI) c. Belgio*, reclamo collettivo n. 69/2011, dec. 23 ottobre 2012, par. 34: «*the Committee considers that paragraph 1 of the Appendix should not be interpreted in such a way as to expose foreign minors unlawfully present in a country to serious impairments of their fundamental rights on account of a failure to give guarantee to the social rights enshrined in the revised Charter*».

⁴¹⁰ In questi termini PALMISANO, *Overcoming the Limits of the European Social Charter in Terms of Persons Protected: The Case of Third State Nationals and Irregular Migrants*, p. 3 (forthcoming).

⁴¹¹ Il divieto di discriminazione, contenuto nelle costituzioni di moltissimi Paesi, è “servito” al giudice interno per dichiarare l’obbligo statale di garantire allo straniero un accesso minimo alle prestazioni sociali ed economiche. V. ad es., Italia, Corte cost., sent. 16 dicembre 2011 n. 329, M.A.S.M. c. INPS.

quanto regionali⁴¹², e ha condotto all'attribuzione di particolari *status* agli stranieri "legalmente residenti" o il cui soggiorno avesse carattere "non episodico e di non breve durata" e previsto, in corrispondenza di tali *status*, un particolare regime, maggiormente garantista.

Tale processo testimonia dell'orientamento dei giudici nazionali e internazionali ad applicare una lente umanitaria alla valutazione delle situazioni di coloro che sono costretti ad emigrare e si trovano in modo irregolare sul territorio di uno Stato di cui non sono cittadini.

In quest'ottica, assume rilevanza la tesi per cui la previsione di uno *standard* differenziato (ovvero meno garantista) di trattamento per gli stranieri irregolari cui non può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato e che, al contempo, non possono essere "*refoulés*", possa configurare una violazione del principio di non discriminazione⁴¹³. Il filtro attraverso il quale, in una prospettiva *de jure condendo*, potrebbe realizzarsi questo passaggio è rappresentato dal concetto di "*peculiar vulnerability*", come sviluppato dalle corti internazionali in materia di diritti umani.

⁴¹² Tali sviluppi sono stati particolarmente significativi nei diritti dell'Unione europea e saranno delineati nel capitolo 6 del presente scritto. Per ora, basti qui richiamare lo *status* di soggiornante di lungo periodo, regolato dalla Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 che, nel 2011 è stato esteso anche ai beneficiari della protezione sussidiaria. Analogo concetto era sotteso all'idea di "cittadinanza civica", legata all'esigenza di "equo trattamento" degli stranieri legalmente soggiornante nell'Unione, obiettivo previsto nel Programma di Tampere del 1999 (punto 21 delle Conclusioni). In argomento, NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, cit., p. 39 ss. e p. 67.

⁴¹³ MCADAM, *Complementary Protection*, cit., p. 220; HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., p. 529: «I believe there is much to commend a second and more legally aggressive argument briefly alluded to by McAdam. Moving beyond the purely normative, she points to the utility of non-discrimination law as a basis for compelling states to grant non-removable others the same rights granted to non-removable refugees.' [...] Arguing that "there is no legal justification for distinguishing between the status of Convention refugees and beneficiaries of complementary protection," [...] McAdam asserts that "[t]o invoke the Convention refugee definition as intrinsically and exclusively legitimate in giving rise to a privileged alien status is ... both historically inaccurate and legally flawed." [...] Noting that international law "permits distinctions between aliens who are in materially different circumstances, but prohibits unequal treatment of those similarly placed," '95 she neatly sets the stage for invocation of the broad-ranging duty of equal protection of the law,⁹⁶ especially that set by Article 26 of the Civil and Political Covenant." Unless the differential allocation of rights between refugees and other non-removable, at-risk, non-citizens is demonstrably "objective and reasonable," the same rights must be extended to both groups. [...] As such, both in state parties to the Refugee Convention and in countries that grant refugees preferred rights in practice, the duty of equal protection is in my view a powerful basis upon which to assert the need to enfranchise the broad category of persons in receipt of protection against refoulement with refugees». V. anche MESSINEO, *op. cit.*, p. 154; POBJOY, *Treating Like Alike: The Principle of Non-Discrimination as a Tool to Mandate the Equal Treatment of Refugees and Beneficiaries of Complementary Protection*, Melbourne ULR, vol. 34, 2010, p. 181 ss.

Come si è detto, la *peculiar vulnerability* dei minori è il presupposto normativo di modalità di tutela più avanzate in tutte le prassi esaminate⁴¹⁴. Analogamente, la vulnerabilità delle donne migranti è stata alla base della previsione, nella Convenzione di Istanbul, dell'obbligo di proteggere le donne dal rischio di allontanamento, allorquando l'esecuzione della misura di espulsione nei confronti del coniuge colpisca anche la donna⁴¹⁵; e, ancora, ai sensi del medesimo trattato, le vittime di violenza, indipendentemente dal loro *status* o dal loro luogo di residenza, devono essere protette, mediante l'adozione di misure all'uopo previste negli ordinamenti interni degli Stati parti, dal rischio di *refoulement*, nell'ampia accezione di divieto «[to] be returned under any circumstances to any country where their life would be at risk or where they might be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment»⁴¹⁶.

A ciò occorre aggiungere la prassi interamericana in relazione alla tutela dei migranti irregolari, prassi in cui il divieto di discriminazione è stato qualificato come norma imperativa⁴¹⁷.

La "peculiare vulnerabilità" dei migranti irregolari è stata altresì asserita in numerose occasioni e con particolare incisività dall'Assemblea Generale, a partire dalla Risoluzione 54/166 del 2000⁴¹⁸.

⁴¹⁴ V. *supra*, cap. 4.

⁴¹⁵ Convenzione di Istanbul, art. 59. Ciò può avvenire nel caso in cui lo *status* di residenza della donna dipenda da quello del marito.

⁴¹⁶ Ivi, art. 60, par. 2.

⁴¹⁷ V. *supra*, par. 7.

⁴¹⁸ Resolution 54/166, *Protection of migrants*, A/RES/54/166, 24 February 2000, par. 5 del Preambolo: «[T]he situation of vulnerability in which migrants frequently find themselves, owing, inter alia, to their absence from their states of origin and to the difficulties they encounter because of differences of language, custom and culture, as well as the economic and social difficulties and obstacles for the return to their states of origin of migrants who are non-documented or in an irregular situation [imposes on all States the obligation] to protect fully the universally recognized human rights of migrants, especially women and children, regardless of their legal status». V. anche *Report of the World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance: Durban, 31 August - 8 September 2001*, A/CONF. 189/12 (2002) 5, par. 50. Sulla scorta di queste riflessioni, il Rapporteur speciale sui diritti dei migranti ha recentemente affermato che la peculiare vulnerabilità dei migranti è radicata proprio nella struttura escludente delle società di accoglienza. V. PIZARRO (Special Rapporteur), *Report on the Human Rights of Migrants*, UN Doc. E/CN.4/2000/82, (2000), pp. 15-16; Working Paper prepared by Jorge A. Bustamante, Chairman/Rapporteur of the Working Group of Intergovernmental Experts on the Human Rights of Migrants, UN Doc. E/CN.4/AC.46/1998/5, (1998). V. anche ID., *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 May 2009; *Report of the UN Special Rapporteur Human Rights of Migrants*, UN Doc. A/HRC/7/12, 25 February 2008. Analogamente, KAMTO (Special Rapporteur), *Fifth Report on the Expulsions of Aliens*, UN Doc. A/CN.4/611, (2009), par. 50. In argomento, DE VARENNES, *op. cit.*, p. 9; KRAUSE, *Stateless People and Undocumented Migrants: an Arendtian Perspective*, in SAWYER, BLITZ (eds.), *Statelessness in the European Union: Displaced, Undocumented, Unwanted*, Cambridge, 2011, p. 22 ss.; NOLL, *The Laws*

Inoltre, la rilevanza del principio di non discriminazione nella protezione dei migranti irregolari è stata enfatizzata dal Comitato delle Nazioni Unite sull'eliminazione della discriminazione razziale che, nella *General Recommendation XXX*⁴¹⁹ ha sottolineato che i diritti sanciti nella Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale debbano essere garantiti agli stranieri, indipendentemente dalla regolarità del loro *status* amministrativo e ha raccomandato agli Stati di rimuovere gli ostacoli che impediscono il godimento dei diritti economici, sociali e culturali agli stranieri, con particolare riguardo nei delicati settori dell'istruzione, della sanità, dell'accesso all'abitazione e al mondo del lavoro⁴²⁰.

Infine, il concetto di "*peculiar vulnerability*" è stato adoperato anche dalla Corte europea⁴²¹ che, peraltro, ha recentemente esteso la qualifica di "gruppo particolarmente vulnerabile" ai richiedenti asilo⁴²².

In conseguenza di tali sviluppi, nello spazio giuridico europeo il corrispettivo dell'obbligo statale di non respingimento è rappresentato dal diritto dello straniero all'ingresso e alla permanenza nel territorio dello Stato ospitante nelle more dell'esame della domanda di asilo⁴²³, nonché dal diritto a condizioni di vita dignitose durante la permanenza nel territorio dello Stato ospitante⁴²⁴, e, in ogni caso, a non essere deportato coattivamente verso un

of Undocumented Migration, EJML, vol. 12, 2010, p. 143 ss.; ID, *Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants*, EJML, vol. 12, 2010, p. 241 ss.

⁴¹⁹ *General Recommendation XXX on Discrimination against Non-Citizens*, 1 October 2002, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.refworld.org/docid/45139e084.html>], par. 29. V. altresì *General Recommendation XX: Article 5: Non-Discriminatory Implementation of Rights and Freedoms*, U.N. Doc. A/51/18 (1996), p. 124; *General Recommendation XI on Non-Citizens, (Article 1)*, 1993, U.N. Doc. A/48/18 (1994), p. 112. In argomento, BELL, *Invisible Actors? Irregular Migrants and Discrimination*, in BOGUSZ, CHOLEWINSKI, CYGAN, SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, 2004, p. 345 ss.

⁴²⁰ *General Recommendation XXX on Discrimination against Non-citizens*, cit., para. 29.

⁴²¹ In materia di protezione dei minori v. ad es., Corte EDU, *Rahimi c. Grecia*, n. 8687/08, sent. 5 aprile 2011. Inoltre, si ricorda che la Corte EDU si è pronunciata anche in materia di tratta degli esseri umani e ha sostenuto che tale reato è una grave violazione dell'art. 4 CEDU sul divieto di schiavitù, per cui gli Stati parti hanno l'obbligo positivo di adottare misure legislative ed operative che assicurino l'effettività della protezione delle vittime di tratta, nonché l'obbligo procedurale di investigare sulle situazioni in cui può presentarsi il reato di tratta. V. Corte EDU, *Siliadin c. Francia*, n. 73316/01, sent. 26 ottobre 2005; *Rantsev c. Cipro e Russia*, n. 25965/04, sent. 10 maggio 2010, parr. 283 ss., spec. par. 289.

⁴²² Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 231-233-251.

⁴²³ WOUTERS, *op. cit.*, p. 573.

⁴²⁴ V. *supra*, par. 6. In argomento, NASCIBENE, *Il Diritto di asilo. Gli standard di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standard internazionali*, in ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Atti del XV Convegno SIDI Bologna, 10-11 giugno 2010*, Napoli, 2011, p. 25 ss.

Paese in cui rischi di essere perseguitato, anche in caso di rigetto della domanda di asilo⁴²⁵.

In ultima analisi, il rilievo del principio di non discriminazione nel processo evolutivo dello statuto giuridico del migrante e nel consolidamento del divieto di *refoulement*⁴²⁶ «è uno degli aspetti più significativi dell'evoluzione del diritto internazionale dei diritti umani»⁴²⁷. Proprio attraverso il filtro della non discriminazione e delle istanze di accresciuta protezione di coloro il cui *status* amministrativo è precario, si è consolidata l'esigenza di considerare altresì «i rischi cui eventualmente lo straniero sarebbe esposto nel Paese di rinvio»⁴²⁸. A sua volta, il divieto di respingimento, fondamento normativo della “presenza legale” dello straniero nel territorio dello Stato, si va configurando come base giuridica degli obblighi di protezione e assistenza, in capo allo Stato ospitante, cui fa da contraltare l'accesso dello straniero a un livello minimo di diritti sociali⁴²⁹.

Dalla prospettiva di quest'analisi, siffatto approccio potrebbe “colmare” di contenuto positivo il divieto di respingimento, rendendolo costitutivo di una nuova tipologia di *status* di protezione internazionale, che, curiosamente, ricorderebbe il principio sancito nell'articolo 10, par. 3 della Costituzione italiana, in base al quale «[l]o straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge». Tuttavia, a differenza dell'articolo 10, par. 3 della nostra legge primigenia, il riconoscimento di un fascio di diritti in capo allo straniero sarebbe in ogni caso legato alla nozione di “gruppo particolarmente vulnerabile” sviluppata dalla giurisprudenza internazionale, il cui contenuto è, allo stadio attuale di sviluppo del diritto internazionale, assai ampio e disomogeneo⁴³⁰.

⁴²⁵ V. GIL-BAZO, *Asylum in the practice of Latin American and African States*, New Issues In Refugee Research, Research Paper No. 249, UNHCR, January 2013.

⁴²⁶ Ufficio dell'Alto Commissario Onu per i diritti umani, *Out of the Shadows: A Human Rights Perspective on Irregular Migration and Development. The Heart of the Post-2015 Development Agenda and the Future We Want for All Global Thematic Consultation*, October 2012, p. 5.

⁴²⁷ NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, cit., p. 75.

⁴²⁸ Ivi, p. 65.

⁴²⁹ In argomento, PALMISANO, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, DUDI, vol. 3, 2009, p. 509 ss.

⁴³⁰ Il problema di una conseguente disparità di trattamento è stato sollevato, ad esempio, dal giudice della Corte europea Sajò nella sua opinione parzialmente dissenziente relativa al caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., *Partially Dissenting Opinion of Judge Sajò*, in cui si sottolinea che i richiedenti asilo non sono un gruppo omogeneo quanto a caratteristiche identificative, per cui la loro qualificazione come “gruppo particolarmente vulnerabile” avrebbe richiesto una meglio circostanziata giustificazione. Anche in ragione di queste difficoltà, la ricostruzione di questo

14. La responsabilità degli Stati parti di trattati sui diritti umani per le potenziali violazioni del divieto di respingimento: verso una “fuga” dalla jurisdiction?

L'articolo di apertura tanto della Convenzione europea⁴³¹, quanto della Convenzione interamericana⁴³² e della Carta africana⁴³³, circoscrivono l'ambito di applicazione allo spazio giuridico sul quale gli Stati parti esercitano la propria “*jurisdiction*” e all'interno del quale sono tenuti ad assicurare agli individui il godimento dei diritti convenzionali.

Si è già detto, commentando la prassi del Comitato contro la tortura e del Comitato sui diritti umani, che il nesso tra *jurisdiction* e rispetto effettivo dei diritti è stato ampiamente sfruttato per far avanzare la protezione contro il rischio di respingimento⁴³⁴. La stessa dinamica ha interessato la prassi degli organi deputati a garantire il rispetto di trattati regionali sui diritti umani, in particolare quella della Corte europea che è stata a ragione definita come un «*laboratory for the understanding of the evolving notion of 'jurisdiction' in the era of globalisation*»⁴³⁵.

nuovo *status* nel diritto internazionale generale non appare come un'operazione realisticamente prospettabile nell'attuale stadio di sviluppo del diritto internazionale. In argomento, RAUX, *La politique d'asile de l'union européenne dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, vol. (88), 2011, p. 1023 ss., p. 1040; CLAYTON, *Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v. Belgium and Greece*, HRLR, vol. 11, 2011, p. 758 ss., p. 770. *Mutatis mutandis*, v. VEZZANI, *Il progetto di Dichiarazione sui diritti degli agricoltori: nuovi diritti germogliano?*, DUDI, vol. 7, 2013, p. 211 ss.

⁴³¹ CEDU, art. 1: «*The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*».

⁴³² Convenzione americana, art. 1: «*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*».

⁴³³ Carta africana, art. 1: «*The Member States of the Organization of African Unity parties to the present Charter shall recognize the rights, duties and freedoms enshrined in this Chapter and shall undertake to adopt legislative or other measures to give effect to them*».

⁴³⁴ GOODWIN-GILL, *The Extraterritorial Reach of Human Rights Obligations: A Brief Perspective on the Link to Jurisdiction*, in BOISSON DE CHAZOURNES, KOHEN (eds.), *International Law and the Quest for its Implementation/Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre*, Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas, Leiden, 2010, p. 293 ss., p. 306.

⁴³⁵ DE SCHUTTER, *Globalisation and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, in *Centre for Human Rights and Global Justice, Working Paper No. 9*, 2005, p. 3.

Inoltre, il concetto giuridico di *jurisdiction*, delineato dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel celeberrimo caso *Lotus*⁴³⁶, è stato sviluppato dai *monitoring treaty bodies* dei trattati regionali e universali sui diritti umani per imbrigliare la condotta degli Stati parti al di fuori dei confini territoriali, attraverso la formulazione di criteri di imputazione della responsabilità atti a disciplinare fattispecie in cui il *jurisdictional link* con il territorio dello Stato interessato fosse assente o irrilevante⁴³⁷, con la conseguenza che un'applicazione extraterritoriale di tali trattati fosse speculare a un avanzamento del grado di effettività della tutela dei diritti garantiti⁴³⁸ e all'esigenza di evitare che le parti contraenti eludessero gli obblighi da essi derivanti mediante l'esternalizzazione delle condotte vietate⁴³⁹. Peraltro, l'applicazione extraterritoriale dei trattati in materia di diritti umani, in ragione dell'oggetto e dello scopo degli stessi⁴⁴⁰, è stata in più occasioni sostenuta dalla stessa Corte internazionale di giustizia⁴⁴¹, che ha indirettamente negato la possibilità di derivare dalla norma contenuta all'articolo 29 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴⁴² l'esistenza di una presunzione generale di inefficacia extraterritoriale di tali strumenti pattizi⁴⁴³.

⁴³⁶ CPJI, *The Case of the S.S. "Lotus"*, Serie A, No. 10, sent. 7 settembre 1927, pp. 18-19: «[T]he first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention».

⁴³⁷ Corte EDU, *Issa c. Turchia*, cit., par. 71; *Banković et al. c. Belgio*, cit., par. 59; *Loizidou c. Turchia* cit., par. 52; *Ilasçu et al. c. Moldavia e Russia*, cit., par. 333. V. anche la Comunicazione dell'HRC, *Lopez c. Uruguay*, cit., par. 12.2 e *General Comment No. 31*, cit. V. MONACO, CURTI GIALDINO, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009; BARTOLINI, *Il concetto di "controllo" sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in SPINEDI, GIANELLI, ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006, p. 25 ss., p. 38 ss.; SALERNO, *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana*, RDI, 2009, p. 921 ss.; PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, 2007.

⁴³⁸ V. ad es., Corte EDU, *Factsheet – Extra-Territorial Jurisdiction of ECHR Member States*, June 2013, accessibile online all'indirizzo: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf].

⁴³⁹ MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, EJIL, vol. 20, 2009, p. 1223 ss., p. 1232; GIUFFRÉ, *Watered-Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v. Italy (2012)*, ICLQ, vol. 61, 2012, p. 728 ss., p. 731.

⁴⁴⁰ V. articolo 31, par. 1 della Convenzione di Vienna del 1969.

⁴⁴¹ ICJ, *Repubblica Democratica del Congo c. Uganda*, cit., p. 243, par. 216; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, cit., p. 179, par. 109.

⁴⁴² V. articolo 29 della Convenzione di Vienna del 1969: «Territorial scope of treaties. Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory».

⁴⁴³ ICJ, *Georgia c. Federazione Russa*, (2008), par. 109. Per un commento v. THIENEL, *Provisional Measures in the 'Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All*

Gli effetti che queste dinamiche hanno esplicitato sulla configurabilità di una responsabilità degli Stati in relazione alle potenziali violazioni dell'obbligo di *non-refoulement* sono stati dirompenti, anche e soprattutto laddove l'organo di controllo del trattato sui diritti umani ha ricavato l'obbligo in via pretoria, come nel caso del Comitato dei diritti umani e della Corte europea. In tali casi «*the implied obligation [of non-refoulement] plays a supportive role in rendering the expressly stated rights and obligations in the human rights treaty more effective, but is nevertheless an independent obligation, breach of which can be its own source of state responsibility*»⁴⁴⁴. E nondimeno, il Comitato o la Corte europea hanno potuto esplicitare al meglio la propria attività creativa e nomofilattica, in assenza di uno stringente vincolo normativo.

È nel sistema interamericano di tutela dei diritti umani che è stato inaugurato il filone giurisprudenziale che estende l'obbligo di *non-refoulement* alle operazioni di interdizione dell'immigrazione irregolare in alto mare. Infatti, come già si è avuto modo di accennare, nel capitolo secondo, la questione fu posta all'attenzione della comunità internazionale, dalla Commissione interamericana, nella decisione del caso *The Haitian Centre for Human Rights*⁴⁴⁵, in cui si dichiarava contraria all'obbligo di *non-refoulement* la prassi statunitense di respingimento dei migranti haitiani in mare.

In questa cornice, la recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hirsi* ha impresso un cruciale impulso al dibattito sull'estensione dell'obbligo di *non-refoulement* in alto mare al fine di rafforzare l'effettività della protezione da esso scaturente e di contrastare le tendenze della prassi statale dirette in senso opposto.

Il *quid novi* apportato dalla pronuncia nel caso *Hirsi* è dato non tanto dall'imputazione all'Italia della responsabilità per l'operazione di respingimento. Difatti, la sussistenza della "jurisdiction" italiana sulle operazioni di respingimento era pressoché pacifica, sia in base al diritto internazionale del mare che al diritto interno italiano e alla prassi giurisprudenziale di Strasburgo.

Forms of Racial Discrimination' (Georgia v. Russian Federation), GoJIL, vol. 1, 2009, p. 143 ss., p. 149 ss.

⁴⁴⁴ TRAPP, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁴⁵ Commissione inter.am., *Haitian Centre for Human Rights et al c. USA*, cit., par. 158. Per la successiva prassi degli Stati v. ExCom, *Interception of Asylum Seekers and Refugees: the International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, UN Doc. EC/50/SC/CPR.17, 9 June 2000.

È bensì significativo che la Corte abbia inteso ricostruire, in tale sentenza, i tratti salienti della propria giurisprudenza in materia di portata e limiti del concetto di giurisdizione, in quanto tale sforzo ermeneutico rende palese il tentativo di Strasburgo di raggiungere un fine ultroneo rispetto alla decisione del caso specifico, ovvero quello di elaborare un precedente che consenta, anche in ipotesi in cui il *jurisdictional link* con lo Stato parte sia meno spiccato, di censurare in ogni caso la tendenza, diffusa tra gli Stati membri dell'Unione europea, e da quest'ultima avallata, di traslare il punto di contatto tra il migrante e la sovranità dello Stato di destinazione in una "zona grigia", in cui l'imputabilità a quest'ultimo delle condotte ivi poste in essere non sia automatica.

Occorrerà, nel prossimo futuro, valutare come la risposta dell'Unione europea al fenomeno dei flussi migratori misti via mare possa essere condizionata dalla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hirsi*, ovvero se e in che misura essa possa essere utilizzata dal giudice ordinario in opposizione alle politiche migratorie nazionali ed europee che tendono ad operare una *traslatio* del confine ben oltre il territorio dell'Unione europea, in uno spazio tendenzialmente "anomico", in cui gli obblighi dei diversi attori coinvolti nelle operazioni di interdizione dei flussi migratori misti appaiono di difficile determinazione⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ Cfr. Corte EDU, I. M. c. *Francia*, cit., par. 80 ss.

PARTE TERZA

La tutela contro il refoulement nell'Unione europea

CAPITOLO VI

IL DIVIETO DI RESPINGIMENTO NELLO “SPAZIO GIURIDICO” EUROPEO: DAL DATO NORMATIVO ALLA PRASSI APPLICATIVA

*D'altronde non è possibile vietare l'accoglienza agli stranieri
o la partenza dei nostri concittadini alla volta di altri luoghi,
senza contare che daremmo l'impressione di essere rozzi e scortesi
presso gli altri uomini, ricorrendo a termini duri
come ai cosiddetti bandi agli stranieri,
e a costumi di vita prepotenti e inesorabili:
non dobbiamo pensare che sia un fatto di scarsa importanza
la buona o la cattiva fama presso gli altri.*

Platone,
Le Leggi, Libro quinto.

SOMMARIO: 1. La protezione internazionale nel diritto primario dell'Unione europea. – 2. La protezione internazionale nel diritto secondario dell'Unione europea. – 3. I punti deboli della tutela contro il *refoulement* nella fase di accesso alla protezione internazionale. – 4. Il rispetto del divieto di respingimento nella disciplina di contrasto dell'immigrazione irregolare. – 5. La normativa dell'Unione sul controllo delle frontiere e il rispetto del divieto di respingimento. – 6. (*segue*) L'*engagement* degli Stati europei nella “*war on terror*” e le flagranti violazioni del divieto di *refoulement*: la posizione del Parlamento europeo. – 7. Il contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione in materia di immigrazione e asilo: cenni. – 8. Verso il nuovo Sistema Europeo Comune di Asilo. – 9. (*segue*) La nuova Direttiva sulle qualifiche. – 10. (*segue*) Le Direttive adottate nel 2013. – 11. Luci e ombre di una tutela multilivello. – 12. Rilievi conclusivi sul concetto di “Spazio” di libertà, sicurezza e giustizia.

1. La protezione internazionale nel diritto primario dell'Unione europea.

A partire dal Trattato di Amsterdam, che ha provveduto a “comunitarizzare” il Titolo IV TCE e il cosiddetto *acquis* di Schengen¹, è stata introdotta nel gergo comunitario la nozione di “Spazio di libertà, sicurezza e

¹ Decisione del Consiglio 1999/435/CE, del 20 maggio 1999, che definisce l'*acquis* di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis*, (GUCE L 176 del 10/07/1999, pp. 1-16), art. 1 dell'Allegato A.

giustizia"² come ambito giuridico caratterizzato dalla condivisione tra gli Stati membri dell'Unione di un sistema coordinato di controlli alle frontiere esterne e di un regime comune dei visti³. Con la creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la competenza in materia di immigrazione e asilo ha iniziato gradualmente a traslare dal livello nazionale a quello europeo⁴, con una sostanziale compressione della discrezionalità statale nella gestione delle politiche migratorie e di asilo, ovvero in uno degli ambiti in cui gli Stati sono più gelosi delle proprie prerogative sovrane⁵. Nel Trattato di Lisbona, questa competenza concorrente⁶ è stata regolata da un'apposita disciplina, contenuta nel Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione⁷, nonché definitivamente assoggettata al metodo comunitario⁸ e alla piena giurisdizione della Corte di giustizia⁹. La protezione internazionale, e l'obbligo di *non-refoulement* che ne rappresenta il fulcro, entrano nel diritto dell'Unione attraverso una pluralità di "ingressi" normativi, che corrispondono a differenti livelli di tutela dello straniero.

Il primo livello di tutela è quello rappresentato dal diritto internazionale dei rifugiati, come codificato a livello universale nella Convenzione di Ginevra e

² V. art. 2, par. 4 e art. 29 TUE (GUCE C 325/11, 24.12.2002) e art. 61 TCE (GUCE C 325/33, 24.12.2002). L'art. 2 TUE pone tra gli obiettivi dell'Unione quello di «*conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia*». In argomento DRAETTA, PARISI, RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007.

³ Cfr. art. 2 Trattato UE.

⁴ Si pensi all'adozione del Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), GUUE L 105/1, 13 aprile 2006.

⁵ CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 335 ss.; BUONO, *From Tampere to The Hague and Beyond: Towards the Stockholm Programme in the Area of Freedom, Security and Justice*, *ERA Forum*, vol. 10, 2009, p. 333 ss.

⁶ V. art. 4, par. 2, lett. j) del TFUE, (GUUE C 83/47, 30.03.2010). A seguito del Trattato di Lisbona, la formula "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" è espressamente contemplata agli artt. 4, par. 2 e 67, par. 1 TFUE, nonché all'art. 3, par. 2 del TUE.

⁷ TFUE, Parte Terza: *Politiche dell'Unione e azioni interne*, Titolo V: *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (artt. 67-89), Capo I - Disposizioni generali (artt. 67-76); Capo II - Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (artt. 77-80); Capo III - Cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81); Capo IV - Cooperazione giudiziaria in materia penale (artt. 82-86); Capo V - Cooperazione di polizia (artt. 87-89).

⁸ Artt. 78 e 79 TFUE.

⁹ Come noto, infatti, fino a Lisbona, la competenza della Corte di giustizia era limitata sia per le materie del terzo pilastro sia per le materie del Titolo IV TCE (secondo quanto disponevano rispettivamente gli artt. 35 TUE e 68 TCE).

nel Protocollo di New York¹⁰. Tali strumenti pattizi internazionali, di cui sono parti tutti gli Stati membri dell'Unione, entrano nell'ordinamento giuridico europeo attraverso la porta principale, ovvero il diritto primario. Infatti, sono annoverati nell'articolo 78, par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, alla stregua di parametri di legittimità della politica europea in materia di protezione internazionale. Il richiamato articolo statuisce che:

«1. L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti»¹¹.

La Convenzione di Ginevra è richiamata in maniera sistematica negli strumenti di diritto secondario sulla base dei quali l'Unione ha sviluppato il suo sistema di protezione internazionale¹² e la sua funzione è stata altresì riconosciuta dalla giurisprudenza di Lussemburgo che ha sottolineato come dall'interpretazione del diritto dell'Unione¹³ «risulta che la Convenzione di Ginevra costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati e che le disposizioni della direttiva relative alle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato nonché al contenuto del medesimo sono state adottate al fine di aiutare le autorità competenti degli Stati membri ad applicare

¹⁰ V. *supra*, capp. 2 e 3. In argomento CANNIZZARO, *L'armonizzazione del diritto d'asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, RDI, 2001, p. 440 ss.

¹¹ Gli altri "trattati pertinenti" per gli Stati membri dell'Unione europea sono quelli richiamati *supra* nel capitolo quarto, ovvero la Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo, la Convenzione dell'ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, e i due Patti del 1966. A questi va aggiunta la CEDU.

¹² Dir. procedure 2005, *cons.* 2, 7, 13 del Preambolo e artt. 2 (a), (b), (f); 3, par. 3; 21, par. 1 (c); 27, par. 1 (b), (d); 31, par. 2 (a) e par. 4; all. II, (c); Dir. qualifiche 2004, *cons.* 2, 3, 8, 15, 16, 17, 24 e artt. 2 (b); 5, par. 3; 9, par. 1; 12, par. 1 (a); 14, par. 6; 20, parr. 1 e 6; 25, par. 1; Direttiva 2003/9/CE (Dir. accoglienza 2003) del Consiglio del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, GUUE L 31/18 del 6 febbraio 2003, *cons.* 2 e 16 del Preambolo e artt. 2, (a), (b), (e) e 3, par. 3; Reg. Dublino II, *cons.* 2. Stessa formulazione è riprodotta al *cons.* 3 del Regolamento (UE) N. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), GUUE L 180/31 del 29 giugno 2013, rifusione del Regolamento Dublino II (nel prosieguo Reg. Dublino III).

¹³ In particolare, la Corte si riferiva al terzo, sedicesimo e diciassettesimo considerando del Preambolo della Dir. qualifiche 2004.

*detta convenzione basandosi su nozioni e criteri comuni*¹⁴. Il sistema di protezione internazionale europeo, tuttavia, non si esaurisce negli obblighi che discendono dalla Convenzione del 1951 e dal Protocollo del 1967. A ciò occorre aggiungere, naturalmente, gli obblighi in materia di asilo e *non-refoulement* che derivano dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione cui, come noto, a partire dal Trattato di Lisbona, è riconosciuto lo stesso valore giuridico dei trattati¹⁵. L'articolo 18 della Carta, "diritto di asilo", prevede:

«Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea»¹⁶.

Il richiamo alla Convenzione di Ginevra, operato all'interno del catalogo europeo dei diritti umani, contribuisce a consolidare, anche nel diritto dell'Unione, la funzione umanitaria del trattato sui rifugiati¹⁷. Quanto alle conseguenze, è appena il caso di ricordare che la sussunzione della Carta in una norma di rango primario dell'Unione e la codificazione di un catalogo precettivo di diritti e doveri, vincolante tanto per le Istituzioni quanto per gli Stati (nella misura in cui la loro azione si situi nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea¹⁸), rafforza la cornice tradizionale entro la quale avviene la tutela dei diritti umani, già caratterizzata dalla collocazione dei diritti umani al vertice della gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione europea¹⁹ e dalla inclusione degli stessi nell'alveo dei principi generali, elaborati in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia²⁰.

L'articolo 18, peraltro, non è la sola norma della Carta di Nizza ad occuparsi della protezione internazionale. Il successivo articolo 19, rubricato "protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione", dopo aver sancito, al par. 1, il divieto di espulsioni collettive, contiene, al par. 2, una formulazione dell'obbligo di non respingimento decisamente ampia, in virtù della quale:

¹⁴ CGUE, *Salahadin Abdulla e al. c. Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08, sent. 2 marzo 2010, par. 52; *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-31/09, sent. 17 giugno 2010, par. 37; *Bundesrepublik Deutschland c. B. e D.*, C-57/09, C-101/09, sent. 9 novembre 2010, par. 77.

¹⁵ V. art. 6, par. 1 TUE.

¹⁶ Carta di Nizza, art. 18.

¹⁷ Sulla funzione umanitaria della Convenzione di Ginevra v. *supra*, cap. 4.

¹⁸ V. art. 3, par. 6, TUE, in base al quale l'Unione persegue i suoi obiettivi «in ragione delle competenze che le sono attribuite nei Trattati».

¹⁹ V. *infra*, cap. 7, par. 1.

²⁰ CGUE, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, C-4/73, sent. 14 maggio 1974, par. 4; v. anche *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, C-44/79, sent. 13 dicembre 1979, par. 23.

«Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti».

L'ambito di tutela garantito dall'articolo 19 della Carta di Nizza risulta più ampio di quello assicurato dall'articolo 33 della Convenzione sui rifugiati del 1951, sia perché trova applicazione rispetto a qualsiasi individuo (a rischio di pena di morte, tortura o maltrattamenti) che sia soggetto alla giurisdizione di uno degli Stati membri dell'Unione, sia perché non prevede eccezioni. Come confermato dai lavori preparatori della Carta, la formulazione dell'articolo 19 riflette gli sviluppi della norma che vieta il respingimento nell'alveo dei diritti umani²¹, *in primis* nella giurisprudenza di Strasburgo²².

E, invero, il secondo livello di tutela è rappresentato dalla Convenzione europea, *rectius* dal diritto "vivente" che discende dall'interpretazione della CEDU da parte della Corte di Strasburgo²³. Come noto, tale diritto ha fatto ingresso nell'ordinamento giuridico comunitario attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione ai "principi generali"²⁴ e si atteggia, alla stregua dei principi generali, a parametro di legittimità degli atti dell'Unione e a criterio interpretativo o di integrazione del loro contenuto. Il paragrafo 3

²¹ Ciò è confermato dai lavori preparatori della Carta di Nizza, dai quali emerge che nella redazione dell'articolo 19 si è tenuto conto della giurisprudenza della Corte europea in materia di allontanamento degli stranieri *ex* articolo 3 CEDU. V. Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, (2007/C 303/02): «Spiegazione relativa all'articolo 19 – Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione. Il paragrafo 1 di questo articolo ha significato e portata identici a quelli dell'articolo 4 del protocollo n. 4 della CEDU per quanto attiene alle espulsioni collettive. Esso è volto a garantire che ogni decisione formi oggetto di un esame specifico e che non si possa decidere con un'unica misura l'espulsione di tutte le persone aventi la nazionalità di un determinato Stato (cfr. anche articolo 13 del Patto relativo ai diritti civili e politici). Il paragrafo 2 incorpora la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 3 della CEDU (cfr. sentenze *Ahmed c. Austria*, cit. e *Soering c. Regno Unito*, cit.)».

²² Alla norma che vieta il *refoulement* a rischio tortura e maltrattamenti viene sempre più spesso e sempre più a ragione riconosciuta natura consuetudinaria. In relazione alle nostre valutazioni sulla natura dell'obbligo di non respingimento sviluppato nell'ambito dei diritti umani si rimanda ai capp. 4 e 5.

²³ Corte EDU, sentenza *Tyrer c. Regno Unito*, cit., *supra*, cap. 5.

²⁴ CGUE, *Stauder c. Ville d'Ulm – Sozialamt*, C-29/69, sent. 12 novembre 1969; *Stork & Cie c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, C-1/58, sent. 4 febbraio 1959. In argomento VILLANI, I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, vol. II, p. 1297 ss.; TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali* [Relazione presentata al seminario di studi tenuto presso la Corte costituzionale 'Diritto comunitario e diritto interno', Roma, 20 aprile 2007], *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 12, 2007, p. 734 ss.; SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, 2012, p. 338 ss.

dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea codifica questo "ingresso", riconoscendo che:

«I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»²⁵.

Tre sono i tratti caratterizzanti e distintivi della protezione contro il rischio di *refoulement* nello spazio giuridico europeo²⁶, nonché le ragioni che la rendono più avanzata rispetto a quella garantita dalla Convenzione di Ginevra.

Il primo elemento di avanzamento è rappresentato dalla portata oggettiva della protezione che, mentre come si è visto nella Convenzione di Ginevra è circoscritta alla salvaguardia del diritto alla vita e alla libertà²⁷, nella giurisprudenza di Strasburgo è riconosciuta in relazione a numerosi diritti umani, come il diritto alla vita (articolo 2), il divieto di tortura (articolo 3), il diritto alla libertà e alla sicurezza (articolo 5), il diritto ad un equo processo (articolo 6)²⁸.

Il secondo elemento che contribuisce a estendere la protezione è l'emancipazione di questo filone giurisprudenziale della Corte EDU dal riferimento a un ristretto numero di motivi di persecuzione che giustifichino il *non-refoulement*. In altri termini, il divieto di respingimento non rappresenta una specifica forma di protezione destinata a tutelare coloro che siano vittime di una precipua forma di rischio persecutorio, qualificata in base alla razza, alla religione, alla nazionalità, e via discorrendo. Né può dirsi che la Corte europea abbia ricavato un'estensione della portata del divieto attraverso un'interpretazione evolutiva di queste qualificanti. Più semplicemente, nella giurisprudenza di Strasburgo in materia di *refoulement*, la protezione *par ricochet* è stata ricavata da motivazioni apolitiche, legate all'esigenza di tutelare il supremo valore della dignità umana, esigenza cui segue il riconoscimento di tale forma di protezione complementare a chiunque vada incontro a un rischio di violazione dei propri diritti fondamentali, che si tratti di un malato terminale

²⁵ V. art. 6, par. 3 TUE.

²⁶ REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge/Antwerp/Portland, 2013. Sulla nozione di "spazio giuridico europeo" v. *mutatis mutandis*, CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2009.

²⁷ V. art. 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra.

²⁸ Questo per quanto riguarda i profili sostanziali. Per quanto riguarda quelli procedurali v. art. 13 CEDU e art. 4 del Protocollo 4.

che non possa essere adeguatamente assistito nel Paese di origine²⁹, o di una moglie afgana che debba, rientrando in patria, affrontare le ritorsioni del marito dal quale ha chiesto il divorzio³⁰ o finanche uno spacciatore di droga che, nel Paese di origine, debba affrontare le ire del cartello di distribuzione internazionale della droga cui era affiliato e che aveva tradito³¹.

Infine, l'ultimo *distinguo*, probabilmente il più pregnante, è rappresentato dall'assolutezza del divieto di *refoulement* ricavato dall'articolo 3 della CEDU, da cui discende l'impossibilità di invocare le eccezioni previste, invece, nel sistema di Ginevra e l'affermazione che la condotta penalmente repressibile dell'individuo che rischia la sottoposizione a tortura e trattamenti crudeli in seguito all'espulsione non può costituire un elemento rilevante nella valutazione del rischio corso dallo stesso in seguito all'allontanamento³². Tale formulazione dell'obbligo di *non-refoulement* nella giurisprudenza di Strasburgo riflette la circostanza che i diritti umani non sono attribuiti a particolari categorie di individui, ritenute meritevoli di tutela, ma riconosciuti a ogni individuo in quanto tale, in base al binomio "ciascuno/nessuno"³³.

Ora, questa è l'accezione dell'obbligo di *non-refoulement* che è stata fatta propria dal diritto dell'Unione europea attraverso l'articolo 6, par. 3 TUE. È in tal senso, quindi, che devono essere interpretate anche le norme di diritto derivato dell'Unione in materia di immigrazione e asilo.

Non è superfluo sottolineare che, in tale ambito, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione può svolgere e, come vedremo³⁴, ha svolto una fondamentale funzione di avanzamento della tutela contro il rischio di *refoulement*. Infatti, il riferimento contenuto nell'articolo 6, par. 3 TUE alle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"³⁵, e la collocazione dei diritti umani all'interno dei "principi generali" dell'Unione, consente alla Corte

²⁹ Corte EDU, *D. c. Regno Unito*, cit. Come si è detto, tuttavia, si tratta di un filone minoritario e, comunque, il diritto alla salute rappresenta un diritto rispetto al quale la Corte consente il *balancing test*. V. *supra*, cap. 5, par. 2.

³⁰ Corte EDU, *N. c. Svezia*, cit. È chiaro, infatti, che non può considerarsi quello delle "moglie" un "gruppo sociale" ai sensi dell'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra.

³¹ Corte EDU, *H.L.R. c. Francia*, cit.

³² Corte EDU, *Saadi c. Italia*, cit. Peraltro, come si è già notato (*supra* cap. 5, par. 1), l'assolutezza della protezione riguarda l'obbligo di *non-refoulement* ricavabile in via interpretativa dall'art. 3, mentre sono previste forme di contemperamento con le esigenze dello Stato di accoglienza rispetto alle altre garanzie riconosciute agli stranieri sottoposti a misure di allontanamento in relazione agli altri diritti.

³³ DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

³⁴ V. *infra*, par. 6 e cap. 7.

³⁵ CGUE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, sent. 17 dicembre 1970, par. 4.

di giustizia di continuare ad esercitare quell'azione giurisprudenziale creativa e nomofilattica da cui ha tratto origine la tutela dei diritti umani nel diritto dell'Unione, anche e *a fortiori* dopo la costituzionalizzazione della Carta di Nizza³⁶. D'altra parte, la tutela dei diritti umani nello spazio giuridico europeo è il risultato dell'apporto fornito da molteplici istanze giurisdizionali di livello nazionale e internazionale, operanti in ordinamenti giuridici distinti, la cui convergenza in ordine all'interpretazione del contenuto e dei limiti della protezione non può essere presupposta³⁷. La necessità di ricercare un coordinamento tra le diverse istanze diventa, in un settore come quello dei diritti umani, cruciale, giacché, in sua assenza, le tendenze alla frammentazione si traducono inevitabilmente in situazioni di disparità di trattamento³⁸.

2. La protezione internazionale nel diritto secondario dell'Unione europea.

Gli sviluppi di una normativa europea in materia di immigrazione e asilo hanno riguardato gli ultimi due decenni, giacché l'attribuzione di una competenza all'Unione in tale settore è un risultato relativamente recente del processo di integrazione europea. Come si è sottolineato nel paragrafo che precede, l'attribuzione all'Unione di una competenza (seppur in termini concorrenti) in tale ambito riflette la volontà degli Stati membri di costruire uno spazio europeo in cui potessero trovare affermazione i valori della libertà e della giustizia e in cui fosse al contempo garantita la sicurezza dei cittadini europei³⁹. La costruzione di una politica comune in materia migratoria è andata

³⁶ Sotto tale profilo anche la prossima adesione dell'Unione alla CEDU potrà contribuire ad avanzare la tutela dei diritti umani nello spazio giuridico europeo, pur imponendo la ricerca di meccanismi di coordinamento dell'operato delle due corti. V. *infra*, cap. 7.

³⁷ In argomento, VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo. Atti del Convegno interinale SIDI, Università della Calabria, 12 aprile 2010*, Napoli, 2012, p. 1 ss. PRECHAL, *Protection of Rights: How Far?*, in PRECHAL, VAN ROERMUND (eds.), *The Coherence of EU Law – The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, 2008, p. 155 ss.

³⁸ JACQUE, *La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux: quelques observations*, in DONY, BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 257 ss.; BULTRINI, *I rapporti con la Corte di giustizia nella prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in FRAGOLA (a cura di), *op. cit.*, p. 25 ss.

³⁹ Per un più ampio inquadramento della questione dell'asilo, NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, AIC, Annuario 2009, Napoli, 2010, p. 281 ss. V. anche LICASTRO, *L'immigrazione nell'Unione europea: un cammino difficile*, *Diritto&Diritti*, 2004,

di pari passo con il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di asilo, al fine di realizzare due principali obiettivi: per un verso, l'accoglienza dei richiedenti asilo e degli immigrati regolari e, per l'altro, il contrasto all'immigrazione irregolare.

Una tappa fondamentale nella determinazione degli indirizzi che avrebbero dovuto presiedere alle scelte normative dell'Unione è rappresentata dal Consiglio europeo di Tampere⁴⁰, in cui si è affermata la convinzione che le politiche migratorie e di asilo dovessero viaggiare su una sorta di "doppio binario", in grado di assicurare d'un canto la regolamentazione dei flussi migratori, dall'altro la tutela dei diritti dei migranti. L'impulso politico di Tampere ha aperto la strada alla prima fase di attuazione della politica europea di immigrazione e asilo, che si è concretizzata, nel primo decennio degli anni Duemila, nell'adozione di direttive recanti *standard* minimi in tema di accoglienza, nonché di regolamenti contenenti meccanismi integrati di controllo delle frontiere esterne e di gestione delle domande d'asilo⁴¹. Il risultato dell'attuazione della disciplina contenuta nella prima generazione degli strumenti in materia di asilo e di immigrazione avrebbe dovuto coincidere, nelle intenzioni, con gli obiettivi in seguito enunciati nell'articolo 78 del TFUE, che, come si è anticipato nel paragrafo che precede, prevede lo sviluppo di una politica comune in materia di protezione internazionale, che garantisca a qualsiasi cittadino di un Paese terzo una forma di protezione contro il respingimento⁴².

Quanto i mezzi adoperati fossero complessivamente idonei a raggiungere il fine auspicato è dubbio. Inoltre, la (presunta o reale) minaccia terroristica e la moltiplicazione degli sbarchi di migranti irregolari via mare sono state le cause (dichiarate) del *revirement* securitario degli indirizzi delle politiche europee di immigrazione e asilo, almeno a partire dal Programma adottato all'Aja dal

accessibile online all'indirizzo
[\[http://www.diritto.it/pdf_viewer?pdf=%2Farticoli%2Feuropa%2Flicastro.pdf\]](http://www.diritto.it/pdf_viewer?pdf=%2Farticoli%2Feuropa%2Flicastro.pdf).

⁴⁰ Si tratta del Programma adottato dal Consiglio europeo straordinario di Tampere del 15-16 ottobre 1999, accessibile online all'indirizzo:
[\[http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm\]](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm).

⁴¹ FAVILLI, *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, *Dir. imm. citt.*, 2009, p. 13 ss.; ID, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, *Dir. imm. citt.*, 2010, p. 13 ss.; DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE, Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 19 ss.

⁴² V. *supra*, par. 1.

Consiglio europeo nel 2004⁴³. Il contrasto all'immigrazione irregolare e la lotta alla tratta degli esseri umani hanno acquisito priorità assoluta nella convinzione che lo sfruttamento delle persone e lo *status* di irregolarità amministrativa dello straniero fossero deleteri e pericolosi per l'economia e la sicurezza di tutta l'Unione⁴⁴.

Fatta questa premessa di ordine generale, il contenuto e i limiti degli strumenti normativi sui quali si è fondato lo sviluppo del sistema di protezione internazionale dell'Unione europea sono stati indagati da una copiosa letteratura⁴⁵ e il loro esame in dettaglio esula dalle possibilità del presente lavoro, necessitando uno sforzo monografico a se stante. Qui, giova esaminare l'aspetto di maggiore interesse ai nostri fini, vale a dire quello della configurazione della protezione contro il respingimento nello spazio giuridico europeo. Punto di partenza è riconoscere che gli strumenti adottati dall'Unione

⁴³ *Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea* (2005/C 53/01), par. 1: «[l]a sicurezza dell'Unione ha assunto nuova urgenza [per cui] i cittadini dell'Europa si aspettano [...] che l'Unione europea, pur garantendo il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, assuma un approccio comune di fronte a problemi transfrontalieri come la migrazione clandestina». In argomento, ADINOLFI, *Politiche dell'immigrazione dell'Unione europea e lotta al terrorismo*, DUDI, n. 3, 2008, pp. 483-511.

⁴⁴ È stata a tal fine adottata il 18 giugno 2009 la Direttiva 2009/52/CE recante sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari, nonché, in tempi recenti, il 5 aprile 2011, la Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

⁴⁵ Per un'attenta analisi del diritto dell'Unione in materia di immigrazione, asilo e tratta degli esseri umani si rinvia a NASCIBENE, ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; CARELLA ET AL., *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; NASCIBENE, *Il diritto di asilo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Milano, 2011, p. 105 ss.; ID., *Il futuro della politica europea di asilo*, Working Paper n. 25, ISPI, giugno 2008; ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, RDI, 2009, p. 669 ss.; ID., *La politica dell'immigrazione dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, *Rassegna dir. pub.*, vol. 10, 2011, p. 13 ss.; CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, L'Aquila, 2008, p. 101 ss.; CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 133 ss.; CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 22 ss.; BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, p. 233 ss.; DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in CALAMIA, DI FILIPPO, GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 160 ss.; KAUNERT, LÉONARD, *The European Union Asylum Policy after the Treaty of Lisbon and the Stockholm Programme: Towards Supranational Governance in a Common Area of Protection?*, RSQ, vol. 31, 2012, p. 1 ss.; CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Paris, 2007, p. 153 ss.; SPATIL, *Richiedenti asilo e "paesi sicuri". La disciplina comunitaria a confronto con il diritto internazionale a tutela dei rifugiati e con i diritti fondamentali dell'individuo*, in RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni*, Milano, 2007, p. 45 ss., pp. 181 ss.; DE PASQUALE, *Il diritto d'asilo nell'Unione europea. Recenti sviluppi*, *Rassegna dir. pub.*, vol. 10, 2011, p. 51 ss.

in materia hanno in ogni caso delineato un sistema di protezione internazionale estremamente complesso e articolato, in cui l'ambito di applicazione del divieto di respingimento è esteso ben al di là della protezione dei rifugiati⁴⁶.

In tale sistema sono stati codificati gli sviluppi del diritto dei rifugiati in materia di protezione temporanea⁴⁷, per garantire che le prassi e le normative degli Stati si conformassero a uno *standard* minimo di trattamento degli stranieri nei casi di afflusso massiccio di sfollati⁴⁸. Inoltre, al tradizionale *status* di rifugiato è stata affiancata una nuova forma di protezione, sconosciuta al diritto dei rifugiati e solo parzialmente derivabile dalla protezione complementare⁴⁹. Essa discende dalla tutela *par ricochet* offerta dalla Corte EDU agli stranieri in relazione a numerosi diritti contenuti nella CEDU e rappresenta una delle forme di protezione complementare più avanzate e più intrusive della sovranità nazionale degli Stati⁵⁰.

Come si è detto, tale tutela può interdire la consegna di qualsiasi straniero che, nel Paese di provenienza, rischi di essere sottoposto a condotte in contrasto con le norme che costituiscono il "nocciolo duro" della CEDU, naturalmente purché siano integrate le condizioni all'uopo previste nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵¹. Sulla scorta di questi sviluppi, nel diritto dell'Unione, il divieto di respingimento è divenuto la fonte costitutiva di un nuovo *status* di protezione - quello di protezione "sussidiaria"⁵², che risponde all'esigenza di tutelare gli stranieri la cui condizione non integra i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ma che non possono essere respinti in

⁴⁶ Dir. qualifiche 2004, *cons. 3*, che definisce la Convenzione di Ginevra «*pietra angolare della disciplina internazionale relativa ai rifugiati*».

⁴⁷ Direttiva 2001/55/CE (Dir. protezione temporanea) del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (GUUE L 212/12, 7.8.2001).

⁴⁸ Ivi, art. 3, par. 2 e art. 6, par. 2.

⁴⁹ V. *supra*, cap. 5.

⁵⁰ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., in cui la Corte indica i mezzi attraverso i quali lo Stato italiano deve eseguire la sentenza.

⁵¹ V. *supra*, cap. 5, parr. 1 ss.

⁵² UE, COM(2001) 510 fin., 12.09.2001, p. 26: «*Chapter IV. Qualification for subsidiary protection status. This Chapter further defines the international protection category of "subsidiary protection", which has been developed to complement the category of "refugee" interpreted in Chapter III. No specific EU acquis directly related to subsidiary or complementary protection exists but the ECHR and the case law of the European Court on Human Rights provides for a legally binding framework, which informed the choice of categories of beneficiary in this Proposal. The categories and definitions of persons listed in this Chapter do not create completely new classes of persons that Member States are obliged to protect but represent a clarification and codification of existing practice. The three categories listed below in paragraph 2 of this Article are drawn very much from the disparate Member State practices and are believed to encompass the best ones*».

ossequio alla nozione di *refoulement* elaborata nell'alveo dei diritti umani e sono, perciò, ritenuti meritevoli di tutela. Tali "richiedenti protezione internazionale" si vedono riconoscere uno *status* che è "agganciato" al rischio effettivo di subire, in caso di allontanamento, un "grave danno"⁵³, derivante dall'inflizione di una condanna a morte o dall'esecuzione della pena capitale, dalla sottoposizione a tortura o a trattamenti crudeli, inumani o degradanti e, infine, da «*la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*»⁵⁴.

Sulla delicata questione del rapporto tra la protezione indiretta garantita da Strasburgo agli stranieri *ex* articolo 3 CEDU e il contenuto della nozione di "danno grave" ai fini dell'eleggibilità allo *status* di protezione "sussidiaria" nel diritto dell'Unione torneremo a breve.

Giova chiarire sin da subito, però, che questo nuovo *status* non si estende *ratione personarum* a tutte le ipotesi in cui può prospettarsi un'interdizione dal respingimento sulla base degli obblighi internazionali degli Stati membri, essendo corredato da clausole di esclusione, la cui portata è invero assai ampia e non limitata ai delitti non politici⁵⁵.

Invero, nel diritto dell'Unione, le ipotesi di esclusione dalla protezione sono previste anche in relazione allo *status* di rifugiato⁵⁶ e alla protezione temporanea⁵⁷. Inoltre, in relazione allo *status* di rifugiato, l'articolo 21 della Direttiva sulle qualifiche, rubricato "protezione dal respingimento", prevede anche le classiche eccezioni di cui al paragrafo 2 dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra. Infatti, dopo aver affermato al paragrafo 1 dell'articolo 21 che gli Stati membri dell'Unione sono tenuti al rispetto di siffatto obbligo «*in conformità dei propri obblighi internazionali*», statuisce al par. 2:

«Qualora non sia vietato dagli obblighi internazionali previsti dal paragrafo 1, gli Stati membri possono respingere un rifugiato, formalmente riconosciuto o meno, quando: a) vi siano ragionevoli motivi per considerare che detta persona rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova; o b)

⁵³ Dir. qualifiche 2004, art. 2, lett. e) e art. 15.

⁵⁴ Ivi, art. 15, lett. c).

⁵⁵ Ivi, art. 17. In argomento, CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 234-235.

⁵⁶ Ivi, art. 12.

⁵⁷ V. l'articolo 28 della Direttiva in materia di protezione temporanea, che esclude dal beneficio della protezione temporanea nell'Unione europea uno sfollato sulla base di criteri che ricalcano, integrandole, le clausole eccezionali contenute all'articolo 1 F della Convenzione di Ginevra in relazione alla procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato (al par. 1) e le cause di esclusione dalla protezione contro il *refoulement* contenute al par. 2 dell'articolo 33 del medesimo trattato internazionale (al par. 2).

che, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, detta persona costituisca un pericolo per la comunità di tale Stato membro»⁵⁸.

Ciò reitera e, se vogliamo, esaspera la natura premiale della protezione internazionale, che è riconosciuta solo a coloro che possono “meritarla”⁵⁹, consentendo che vi siano, nello spazio giuridico europeo, stranieri che non possono essere allontanati (perché a rischio di subire tortura nel Paese di origine) e si trovano, privi di qualsiasi forma di assistenza sociale, nel territorio dello Stato membro dell’Unione in attesa che si faccia avanti uno Stato terzo “sicuro” disposto ad accoglierli⁶⁰.

Si tratta di persone la cui presenza è meramente tollerata. Come già anticipato nella parte prima del presente lavoro⁶¹, il diritto dell’Unione non è, tuttavia, totalmente indifferente rispetto a queste ipotesi, dal momento che lascia la facoltà agli Stati membri di escludere dall’ambito di applicazione delle direttive comunitarie in materia di contrasto all’immigrazione irregolare gli stranieri che, pur privi di regolare titolo di soggiorno, godano della sospensione temporanea dell’allontanamento.

D’altra parte, il rispetto del *non-refoulement* è imposto anche negli atti dell’Unione in materia di contrasto dell’immigrazione irregolare, come nella Direttiva del 2008 sul rimpatrio degli immigrati irregolari, che impone il rinvio dell’esecuzione della misura di allontanamento nei casi in cui vi sia un rischio di *refoulement*⁶², e nel Codice Frontiere Schengen del 2006, per assicurare

⁵⁸ Dir. qualifiche 2004, art. 21, par. 2. La direttiva, all’art. 14, par. 4 prevede la possibilità di revocare lo *status* di rifugiato per ragioni di sicurezza nazionale.

⁵⁹ Sulle conseguenze in materia di rapporti tra il diritto dell’Unione e la giurisprudenza di Strasburgo si tornerà nel capitolo che segue.

⁶⁰ Parte della dottrina non ritiene appropriato, nell’attuale stadio di sviluppo del diritto internazionale, che l’impalcatura della protezione internazionale si basi sulla discriminazione tra coloro che “meritano” la protezione e coloro che non ne sono meritevoli, in quanto ciò non rifletterebbe una prospettiva umanitaria. V. ad es. SAUL, *Protecting Refugees in the Global “War on Terror”*, cit., p. 13: «*The denial of protection in refugee law to persons because they are ‘unworthy’ is plainly outdated given developments in modern human rights law. Human rights are rights, not privileges, and cannot be suspended for bad behaviour. While the human rights of serious domestic criminals may be limited on objective, public interest grounds (for instance, imprisonment is a legitimate restriction on freedom of movement), a serious domestic criminal cannot be racially vilified or sexually harassed – unlike persons excluded from refugee status who may be returned to such treatment. Domestically, States do not permit criminals to face persecution or discrimination simply because they become ‘undeserving’ of protection. Perhaps it is time to revise the Refugee Convention to more fully respect human dignity.*».

⁶¹ V. *supra*, cap. 2.

⁶² Direttiva 2008/115/CE (Dir. rimpatri) del Parlamento europeo e del Consiglio sulle norme e procedure applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GUUE L 348/98, del 24 dicembre 2008, art. 9, par. 2 e 3, in cui peraltro si consente

rispettivamente che le procedure di rimpatrio siano condotte in maniera da non ledere le garanzie procedurali che derivano dal *non-refoulement*⁶³ e che le attività di sorveglianza della frontiera esterna avvengano in maniera compatibile con l'esigenza di garantire a qualsiasi richiedente asilo l'accesso alla protezione internazionale⁶⁴.

Infine, dal punto di vista del riparto dell'onere dell'accoglienza dei richiedenti asilo, l'allocatione delle domande di protezione all'interno degli Stati membri è stata disciplinata nel Regolamento Dublino II, al fine di evitare che vi fossero persone bisognose di protezione internazionale delle cui istanze nessuno Stato membro intendesse assumere la responsabilità⁶⁵.

In sintesi, quindi, il sistema di protezione internazionale⁶⁶ dell'Unione europea è un sistema in cui il divieto di respingimento svolge funzioni diverse. Nell'ambito dello *status* di rifugiato, esso riproduce la configurazione tradizionale di "diritto" del rifugiato a non essere *refoulé*. Nella protezione temporanea, che è concessa su basi collettive, è la circostanza che gli sfollati non possano tornare nel Paese d'origine che determina l'individuazione di uno *standard* minimo di trattamento che deve essere loro riconosciuto nei Paesi membri⁶⁷ e che cessa nel momento in cui viene accertato che «*la situazione nel paese d'origine consente un rimpatrio sicuro e stabile*»⁶⁸. Riguardo allo *status* di

agli Stati di imporre a questa categoria di stranieri un obbligo di dimora (v. art. 7). Analogamente, Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GUUE L 168/24 del 30 giugno 2009, art. 3, par. 3: «*Uno Stato membro può decidere di non applicare il divieto di [assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare] ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare e il cui allontanamento è stato differito e che sono autorizzati a lavorare conformemente alla legislazione nazionale*»

⁶³ Dir. rimpatri, *cons.* 8, art. 4, par. 4 (b); art. 5; art. 9, par. 1, (a).

⁶⁴ Codice frontiere Schengen, è l'atto attraverso il quale si è tentato di armonizzare il *corpus* legislativo che regolava la cooperazione Schengen, rafforzandone la coerenza globale. V. art. 3, lett. b), art. 13 e *cons.* 20. L'articolo 12 individua la precipua funzione delle attività di sorveglianza delle frontiere nella necessità di impedire l'attraversamento non autorizzato, nonché in quella di «*lottare contro la criminalità transfrontaliera e di adottare misure contro le persone entrate illegalmente*». Il successivo articolo 13, tuttavia, ammette per gli Stati la possibilità di procedere al respingimento degli stranieri intercettati, solo nel rispetto delle norme relative al diritto d'asilo ed esclusivamente attraverso un provvedimento motivato che indichi le ragioni precise di tale respingimento.

⁶⁵ All'esame del meccanismo di Dublino è dedicato il prossimo capitolo.

⁶⁶ Qui la nozione di "protezione internazionale" è usata in senso atecnico e quindi non assimilabile a quella contenuta nell'articolo 2, lett. a) della Dir. qualifiche 2004, che la limita allo *status* di rifugiato e a quello di protezione sussidiaria.

⁶⁷ Dir. protezione temporanea, art. 1 e artt. 8 ss., spec. art. 13.

⁶⁸ Ivi, art. 6, par. 2. Si ricorda che, ai sensi degli artt. 5 e 6, tanto l'esistenza quanto la cessazione dell'emergenza "afflusso massiccio di sfollati" sono accertate con una decisione del Consiglio, cui è subordinata l'operatività delle altre disposizioni contenute nella direttiva.

persona eleggibile alla protezione sussidiaria, il *non-refoulement* svolge al contempo una funzione costitutiva dell'eleggibilità alla protezione del singolo individuo e di tutela di cui questi gode dopo il riconoscimento della stessa. È la prima volta che dall'interdizione dal respingimento viene derivato un fascio di diritti in capo al singolo che non può essere allontanato.

Nondimeno, come si è detto, nel diritto dell'Unione, l'ambito di applicazione del *non-refoulement* travalica quello dello *status* di protezione "sussidiaria" da esso derivato. In questo senso, il divieto di respingimento è al contempo il fulcro del sistema di protezione internazionale dell'Unione e il limite delle politiche europee in materia migratoria. È significativo che nell'originaria formulazione della norma sulla protezione contro il respingimento, contenuta nella proposta di Direttiva sulle qualifiche della Commissione, presentata nel 2001, si prevedesse in capo agli Stati membri non solo un obbligo di rispettare il principio di *non-refoulement*, ma anche un divieto di espellere tutti coloro che godessero di una forma di protezione internazionale⁶⁹. L'ampiezza dell'ambito di applicazione del *non-refoulement* veniva esplicitata nel commentario allegato alla proposta di Direttiva, in cui si legge:

«In accordance with Articles 32 and 33 of the Geneva Convention, this Article confirms the Member States' obligation not to expel refugees and to respect, in relation to them, the principle of non-refoulement. It confirms, in accordance with The European Convention on Human Rights, the same obligation in relation to the victims of torture or inhuman or degrading treatment or punishment. Finally, it requires Member States to not expel the beneficiaries of the other forms of subsidiary protection and to respect, in relation to them, the principle of non-refoulement within the same limits laid down in Articles 32 and 33 of the Geneva Convention»⁷⁰.

⁶⁹ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione*, COM(2001) 510 fin., 12.09.2001, p. 49: «Article 19. Protection from refoulement and expulsion. Member States shall respect the principle of non-refoulement and shall not expel persons enjoying international protection, otherwise than in accordance with their international obligations».

⁷⁰ Ivi, p. 29. Forse, se fosse passata l'impostazione proposta dalla Commissione, si sarebbe potuto affermare che l'articolo richiamato codificasse una nozione onnicomprensiva di *non-refoulement*, ricomprendente tutte le norme internazionali che attualmente vietano l'allontanamento degli stranieri a rischio (e le relative forme di tutela). In tal senso, MESSINEO, *op. cit.*, pp. 154-155.

3. I punti deboli della tutela contro il *refoulement* nella fase di accesso alla protezione internazionale.

Al di là dell'indubbio progresso che i testi normativi della prima fase hanno consentito sulla via del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, essi sono stati sovente criticati per la loro ambiguità e scarsa incisività, che li ha resi assimilabili a un "ombrello", sotto il quale far rientrare le prassi e le legislazioni già vigenti negli Stati membri. I maggiori limiti della protezione contro il *refoulement* riguardano la formulazione delle presunzioni di "sicurezza" dei Paesi - membri o terzi - verso i quali il non cittadino viene allontanato, nonché le procedure di esternalizzazione dell'esame delle domande di protezione internazionale.

Si tratta di presunzioni che incidono sull'aspetto procedurale dell'accesso alla protezione, aspetto cui pure è attribuita rilevanza nel diritto dell'Unione. Infatti, l'articolo 6 della Direttiva procedure prevede che spetta agli Stati membri provvedere «*affinché ciascun adulto con capacità giuridica abbia il diritto di presentare una domanda di asilo*»⁷¹ e «*le autorità cui potrebbe rivolgersi chi intende presentare domanda d'asilo siano in grado di fornire indicazioni sulle modalità e sulle sedi per la presentazione della domanda e/o per chiedere che le autorità in questione trasmettano la domanda all'autorità competente*»⁷². Inoltre, l'articolo 7, par. 1, rubricato "Diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame della domanda di asilo" prevede:

«I richiedenti sono autorizzati a rimanere nello Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l'autorità accertante non abbia preso una decisione secondo le procedure di primo grado di cui al capo III. Il diritto a rimanere non dà diritto a un titolo di soggiorno».

Tale "diritto a rimanere" discende dall'obbligo di *non-refoulement*, la cui *ratio* è quella di garantire l'accesso alla protezione internazionale. Esso, di conseguenza, attribuisce al richiedente uno *status* amministrativo temporaneo, di persona "legalmente presente" nel territorio dello Stato membro competente all'esame della sua domanda di protezione, *status* che, come chiarito dalla lettera della norma, non si traduce in un titolo di soggiorno.

Il "diritto a rimanere" come formulato nella direttiva sulle procedure non è assoluto. Ad esempio, il par. 2 dell'articolo 7 della Direttiva procedure prevede

⁷¹ Dir. procedure 2005, art. 6, par. 2.

⁷² Ivi, par. 5.

che esso sia derogabile allorché gli Stati membri intendano «consegnare o estradare, ove opportuno, una persona in altro Stato membro in virtù degli obblighi previsti da un mandato di arresto europeo⁷³ o altro, o in un paese terzo, o presso una corte o un tribunale penale internazionale»⁷⁴. Si tratta di un'eccezione all'obbligo di *non-refoulement* volta a rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia penale, formulata in termini assai generici e che offre, di conseguenza, un ampio margine di discrezionalità agli Stati europei. Come si dirà nelle pagine che seguono, analizzando le problematiche connesse alla pratica delle consegne straordinarie⁷⁵, i risultati dell'esercizio di siffatta discrezionalità si sono sovente tradotti in episodi di gravissima violazione dell'obbligo di *non-refoulement*⁷⁶.

Infine, la Direttiva sulle procedure prevede sì che nessuno debba essere allontanato in violazione del principio di *non-refoulement*⁷⁷, ma introduce anche una serie di casi in cui è possibile negare allo straniero il "diritto a restare" e trasferire la sua persona e la responsabilità per l'esame della sua richiesta di protezione ad un altro Stato, ritenuto "sicuro" a tali fini. Ai sensi della direttiva, la valutazione della "sicurezza" del Paese terzo ai fini dell'espulsione deve essere operata dalle autorità nazionali in base a taluni criteri, primo tra tutti il rispetto in siffatto Paese dell'obbligo di *non-refoulement*⁷⁸.

⁷³ Cfr. Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU L 190 del 18.7.2002, p. 1). Più in generale, sulla delicata questione della cooperazione dell'Unione con gli Stati terzi per promuovere il rispetto dei diritti umani e reprimere le massicce violazioni degli stessi, si rinvia a PILLITU, *La tutela dei diritti dell'uomo e dei principi democratici nelle relazioni della comunità e dell'Unione europea con gli Stati ACP*, Torino, 2003; DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993.

⁷⁴ Dir. procedure 2005, art. 7, par. 2, che prevede anche una deroga per ragioni procedurali in relazione agli artt. 32 e 34 della direttiva.

⁷⁵ V. *infra*, par. 6.

⁷⁶ La questione era stata posta all'attenzione della CGUE nel caso *Virallinen syyttäjä c. Gataev e Gataeva*, C-105/10 PPU, ord. 3 aprile 2010, rimosso dal ruolo.

⁷⁷ Dir. procedure 2005, articolo 20, par. 2, 3° capoverso in relazione alla "Procedura in caso di ritiro implicito della domanda o di rinuncia ad essa". V. anche art. 25, rubricato "Domande irricevibili", par. 2, lett. (e), in base alla quale lo Stato può dichiarare irricevibile la domanda di asilo allorché «il richiedente è autorizzato a rimanere nel territorio dello Stato membro interessato per altri motivi che lo proteggono dal «refoulement» in attesa dell'esito di una procedura relativa alla determinazione del suo status a norma della lettera d)», ovvero in relazione alla protezione sussidiaria.

⁷⁸ Come si è accennato nel cap. 2, la prassi europea del rinvio dei richiedenti asilo verso un Paese terzo ritenuto sicuro risale agli anni Novanta. Nella *Risoluzione su un approccio armonizzato sulle questioni concernenti i Paesi terzi d'asilo*, Londra, 30 novembre - 1 dicembre 1992, del Consiglio dei Ministri degli Stati membri della CE responsabili per l'emigrazione, vennero per la prima volta precisati i criteri per definire un "Paese terzo d'asilo" al fine di determinare le domande di asilo irricevibili. In argomento, JULIEN-LAFERRIERE, *Commentaire des résolutions et conclusions adoptés par le Conseil européen d'Edimbourg sur les pays où il n'existe pas de risques*

Così, ad esempio, la designazione dei "Paesi di origine sicuri", al fine di rigettare una domanda, prevede che sia soddisfatta la presunzione che tali paesi rispettino l'obbligo di *non-refoulement*⁷⁹. Inoltre, il "Paese di primo asilo" è definito come un paese in cui il richiedente asilo «*goda altrimenti di protezione sufficiente [...], tra cui il fatto di beneficiare del principio di «non refoulement»*⁸⁰, il "Paese terzo sicuro" è quello in cui, *inter alia*, «è rispettato il principio di «non refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra»⁸¹. In rapporto al rinvio verso "Paesi terzi europei sicuri", si sottolinea che le normative statali che lo prevedono debbano in ogni caso rispettare il divieto di *refoulement* e contemplare eccezioni al rinvio «*per motivi umanitari o politici o di diritto internazionale»*⁸².

Come abbiamo accennato nella precedente analisi delle disposizioni della Convenzione di Ginevra⁸³, la prassi del rinvio dei richiedenti asilo verso Paesi terzi ritenuti "sicuri" si è sviluppata nel tentativo degli Stati parti di contemperare l'impossibilità di irrogare una sanzione penale al richiedente asilo per l'ingresso irregolare (articolo 31 della Convenzione di Ginevra) e l'esigenza di contrastare l'immigrazione clandestina. Prima di essere codificata nel diritto secondario dell'Unione, la nozione di "Paese terzo sicuro" ha trovato consacrazione a livello europeo nella Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee⁸⁴, trasposta nel diritto dell'Unione con il Trattato di Amsterdam⁸⁵ e in seguito sostituita dal Regolamento Dublino II. Tale Convenzione prevedeva, all'articolo 3, par. 5, che ogni Stato membro conservasse la facoltà di rinvio dei richiedenti asilo verso uno Stato terzo. Peraltro, non vi era in questa disposizione un riferimento alla "sicurezza" del Paese terzo, in luogo del quale si stabiliva che tale trasferimento dovesse avvenire nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Ginevra.

Successivamente, il diritto derivato dell'Unione europea ha introdotto ulteriori meccanismi di rinvio del richiedente asilo: uno fondato su una lista di

sérieux de persécutions, les pays tiers d'accueil e les demandes d'asile manifestement infondées, Documentation-Réfugiés, n. 205-206, 17 dicembre 1992/5 gennaio 1993.

⁷⁹ Dir. procedure 2005, allegato II.

⁸⁰ Ivi, art. 26, lett. (b).

⁸¹ Ivi, art. 27, lett. (b).

⁸² Ivi, art. 36, par. 4.

⁸³ V. *supra*, cap. 2, par. 13.

⁸⁴ Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee (Convenzione di Dublino), GUCE C 254, 19/08/1997, pp. 1-12.

⁸⁵ V. art. 63, par. 1 TCE.

Paesi di origine considerati sicuri (“*safe country of origin*”)⁸⁶, un altro volto a consentire il respingimento delle domande di asilo presentate alla frontiera da parte di migranti irregolari che siano precedentemente transitati nel territorio di un Paese terzo europeo, considerato sicuro (“*super safe country*”)⁸⁷, un altro ancora volto a dichiarare irricevibili le domande di richiedenti asilo che abbiano già ottenuto il riconoscimento di un qualche *status* di protezione in un altro paese, o anche solo una forma di protezione correlata al divieto di respingimento (“*country of first asylum*”)⁸⁸.

Sul piano formale, tali meccanismi producono i medesimi effetti di un motivo d’irricevibilità automatica⁸⁹. Com’è stato osservato, hanno «*pour effet d’exclure de la qualité de réfugié un demandeur, non parce qu’il ne répond pas à la définition du réfugié donné par l’article 1^{er} de la Convention de Genève, mais parce qu’il aurait pu demander cette qualité ailleurs*»⁹⁰, con il conseguente rischio di trasferire gli obblighi internazionali in merito al trattamento dei rifugiati a Stati terzi che non li hanno sottoscritti.

Per tale motivo, il diritto derivato dell’Unione ha posto in capo allo Stato membro che intenda avvalersi della facoltà di rinvio del richiedente protezione verso uno Stato terzo “sicuro” una serie di obblighi volti a evitare che questi sia esposto a un rischio di *refoulement*⁹¹. Tra questi obblighi, fondamentale importanza riveste il previo accertamento che il richiedente possa presentare una domanda di protezione internazionale nel Paese di destinazione e ottenere ivi il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, nonché il godimento dei diritti accolti negli articoli 2-34 di siffatto trattato⁹².

⁸⁶ Dir. procedure 2005, artt. 29, 30, 31.

⁸⁷ Ivi, art. 36.

⁸⁸ Ivi, art. 26, lett. b).

⁸⁹ In argomento, CdE, Assemblea Parlamentare, *Resolution 1471 (2005): Accelerated Asylum Procedures in Council of Europe Member States*, *Assembly debate on 7 October 2005 (32nd Sitting)* (Doc. 10655, *Report of the Committee on Migration, Refugees and Population, rapporteur: Mr Agramunt*); *Text adopted by the Assembly on 7 October 2005 (32nd Sitting)*, par. 7.

⁹⁰ JULIEN-LAFERRIERE, *Commentaire des résolutions*, cit., p. 6.

⁹¹ Dir. procedure 2005, art. 27.

⁹² Ivi, par. 1, lett. d). Analogamente v. University of Michigan Law School, *The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere*, 3 January 2007, parr. 8 e 12, dove si prevede anche una garanzia fondamentale del rispetto da parte dello Stato che rinvia degli obblighi descritti: «*Any person to be transferred to another state under a protection elsewhere policy must be able to contest the legality of the proposed transfer before it is effected. The sending state shall notify any person to be transferred of this entitlement, and shall consider in good faith any challenge to the legality of transfer under a procedure that meets international standards of procedural fairness. Such procedure must in particular afford an effective remedy bearing in mind the nature of the rights alleged to be at risk in the receiving state*».

Vi sono poi ipotesi in cui gli Stati Membri dell'Unione possono ricorrere a procedure "accelerate" di esame delle domande di asilo⁹³. L'ipotesi che ha destato maggiore preoccupazione, per ciò che concerne la compatibilità con gli obblighi in materia di *refoulement*, è quella della protezione all'interno del Paese di origine, regolata all'articolo 8 della Direttiva sulle qualifiche. In base a tale norma:

«1. Nell'ambito dell'esame della domanda di protezione internazionale, gli Stati membri possono stabilire che il richiedente non necessita di protezione internazionale se in una parte del territorio del paese d'origine egli non abbia fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corra rischi effettivi di subire danni gravi e se è ragionevole attendere dal richiedente che si stabilisca in quella parte del paese. 2. Nel valutare se una parte del territorio del paese d'origine è conforme al paragrafo 1, gli Stati membri tengono conto delle condizioni generali vigenti in tale parte del paese nonché delle circostanze personali del richiedente all'epoca della decisione sulla domanda. 3. Il paragrafo 1 si può applicare nonostante ostacoli tecnici al ritorno al paese d'origine»⁹⁴.

Anche l'articolo 8 codifica una prassi, quella della c.d. "*internal flight/relocation/protection alternative*"⁹⁵. Tale prassi, come quella del rinvio verso Paesi terzi "sicuri", è stata inizialmente regolamentata nel contesto europeo dalle c.d. "Risoluzioni di Londra"⁹⁶, adottate nel 1992 dai Ministri degli Stati membri al di fuori della cornice dei trattati e nelle quali erano indicati le modalità e i casi in cui ricorrere a procedure accelerate di esame delle domande di asilo per manifesta infondatezza⁹⁷. Anche la legittimazione al ricorso a "scorciatoie" giuridiche nell'esame delle domande di asilo, come l'alternativa di protezione interna, conducendo come tutte le procedure accelerate alla compressione di alcuni diritti fondamentali della difesa, può porsi in contrasto con il rispetto effettivo del divieto di respingimento.

⁹³ Dir. procedure 2005, artt. 23 e 29.

⁹⁴ Dir. qualifiche 2004, art. 8.

⁹⁵ V. *supra*, cap. 2.

⁹⁶ Risoluzione del Consiglio del 20 giugno 1995 sulle garanzie minime per le procedure di asilo, GUCE n. C 274, 19/09/1996, pp. 13-17, parr. II, sub. 18-22, in cui si parla di tali risoluzioni (*Resolution of 30 November 1992 on Manifestly Unfounded Applications For Asylum*, spec. parr. 1-2 e 6-9; *Resolution of 30 November 1992 on a Harmonised Approach To Questions Concerning Host Third Countries*; *Conclusions of 30 November 1992 on Countries In Which There Is Generally No Serious Risk Of Persecution*).

⁹⁷ In argomento, CREPEAU, *op. cit.*, pp. 255-265; GUILD, *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union (Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions)*, The Hague, 1996, p. 142; VAN DER KLAUW, *Towards a Common Asylum procedure*, in GUILD, HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001, p. 165 ss. 94, pp. 180-181.

La logica dell'allontanamento dei richiedenti asilo, tanto in base alla presunzione della sicurezza di un Paese terzo, quanto in base alla alternativa di protezione interna, accresce necessariamente il rischio di respingimenti abusivi e contribuisce a una diversione dei flussi migratori che alimenta il fenomeno dei cosiddetti "rifugiati in orbita", che si verifica quando gli Stati, declinando reciprocamente la responsabilità dell'esame della domanda, privano il richiedente della possibilità di ottenere la protezione di cui sarebbe titolare in base agli obblighi internazionali sottoscritti, *a fortiori* quando l'allontanamento avviene durante il ricorso dell'individuo avverso a una decisione negativa in merito alla sua domanda⁹⁸. Come meglio diremo appresso, medesima considerazione può essere estesa al meccanismo di ripartizione della responsabilità per l'esame delle domande previsto dal Regolamento Dublino II⁹⁹.

Analoghi profili di contrasto con gli obblighi incombenti sugli Stati dell'Unione in materia di non respingimento si sono registrati nell'ipotesi, prevista nell'articolo 78, par. 2, lett. g) TFUE, di stipula di accordi di partenariato tra Stati membri dell'Unione e Stati terzi con l'obiettivo di esternalizzare le procedure di selezione dei migranti nei Paesi di origine o di transito¹⁰⁰ o nei centri di trattenimento posti lungo i confini europei¹⁰¹, al fine di

⁹⁸ V. *Summary of UNHCR's Provisional Observations on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status* (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), in cui l'UNHCR sottolinea l'importanza dell'effetto sospensivo della procedura d'appello nella protezione dei rifugiati, anche e soprattutto da un punto di vista quantitativo, dato l'elevato numero di richieste respinte in prima istanza, ma accolte in appello.

⁹⁹ V. *infra*, cap. 7.

¹⁰⁰ V. i piani di "protezione regionale" concordati con Stati terzi e operanti in Tanzania, Ucraina, Bielorussia, Nord Africa. Sulla base di tali programmi si tende a favorire, mediante appositi finanziamenti, l'accoglienza dei richiedenti da parte degli Stati terzi di transito, stabilendo l'impegno dell'UE a consentire il reinsediamento negli Stati membri di coloro che abbiano ottenuto protezione. V. la comunicazione della Commissione relativa ai programmi di protezione regionale COM(2005)388 del 1 settembre 2005. In argomento, CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: l'approccio dell'Unione europea, tra prassi degli Stati membri e competenze comunitarie*, in ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, p. 211 ss.

¹⁰¹ V. la proposta della Commissione COM (2004)410 Def. del 4 giugno 2004 di esternalizzare le domande di protezione presso le rappresentanze diplomatiche di Stati membri o appositi uffici comuni o apposite zone di presentazione delle domande, stabilite d'intesa con Paesi terzi, come Ucraina, Albania e Marocco con l'obiettivo di stabilire «*procedure di ingresso protetto, ossia la possibilità per un cittadino di un Paese terzo di presentare una domanda di asilo o di altra forma di protezione internazionale al potenziale Paese ospitante pur rimanendo fuori dal territorio di quest'ultimo e di ottenere un'autorizzazione all'ingresso, nel caso in cui la sua domanda sia accolta, provvisoriamente o definitivamente*» (punto 14).

evitare l'elevato costo del viaggio ai richiedenti asilo e di semplificare la ripartizione degli oneri della protezione tra gli Stati membri dell'Unione.

Siffatta "delocalizzazione" dell'onere delle procedure di asilo, tuttavia, pone, oltre al problema pratico della determinazione della contropartita da offrire agli Stati terzi coinvolti, la questione – più sostanziale e, a nostro avviso, irrisolvibile – di garantire, in queste aree, livelli di tutela contro il rischio di respingimenti indiscriminati non inferiori a quelli garantiti all'interno dello spazio Schengen, soprattutto nell'ipotesi in cui la domanda di asilo non sia accolta e il richiedente intenda proporre un ricorso avverso alla decisione di rigetto. In ultima analisi, quindi, tale esternalizzazione produce non solo la conseguenza di impedire la presentazione della domanda presso le autorità di uno Stato membro dell'Unione, al quale il richiedente intende chiedere protezione, ma anche quella di traslare la responsabilità per l'esame delle domande di asilo a Stati terzi (c.d. "*diversion policies*").

4. Il rispetto del divieto di respingimento nella disciplina di contrasto dell'immigrazione irregolare.

Nello spazio giuridico europeo, il rispetto del divieto di respingimento s'impone anche in relazione alla disciplina sui rimpatri, alla cooperazione nella prevenzione dell'immigrazione irregolare e agli accordi di riammissione tra Stati membri e Stati terzi o tra Unione e Stati terzi.

La Direttiva sui rimpatri, il cui obiettivo è «*l'istituzione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni*»¹⁰², è divenuta l'emblema di un approccio al contrasto dell'immigrazione clandestina basato sulla deterrenza (c.d. "*deterrence policies*"). Tale approccio rappresenta la risposta dell'Unione alla percezione d'innalzamento della soglia della minaccia proveniente dall'esterno verso lo spazio europeo, minaccia che ha altresì spinto la maggior parte degli Stati membri ad adottare legislazioni volte a criminalizzare l'immigrazione irregolare¹⁰³, che incidono per forza di cose sugli

¹⁰² Dir. rimpatri, prima parte del secondo *considerando* del Preambolo. L'UE ha giustificato il proprio intervento in tale materia, di tradizionale appannaggio statale, alla luce del principio di sussidiarietà (*cons.* 20 Preambolo; art. 1).

¹⁰³ In argomento, ci sia consentito rimandare a VITIELLO, *Sui profili di contrasto tra la direttiva rimpatri e la procedura italiana di espulsione dei migranti irregolari. Considerazioni a margine del caso El Dridi*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2011, pp. 1-22. Oltre all'introduzione del reato di immigrazione clandestina, un altro esempio di "*deterrence policy*" è offerto dalla prassi amministrativa delle

aspetti procedurali della protezione internazionale¹⁰⁴. Sebbene tale Direttiva sia il primo atto adottato nel settore dell'immigrazione con la procedura di codecisione, la piena partecipazione del Parlamento europeo all'*iter* normativo non è stata sufficiente a espungere dal testo alcune vistose criticità dal punto di vista della tutela dei diritti umani fondamentali. Anche perché l'estensione della competenza concorrente dell'Unione, in materia di asilo e di immigrazione, non è sempre proceduta di pari passo con il potenziamento degli *standard* di protezione dei diritti fondamentali dei migranti nello spazio giuridico europeo. In altri termini, è mancata la volontà politica di contemperare le nuove esigenze di sicurezza della "fortezza Europa"¹⁰⁵ con l'antico "spirito di Tampere"¹⁰⁶.

Una di queste criticità concerne l'ambito di applicazione della Direttiva sui rimpatri, che riguarda i cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Sono naturalmente esclusi i rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra e del Protocollo di New York¹⁰⁷, tuttavia agli Stati membri è lasciata la facoltà di non estendere tale ambito ai cittadini di Paesi terzi «fermati o scoperti dalle autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro»¹⁰⁸, consentendo l'esclusione di questa tipologia di migranti dal godimento di talune garanzie fondamentali previste dalla Direttiva rimpatri, come quelle sull'effetto sospensivo dei ricorsi e sul diritto a mezzi di ricorso effettivi¹⁰⁹ o ancora l'esplicita preferenza riconosciuta

guardie di frontiera di numerosi Stati membri dell'Unione di mantenere in stato di fermo, nelle zone di transito degli aeroporti internazionali, gli stranieri provenienti dal di fuori dell'area Schengen, in attesa della decisione sulla loro ammissione al territorio dello Stato membro. La compatibilità di questa prassi con gli obblighi che discendono dall'articolo 5 CEDU è assai dubbia. Per simili rilievi si rinvia al cap. 5 del presente scritto. V. anche *Does detention prior to a decision on entry into France comply with article 5 of the Convention?*, European Court of Human Rights News, November 17, 2011.

¹⁰⁴ È appena il caso di ricordare che, ai sensi dell'articolo 31 della Convenzione di Ginevra un rifugiato (da intendersi chiunque abbia tale qualità, indipendentemente dalla circostanza che l'accertamento della stessa sia già avvenuto) non deve essere penalizzato in ragione del suo ingresso irregolare.

¹⁰⁵ GEDDES, *Immigration and European Integration: Toward Fortress Europe?*, Manchester, 2000.

¹⁰⁶ ALGOSTINO, *La "direttiva rimpatri": la fortezza Europa alza le mura*, *MinoriGiustizia*, n. 3, 2008, p. 13 ss.; ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione*, *DUDI*, vol. 3, 2009, p. 671 ss.

¹⁰⁷ V. il par. 23 Preambolo, il quale statuisce che l'applicazione di tale strumento normativo non può pregiudicare in alcun modo gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo status dei rifugiati, modificata dal protocollo di New York del 1967.

¹⁰⁸ Dir. rimpatri, art. 2, lett. a).

¹⁰⁹ Dir. rimpatri, art. 13. Inoltre, Qualora l'interessato avvii, durante il periodo del trattenimento (ai sensi dell'articolo 15 della Direttiva), un procedimento di ricorso avverso alla decisione di

dalla Direttiva in questione alla partenza volontaria¹¹⁰. Un temperamento a questa previsione è comunque contenuto nell'articolo 4, par. 4 della Direttiva sui rimpatri¹¹¹, che obbliga Stati membri a garantire ai migranti respinti «*un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli*» di quelli previsti dalla direttiva¹¹², nonché a rispettare il principio di *non-refoulement*¹¹³. Nondimeno, in quanto strumento volto a stabilire un quadro generale comune in materia di rimpatrio, che lascia ampia discrezionalità agli Stati membri nel dettagliarne i meccanismi nazionali, la Direttiva non è riuscita nell'intento di instaurare una politica realmente "europea" in materia¹¹⁴.

Alcuni problemi, in materia di protezione contro il *refoulement*, solleva altresì la disciplina dell'Unione in materia di cooperazione nella prevenzione dell'immigrazione irregolare e nella repressione della violazione delle norme sull'immigrazione, che si basa, tra l'altro, sul riavvicinamento delle normative nazionali che disciplinano gli obblighi, le responsabilità e le sanzioni nei confronti dei vettori che trasportino persone prive dei documenti richiesti per l'ingresso e il soggiorno negli Stati membri¹¹⁵. Quanto tale forma di cooperazione sia in linea con gli obblighi che discendono dalla Convenzione di Ginevra è dubbio. Essa finisce per collocare in capo a enti non statali - le compagnie aeree, appunto - la responsabilità per il pre-esame della situazione dei passeggeri sprovvisti di documenti regolari, ostruendo, di fatto, l'accesso

accompagnamento coattivo alla frontiera che comporti l'effetto sospensivo dell'esecuzione del provvedimento espulsivo, il periodo di sospensione deve essere considerato nel calcolo del periodo di trattenimento ai fini dell'allontanamento (CGUE, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU, sent. 30 nov. 2009, par. 57).

¹¹⁰ Dir. rimpatri, art. 7.

¹¹¹ Secondo la Corte di giustizia, la direttiva lascia quindi impregiudicata la possibilità per gli Stati membri di prevedere eccezioni al rimpatrio, consentendo, ai sensi dell'art. 4, di applicare disposizioni più favorevoli (CGUE, *Zurita Garcia e Choque Cabrera c. Delegado del Gobierno en la Región de Murcia*, C-261/08 e C-348/08, sent. 22 ottobre 2009, par. 66).

¹¹² Tale trattamento è delineato negli artt. art. 8, parr. 4-5; art. 9, par. 2, lett. a); artt. 16-17 della Dir. rimpatri.

¹¹³ Sull'operare delle eccezioni di carattere umanitario al respingimento v. anche il combinato disposto degli artt. 5 e 13 del Codice Frontiere Schengen e l'art. 96 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen, sostituito dal Regolamento CE n. 562/2006.

¹¹⁴ Come riconosciuto dalla stessa Commissione: «[l]ooking at the national legislations, there appear to be many different interpretations of the Return Directive provisions for dealing with third-country nationals pending return; and the issues of relevance to this study continue to be approached in different ways across the EU and Schengen area. Policies and procedures are often fragmented and unclear; and often there is no specific legislation addressing the situation of this group of third-country nationals». V. *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated*, 2013.

¹¹⁵ Direttiva 2001/51/CE del Consiglio dell'Unione Europea, del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, GUCE L 187, 10.7.2001.

alla protezione internazionale¹¹⁶ (c.d. “*non arrival policies*”). Simili rilievi possono estendersi alle forme di cooperazione, contemplate dal diritto dell’Unione, fondate sull’invio di ufficiali e funzionari distaccati fuori dai confini esterni dell’Unione, con l’incarico di contribuire alla gestione dei flussi migratori verso gli Stati membri di appartenenza¹¹⁷. Tali forme di “esternalizzazione” del contrasto all’immigrazione clandestina hanno condotto alla creazione del c.d. “*Immigration Liaison Officers Network*”, i cui ufficiali hanno un mandato molto ampio e poteri tali da poter chiaramente incidere sui diritti fondamentali dei migranti. Nondimeno, il mandato non è assoggettato ad alcun limite tale da consentire che, nell’esercizio delle loro funzioni, questi ufficiali non comprimano, a monte, l’accesso alla protezione internazionale¹¹⁸, finendo per coartare il fondamentale diritto di ciascun individuo di lasciare il proprio Paese per cercare asilo dalle persecuzioni.

Infine, vengono in rilievo gli accordi di riammissione stipulati dagli Stati dell’Unione europea con i Paesi di origine dei flussi migratori, del tipo di quelli in vigore tra Italia e Libia nel 2007 e nel 2008¹¹⁹ o di quello del 2001 tra Grecia e Turchia, Paese di transito per i migranti iracheni, con il quale quest’ultimo Stato si impegnava a non rimpatriare i migranti oggetto dell’accordo¹²⁰. Questi accordi non sono incompatibili con il divieto di respingimento (*per se*). Essi sono peraltro spesso stipulati dall’Unione stessa cui, a partire dal Trattato di Lisbona, è assegnata una competenza espressa a stipulare accordi di tal fatta, ai sensi del par. 3 dell’art. 79 TFUE¹²¹. Tuttavia, sono stati sovente utilizzati dagli Stati

¹¹⁶ CdE, Commissario per i diritti umani, *Airlines are not Immigration Authorities*, 12.10.2010, accessibile online all’indirizzo: [http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=85].

¹¹⁷ V. Decisione 2003/170/CE relativa all’utilizzo comune degli ufficiali di collegamento distaccati all’estero dalle autorità degli Stati membri incaricate dell’applicazione della legge e soprattutto il Regolamento (CE) n. 377/2004 relativo alla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell’immigrazione, modificato dal Regolamento (UE) n. 493/2011 del 5 aprile 2011.

¹¹⁸ FINK, *Non-Refoulement and Extraterritorial Immigration Control – The Case of Immigration Liaison Officers*, 2013, p. 18.

¹¹⁹ V. *supra*, cap. 5.

¹²⁰ Assemblea Parlamentare del CdE, *Report by Rapporteur, Ms Tineke Strik*, Doc. 13106, 23 Jan 2013, par. 16.

¹²¹ Art. 79, par. 3 TFUE: «L’Unione può concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cittadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l’ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri». A oggi, l’Unione ha concluso accordi di riammissione con quattordici Paesi terzi, il più recente con la Turchia in data 16 dicembre 2013, il più datato con Hong Kong in data 27 novembre 2002. L’Unione ha, infatti, esercitato la competenza a concludere accordi di riammissione anche prima dell’espressa previsione nel Trattato di Lisbona ex art. 63, par. 3, lett. b) e art. 300, par. 2 TCE, in base al principio del parallelismo delle competenze (CGUE, *AETS*, C-22/70, sent. 31 marzo

membri come strumenti idonei ad "aggirare" gli obblighi internazionali in materia di *refoulement*, dal momento che facilitano l'allontanamento di cittadini di Paesi terzi che giungono, spesso irregolarmente, all'interno di flussi misti¹²².

Per questa via, la tutela dei potenziali rifugiati è stata spesso subordinata all'obiettivo del contenimento dei flussi migratori¹²³. Come sottolineato dalla Commissione, molti di questi accordi contengono disposizioni specifiche che consentono, con la procedura accelerata, il rimpatrio, in tempi molto più brevi di persone fermate nelle zone di frontiera (compresi gli aeroporti).

Nell'ambito di tale procedura, gli Stati membri possono scegliere di non applicare talune garanzie fondamentali previste dalla Direttiva rimpatri, che sono state sopra indicate¹²⁴. Giova ricordare che la prassi di ricorso a questi strumenti risale alle Convenzioni di Schengen e di Dublino, quando gli accordi

1971). La salvaguardia della competenza dei singoli Stati membri in materia di conclusione degli accordi internazionali è assicurata nel *Protocollo n. 23 sulle relazioni esterne degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne*, in base al quale le misure che l'Unione europea può adottare in materia di controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne non pregiudicano la competenza degli Stati membri a concludere accordi con Paesi terzi "a condizione che rispettino il diritto dell'Unione europea e gli altri accordi rilevanti". Il Protocollo persegue lo scopo evidente di escludere che in questa materia lo sviluppo della normativa interna dell'Unione europea conduca a ritenere che si sia affermata una competenza esclusiva dell'Unione a concludere accordi internazionali (CGUE, parere 1/03 del 7.2.2006, in *Raccolta 2006*, pagg. I-1145 ss.). La lista degli accordi di riammissione dell'Unione è accessibile online all'indirizzo: [\[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/categories/international-agreements/index_en.htm\]](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/categories/international-agreements/index_en.htm). In argomento

COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, 2009.
¹²² *Report by Rapporteur, Ms Tineke Strik*, cit., par. 13. V. altresì Assemblea Parlamentare del CdE, *Resolution 1918 (2013). Migration and Asylum: Mounting Tensions In The Eastern Mediterranean, Assembly debate on 24 January 2013 (7th Sitting)* (Doc. 13106, report of the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, rapporteur: Ms Strik). Text adopted by the Assembly on 24 January 2013 (7th Sitting) e *Recommendation 2010 (2013)*.

¹²³ MACCANICO, *The EU's Self-Interested Response to Unrest in North Africa: The Meaning of Treaties and Readmission Agreements between Italy and North African States*, *Statewatch*, vol. 21, 2011, accessibile online all'indirizzo: [\[http://www.statewatch.org/analyses/no-165-eu-north-africa.pdf\]](http://www.statewatch.org/analyses/no-165-eu-north-africa.pdf). Analogamente sono stati utilizzati gli accordi di partenariato per la mobilità, strumenti cardine dell'Approccio globale dell'Unione in materia di migrazioni e mobilità (v. 2011 (COM(2011) 743 final). Per un'analisi v. GUILD, CARRERA, PARKIN, *What Role for Migration Policy in the Ukraine Crisis?*, *CEPS Commentaries*, 27 March 2014, p. 2: «These partnerships are non-legally binding political declarations that aim to facilitate temporary labour immigration to the Union. So far, however, they have largely remained centred on EU and member states' security interests, such as the 'fight against irregular immigration' through readmission agreements and strengthening border controls and surveillance. The EU has concluded a total of seven Mobility Partnerships with the following partners: Cape Verde, Georgia, Moldova, Armenia, Azerbaijan, Morocco and Tunisia. The effectiveness of these partnerships has been called into question, due to the limited extent to which they have opened up legal channels of mobility to the Union, thereby undermining the credibility of the EU». V. anche CARRERA, DEN HERTOOG, PARKIN, *EU Migration Policy in the wake of the Arab Spring. What prospects for EU-Southern Mediterranean Relations?*, *MEDPRO Technical Report No. 15*, August 2012.

¹²⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Valutazione degli accordi di riammissione dell'UE, Bruxelles, 23.2.2011, COM(2011) 76 def., pp. 14-15.

di riammissione tra gli Stati membri e i Paesi terzi sono stati individuati come lo strumento per rendere effettivo l'allontanamento degli stranieri irregolari, non ritenuti meritevoli di protezione internazionale nell'Unione europea¹²⁵. Il problema del rispetto dei diritti umani, peraltro, si era posto anche allora e, nel tentativo di definire delle linee guida per tali accordi, nel 1996 il Consiglio aveva emanato una raccomandazione che individuava taluni *standard* da seguire nella stipulazione di accordi sulla riammissione, tra i quali spicca il rispetto degli obblighi delle Parti contraenti derivanti dalla Convenzione di Ginevra, dalla CEDU e dalla Convenzione di Dublino¹²⁶.

5. La normativa dell'Unione sul controllo delle frontiere e il rispetto del divieto di respingimento.

Il potenziamento degli strumenti informatici di acquisizione e stoccaggio di dati biometrici, nell'ambito della cooperazione penale e di polizia¹²⁷, solleva ulteriori problemi di coerenza con il divieto di respingimento, oltre che con i diritti sulla protezione dei dati personali, rischiando di diluire gli obblighi in materia di tutela dei diritti umani derivanti in capo agli Stati membri tanto dal diritto interno, quanto dalla Carta di Nizza e dalla CEDU¹²⁸. Analoghi rilievi possono essere estesi alla valutazione dell'operato del pilastro operativo delle politiche europee d'interdizione dell'immigrazione irregolare, rappresentato

¹²⁵ V. già NEWMARK, *Non-Refoulement Run Afoul: The Questionable Legality of Extraterritorial Repatriation Programs*, *Wash U L Rev*, vol. 71, 1993, p. 833 ss.

¹²⁶ Cfr. *Raccomandazione del Consiglio del 25 luglio 1995 sui principi generali da seguire all'atto della stesura di protocolli sull'attuazione di accordi sulla riammissione*, (GUCE C 274, 19.09.1996, pp. 25-33, art. 11).

¹²⁷ Si pensi al SIS II (Decisione del Consiglio del 7 marzo 2013 che stabilisce la data di applicazione della decisione 2007/533/GAI, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) (2013/157/UE)). Analogamente, si veda il Pacchetto di proposte legislative presentato dalla Commissione il 28 febbraio 2013 sotto l'etichetta di "Smart Borders" e che comprende una *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un programma per viaggiatori registrati* (COM(2013) 97 def.) e una *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e uscita dei cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea* (COM(2013) 95 def.). Tali proposte presuppongono un sistema di stoccaggio di dati biometrici degli immigrati molto avanzato e stabile.

¹²⁸ V. ad es., in materia di visti, CGUE, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, C-503/03, sent. 31 gennaio 2006, par. 64.

dall' Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri (Frontex)¹²⁹.

Sin dall'operazione *Hera I*, con cui l' Agenzia ha inaugurato la propria attività nel 2006¹³⁰, lo svolgimento dei pattugliamenti congiunti a guida Frontex, volti a interrompere i flussi migratori irregolari via mare verso l' Europa¹³¹, si è basato sulla cooperazione con Stati membri, ma anche e soprattutto sull' assistenza apprestata da Paesi terzi della sponda sud del Mediterraneo, sulla base di accordi bilaterali tra tali Paesi e Stati membri dell' Unione¹³².

Il ricorso all' assistenza di Paesi terzi nelle operazioni d' interdizione dell' immigrazione irregolare sotto l' egida di Frontex impedisce di assicurare, almeno *de jure*, il rispetto degli *standard* europei in materia di tutela dei migranti intercettati, per cui non è escluso che si ponga in contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto dell' Unione, dalla CEDU e dalla Convenzione di Ginevra del 1951.

Un ancor più significativo *vulnus* ha riguardato l' aprioristica attestazione, da parte di Frontex, che consegnando i migranti intercettati in mare alle autorità del Paese di origine, li si riportasse "*back to safety*", a prescindere da qualsiasi valutazione della conformità del respingimento all' obbligo di *non-refoulement*, in spregio alla circostanza che tali flussi fossero chiaramente "flussi misti" e occorresse, *a fortiori*, consentire l' accesso alle procedure di asilo, come opportunamente previsto dal diritto dell' Unione¹³³ e sancito nella giurisprudenza di Strasburgo¹³⁴. Questa è stata la prassi seguita dall' Agenzia nelle operazioni di interdizione, almeno fino alla recente riforma del regolamento istitutivo di Frontex¹³⁵, che, almeno sulla carta, stabilisce che:

¹²⁹ Si veda, in merito all' istituzione di Frontex, il Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004.

¹³⁰ LODGE, *Beyond the Frontiers. Frontex: The First Five Years*, Warsaw, 2010, p. 32. Come chiarito da Georgios Vourekas (*ibid.*), responsabile per l' attuazione della operazione *Hera I* nel 2006, «[t]he close proximity of these joint maritime and airborne patrols to the coast of West Africa was crucial: it meant that the unseaworthy boats used by the irregular immigrants could be stopped and turned back to safety before the dangerous voyage to the Canary Islands could claim even more lives. [...] The methodology of the organised crime people facilitating this flow of migrants was adaptable. We knew we faced a real challenge».

¹³¹ In quel caso, le Canarie erano la via d' accesso all' Europa.

¹³² Nell' operazione *Hera I*, i Paesi terzi coinvolti erano la Mauritania e il Senegal, che parteciparono sulla base di accordi bilaterali con lo Stato membro coinvolto, la Spagna. V. il sito ufficiale di Frontex: [<http://frontex.europa.eu/news/longest-frontex-coordinated-operation-hera-the-canary-islands-WpQlsc>].

¹³³ V. art. 6, par. 2 della Dir. procedure 2005.

¹³⁴ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 204 ss.

¹³⁵ L' estensione della capacità operativa di Frontex si è avuta inizialmente con il Regolamento (CE) n. 863/2007 che crea le squadre d' intervento rapido alle frontiere (RABIT), che entrano in

«In conformità del diritto dell'Unione e internazionale, nessuno può essere sbarcato in un paese, o altrimenti consegnato alle autorità dello stesso, in violazione del principio di non respingimento o in un paese nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio»¹³⁶.

Pur essendo espressamente sancito, nel nuovo regolamento, il divieto di *refoulement*, anche indiretto, ciò non mette al riparo dalla possibilità che queste forme di cooperazione operativa si pongano in contrasto con le principali norme internazionali poste a protezione dei migranti¹³⁷. Infatti, il sostanziale potenziamento della capacità operativa di Frontex¹³⁸, recentemente conseguito, non è stato accompagnato da uno sforzo di sistematica ricostruzione delle rispettive responsabilità degli attori in relazione alle condotte poste in essere nell'ambito delle operazioni di interdizione dell'immigrazione irregolare¹³⁹.

Peraltro, giova segnalare che l'obiettivo, indicato dal Programma di Stoccolma, di definire «regole d'ingaggio chiare per le operazioni congiunte in mare, badando a tutelare le persone bisognose di protezione che viaggiano in flussi misti, in conformità del diritto nazionale»¹⁴⁰, è il fulcro del progetto di regolamento¹⁴¹,

azione dietro impulso di Frontex quando vi sia una straordinaria e improvvisa pressione migratoria in una porzione di frontiera di uno Stato membro. Infine, il regolamento istitutivo di Frontex è stato recentemente riformato con l'adozione del Regolamento (UE) n. 1168/2011, che estende le funzioni dell'Agenzia prevedendo che essa possa assistere gli Stati membri in circostanze particolarmente delicate, tenendo conto che alcune situazioni possono comportare emergenze umanitarie e il soccorso in mare. In merito all'operatività e alle problematiche che l'azione di Frontex ha sollevato, v. CHERUBINI, *Frontex e mitologia greca: un binomio assai bizzarro*, in *Sidi-Isil.org*, 7 novembre 2013, accessibile online all'indirizzo [<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=544>]. Più in generale, v. CHERUBINI, *La cooperazione fra Unione europea e paesi del Nordafrica nella lotta all'immigrazione irregolare*, in ANGHELONE, UNGARI (a cura di), *Atlante geopolitico del Mediterraneo 2014*, Roma, 2014, p. 15 ss.

¹³⁶ Art. 2, par. 1-bis.

¹³⁷ Questo potrebbe essere il caso, ad esempio, Forme di cooperazione bilaterale tra Stati membri dell'Unione e Stati terzi, operanti sotto l'egida di Frontex, in cui i primi deleghino integralmente ai secondi la funzione di interdizione e di controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo, in cambio di sostegno economico e finanziario o di altre forme di aiuto allo sviluppo.

¹³⁸ V. Regolamento (UE) n. 1168/2011, art. 14.

¹³⁹ Sulla problematicità dell'imputazione delle condotte poste in essere nel controllo dei flussi migratori v. le criticità emerse dallo rapporto del Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti dell'ottobre 2012 e la relazione speciale del Mediatore europeo nel caso OI/5/2012/BEH-MHZ del novembre 2013, che ha ribadito che problemi permangono anche dopo l'introduzione del *Fundamental Rights Officer* e del *Common Core Curriculum* per l'addestramento delle guardie di frontiera.

¹⁴⁰ *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, 16484/1/09 REV 1 JAI 866 + ADD 1, Bruxelles, 2 dicembre 2009, p. 55, par. 5.1.

¹⁴¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, COM(2013) 197 def., 12 aprile 2013. La

adottato dal Consiglio il 13 maggio 2014¹⁴² che, basandosi su uno studio della normativa internazionale in materia di interdizione dell'immigrazione irregolare in mare¹⁴³ e sugli sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo in materia di *refoulement* in alto mare, pone rimedio ad alcune delle più macroscopiche carenze, dal punto di vista della tutela dei diritti umani dei migranti, emerse nelle operazioni marittime di pattugliamento congiunto e interdizione dell'immigrazione irregolare.

In tal senso, ad esempio, la responsabilità di valutare la situazione personale del migrante, nonché quella generale del Paese terzo in cui dovrebbe essere sbarcato, per sincerarsi che questi non vada incontro a *refoulement*, viene posta in capo agli Stati membri partecipanti all'operazione¹⁴⁴ ed è individuato, come porto di sbarco, quello dello Stato costiero nelle cui acque territoriali o nella cui zona contigua è avvenuta l'intercettazione dell'imbarcazione con a bordo i migranti¹⁴⁵.

Inoltre, in caso di intercettazione di un vascello in alto mare, e qualora lo sbarco non possa aver luogo nel Paese terzo di partenza dello stesso per ragioni legate alla tutela dei diritti fondamentali, il porto "sicuro" individuato per lo sbarco è quello dello Stato che ospita l'operazione di pattugliamento¹⁴⁶, previsione che chiude il cerchio tracciato dalla Corte europea nel caso *Hirsi*,

proposta ha fatto seguito alla Decisione 2010/252/UE del Consiglio, del 26 aprile 2010 (c.d. "*Frontex Rule*"), che era volta a integrare il Codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata fa Frontex. Tuttavia, la decisione è stata annullata dalla Corte di giustizia con sentenza del 5 settembre 2012, C-355/10, *Parlamento europeo c. Consiglio*, per un difetto procedurale (la decisione era stata adottata con procedura di comitologia *ex art. 12* del Codice frontiere Schengen e non con procedura di codecisione, nonostante modificasse elementi essenziali del Codice frontiere Schengen e del Regolamento istitutivo di Frontex).

¹⁴² *Council Adopts New Rules for the Surveillance of the EU External Sea Borders*, Presse Release 263, 9492/14, Brussels, 13 May 2014. L'adozione di questo regolamento è stata alquanto sofferta giacché i delegati di numerosi Stati membri dell'Unione avevano inizialmente espresso il proprio avviso sull'inutilità delle previsioni enunciate nel testo, vale a dire dell'art. 9 (situazioni di ricerca e soccorso) e dell'art. 10 (luogo di sbarco), a partire dalla sussistenza di obblighi internazionali, cui gli Stati che essi rappresentano sono già vincolati e di cui queste disposizioni sarebbero sterile riproduzione. V. Posizione dei delegati di Grecia, Spagna, Francia, Italia, Cipro e Malta sugli artt. 9-10 della proposta di regolamento, Doc. 14612/13, 10 ottobre 2013. V. anche la posizione della Presidenza del Consiglio, Doc. 14753/13, 17 ottobre 2013 e gli emendamenti del Parlamento europeo, (PE516.895v02-00).

¹⁴³ Studio sugli strumenti di diritto internazionale in merito all'immigrazione illegale via mare (SEC (2007) 691).

¹⁴⁴ V. art. 4 della COM(2013) 197 def.

¹⁴⁵ Ivi, art. 10.

¹⁴⁶ Il concetto di "luogo sicuro" è desunto dagli orientamenti sul trattamento delle persone soccorse in mare, adottati dall'Organizzazione marittima internazionale, per i quali si rinvia al sito: [<http://www.imo.org/OurWork/Safety/Navigation/Pages/PlacesOfRefuge.aspx>].

riconoscendo ai richiedenti intercettati un vero e proprio diritto di accesso al territorio dello Stato responsabile per l'operazione¹⁴⁷.

Un'ultima questione, invero pregiudiziale, merita di essere menzionata. L'irrobustimento dei poteri di Frontex non è disceso da un'approfondita analisi delle cause dell'emergenza migratoria nel Mediterraneo. Tornando all'esempio dell'operazione *Hera I*, lì gli scafisti furono identificati come la principale, se non unica, causa dell'avvicinarsi delle "piroghe della morte" nel Mediterraneo e si disse che la "real challenge" era rappresentata dalla comprensione della «*methodology of the organised crime people facilitating this flow of migrants*»¹⁴⁸.

Invero, più che imputare l'espansione delle rotte migratorie irregolari via mare al proliferare dei commerci degli scafisti, ci pare più ragionevole sostenere che i commerci degli scafisti proliferano in quanto cresce il numero di persone che – a causa delle politiche di "non arrivo" attuate dall'Europa da oltre un decennio¹⁴⁹, che interdicono qualsiasi via di accesso regolare allo spazio europeo – vede quale unica possibilità per raggiungere la "fortezza" Europa quella di affidare il proprio destino al mare.

Quest'approccio, che tende a confondere le cause con gli effetti, appare riprodotto nel regolamento istitutivo del nuovo Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere esterne (Eurosur)¹⁵⁰. Esso è definito come un «*quadro comune per lo scambio di informazioni e per la cooperazione tra gli Stati membri e l'Agenzia al fine di migliorare la conoscenza situazionale e di aumentare la capacità di reazione alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione [...], al fine di individuare, prevenire e combattere l'immigrazione clandestina e la criminalità*

¹⁴⁷ In questo senso, v. Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «L'immigrazione irregolare via mare nella regione euromediterranea» (parere d'iniziativa), (2014/C 67/07), GUUE C 67/32, 6.3.2014, punto 1.6: «Diritto d'asilo e sua concessione: va garantito il principio del non respingimento alle frontiere e si deve assicurare che tutte le persone che necessitano di protezione internazionale possano presentare domanda nell'UE e che questa sia esaminata dalle autorità nazionali competenti».

¹⁴⁸ V. *supra* LODGE, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁹ BYRNE, NOLL, VEDSTED-HANSEN, *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*, The Hague/London/New York, 2002, p. 10 ss.; SCHOTEL, *On the Right of Exclusion: Law, Ethics and Immigration Policy*, New York/Oxford, 2011.

¹⁵⁰ v. Comunicazione recante l'esame della creazione di un Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR), COM(2008)68 def. e Regolamento (UE) n. 1052/2013 del 22 ottobre 2013 che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur). Tale sistema è operativo dal 2 dicembre 2013 e mette in connessione le tecnologie di sorveglianza dei confini già esistenti, inclusi i satelliti e le tecnologie radar, al fine di ottenere una conoscenza completa di ciò che accade dentro e fuori i confini, con l'obiettivo di assistere le piccole imbarcazioni in mare in situazione di *distress* e di prevenire la criminalità transfrontaliera (soprattutto il traffico di stupefacenti e di esseri umani).

transfrontaliera e contribuire a garantire la protezione e la salvezza della vita dei migranti»¹⁵¹, quasi come se l'obiettivo di salvare la vita dei migranti debba essere perseguito impedendo loro il viaggio della speranza verso le coste europee, con il solo limite del divieto di cooperazione con i Paesi terzi quando sia noto che le informazioni diffuse sui movimenti migratori possano essere utilizzate da questi ultimi «per identificare persone o gruppi di persone la cui richiesta di accesso alla protezione internazionale è in fase d'esame o che rischiano gravemente di essere sottoposte a tortura, trattamenti o pene inumane o degradanti o altra violazione dei diritti fondamentali»¹⁵².

Nel credere che per fermare la malattia si possa anche uccidere il paziente, l'Europa si allinea alle prassi in uso in contesti regionali in cui la dotazione di strumenti normativi di protezione internazionale è decisamente meno significativa. È il caso dell'Australia, dove il 25 luglio 2011 il Governo ha annunciato un nuovo accordo per il trasferimento dei profughi giunti via mare in Malesia, Stato che da sempre considera l'obbligo di *non-refoulement* null'altro che un "*wishful legal thinking*" e che lo viola abitualmente¹⁵³. L'obiettivo dichiarato dell'accordo era, appunto, quello di "salvare" dal pericolo di morte in mare quei "*boat people*", scoraggiandone l'arrivo attraverso la minaccia della deportazione in Malesia. Il fattore deterrenza avrebbe, inoltre, consentito di contrastare «*the people smugglers' business model*», considerati i veri responsabili degli arrivi¹⁵⁴.

È appena il caso di ricordare quanto l'approccio europeo alla "deteritorializzazione" dei controlli migratori appaia ancora inadeguato alla luce di quel fondamentale principio di natura generale espresso dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Hirsi*, secondo il quale: «*the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of rights and*

¹⁵¹ Regolamento (UE) n. 1052/2013, art. 1. V. anche *EUROSUR Kicks Off: New Tools To Save Migrants' Lives And Prevent Crime At EU Borders* (IP/13/1182); *EUROSUR: Protecting the Schengen External Borders - Protecting Migrants' Lives* (MEMO/13/1070)

¹⁵² Ivi, art. 20, par. 5. Non si comprende bene, peraltro, come tale rischio possa essere noto alle autorità di frontiera degli Stati membri dell'Unione, dal momento che i migranti intercettati dal satellite si spostano, come si è più volte detto, in flussi misti, in cui l'identificazione dei potenziali rifugiati o beneficiari di protezione sussidiaria è già, di per sé, un'operazione estremamente complessa.

¹⁵³ Amnesty International, *Rapporto 2013. La situazione dei diritti umani nel mondo*, 2013, p. 290.

¹⁵⁴ WOOD, MCADAM, III. *Australian Asylum Policy all at Sea: An analysis of Plaintiff M70/2011 v Minister for Immigration and Citizenship and the Australia-Malaysia Arrangement*, ICLQ, vol. 61, 2012, p. 274 ss., p. 274.

guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction»¹⁵⁵.

Invero, un'inversione di tendenza presupporrebbe l'adozione di una strategia globale che intenda gestire i flussi migratori nel Mediterraneo, abbandonando la chimera di "serrare" le porte dell'Europa e di rimestare le acque attraverso una non chiara ripartizione delle responsabilità nelle operazioni congiunte di pattugliamento e d'interdizione¹⁵⁶. Il successo di siffatta strategia globale presupporrebbe, *à son tour*, una "equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri", ispirata al principio di solidarietà¹⁵⁷ e al "burden-sharing"¹⁵⁸.

La solidarietà tra gli Stati membri non è soltanto un'esigenza morale, ma trova sanzione nel diritto primario dell'Unione e precisamente nell'articolo di apertura del Titolo V TFUE, secondo cui l'Unione deve dotarsi di «una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi» (art. 67, par. 2 TFUE)¹⁵⁹. In modo ancora più incisivo, l'articolo 80 del TFUE statuisce che «[l]e politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio»¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, par. 178. Come si è già sottolineato, il *quid novi* della pronuncia nel caso *Hirsi* non è la condanna dell'Italia per l'operazione di respingimento *de qua*, essendo la sussistenza di un controllo *de jure* dello Stato convenuto pressoché pacifica (giacché i ricorrenti erano stati tradotti su imbarcazioni militari italiane). È, bensì, significativo che la Corte abbia ivi inteso ricostruire i tratti salienti della propria giurisprudenza in materia di *jurisdiction*, in quanto, attraverso tale sforzo ermeneutico, essa ha offerto spunti all'interprete in relazione a ipotesi di interdizione in acque internazionali in cui il *jurisdictional link* sia di più complessa ricostruzione. Il caso è analizzato *supra*, cap. 4, par. 5.

¹⁵⁶ Assemblea parlamentare del CdE, *Report of the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, 'Lives Lost in the Mediterranean Sea: Who Is Responsible?'*, Doc. 12895, 5 aprile 2012. In effetti, l'Unione ha adottato una strategia globale, denominata "GAMM" (*Global Approach to Migration and Mobility*), COM(2011) 743 final. Per un'analisi, v. *supra*, nota 124.

¹⁵⁷ V. art. 67, par. 2 e art. 80 TFUE.

¹⁵⁸ V. art. 78, par. 3 TFUE. In argomento, si rinvia a un interessante contributo che, partendo dalla qualificazione del *non-refoulement* come strumentale a garantire un "collective good", vale a dire quello della protezione internazionale, analizza da un punto di vista econometrico il "burden sharing" tra Stati piccoli e Stati grandi, per concludere che sono i primi a sopportare il maggiore onere migratorio. V. THIELEMANN, DEWAN, *Why States Don't Defect: Refugee Protection and Implicit Burden-Sharing*, Paper prepared for presentation at the ECPR Joint Session of Workshops, Uppsala, Sweden, 14-18 April 2004.

¹⁵⁹ V. art. 67, par. 2 TFUE.

¹⁶⁰ V. art. 80 TFUE. La solidarietà è anche alla base della cooperazione tra i Paesi dell'area Schengen, che comprende attualmente ventidue Stati membri dell'UE e quattro Paesi associati e

L'equa ripartizione è divenuta indispensabile nell'attuale contesto delle migrazioni forzate in conseguenza della costante espansione delle rotte migratorie marittime rispetto a quelle terrestri, per cui la gran parte dell'onere migratorio e della responsabilità per il controllo delle frontiere esterne dell'Unione ricade sui Paesi UE della fascia mediterranea¹⁶¹ che, pur restando spesso meri punti di accesso all'Unione e di partenza di flussi migratori secondari, diretti verso gli Stati dell'Europa continentale e settentrionale, si trovano periodicamente sotto pressione, in occasione di crisi umanitarie internazionali¹⁶². Purtroppo, la solidarietà è stata la grande assente durante la "crisi" migratoria che ha interessato i Paesi della fascia costiera meridionale dell'Unione in seguito alle c.d. "primavere arabe".

La querelle *italo-francese* sulla concessione da parte dell'Italia di un permesso di soggiorno con finalità umanitarie ai profughi tunisini in fuga verso l'Europa nei primi mesi del 2011 ha mostrato con forza i risultati dell'assenza di solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione nel difficile contesto attuale, in cui le vicende dell'asilo si intrecciano a quelle dell'immigrazione¹⁶³. Infatti, alla dura reazione degli altri Stati membri¹⁶⁴ alle richieste del Governo italiano di attivare un meccanismo di solidale redistribuzione dell'onere migratorio, previsto altresì dalla direttiva protezione temporanea¹⁶⁵ e, a partire dal Trattato di

si fonda sul mutuo riconoscimento delle decisioni degli Stati membri in materia di autorizzazione all'ingresso nello spazio senza frontiere interne dei cittadini di Paesi terzi (v. Codice frontiere Schengen, art. 2, par. 10 e *cons.* 6 del Preambolo). In assenza di un meccanismo indipendente di supervisione e valutazione della corretta applicazione delle proprie regole, il sistema Schengen si è retto sulla leale collaborazione tra i membri e sulla presunzione di conformità alle condizioni di primo ingresso, fissate dal Codice frontiere Schengen, dei controlli da essi effettuati alle frontiere. Ciò cambia in seguito all'adozione del recente Regolamento (UE) n. 1053/2013 del Consiglio, del 7 ottobre 2013, che istituisce un meccanismo di valutazione e di controllo per verificare l'applicazione dell'acquis di Schengen e che abroga la decisione del comitato esecutivo del 16 settembre 1998 che istituisce una Commissione permanente di valutazione e di applicazione di Schengen, spec. artt. 4, 14, 15 e 16. In argomento, DEN BOER (ed.), *Schengen Still Going Strong: Evaluation and Update*, Maastricht, 2000; ZAIOTTI, *Cultures of Border Control: Schengen and the Evolution of European Frontiers*, Chicago, 2011.

¹⁶¹ *Debat d'orientation sur l'immigration clandestine - Document de discussion diffuse sous l'autorité de M. Barrot*, SEC(2009)714/1.

¹⁶² In argomento ATAK, *La crise de l'Espace Schengen pendant le Printemps arabe: Impact sur les droits humains des migrants et des demandeurs d'asile*, RQDI, *Hors-série*, 2012, p. 123 ss.

¹⁶³ V. CARRERA, GUILD, MELINO, PARKIN, *A Race against Solidarity. The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, Bruxelles, 2011; IANOVITZ, *La situazione dei migranti a Lampedusa al vaglio del Sottocomitato ad hoc dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa*, DUDI, vol. 6, 2012, p. 217 ss.

¹⁶⁴ V. le posizioni di Austria, Belgio, Francia, Germania, Polonia, Slovacchia, Spagna. Solo Malta ha perorato la causa dell'attivazione di meccanismi di "burden sharing". In argomento, NASCIMBENE, DI PASCALE, *Italia fuori dall'Ue?*, *AffarInternazionali*, 13 aprile 2011; CARRERA, GUILD, MELINO, PARKIN, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁵ Dir. protezione temporanea, art. 5.

Lisbona, riprodotto nell'articolo 78, par. 3 TFUE¹⁶⁶, ha fatto da contraltare una risposta scarsamente incisiva dell'Unione¹⁶⁷.

Tale episodio, attorno al quale si è aperto un dibattito, la cui eco si è spinta molto al di là dell'effettivo rilievo del dato fattuale del numero degli sbarchi, ha condotto alla riforma della normativa europea al fine di introdurre una nuova procedura «*in caso di circostanze eccezionali che mettono a rischio il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne*»¹⁶⁸, che solleva numerosi dubbi circa la solidità di uno dei risultati maggiormente qualificanti del processo di integrazione europea – la libertà di circolazione delle persone – presupposto per il corretto funzionamento di tutta l'impalcatura eretta faticosamente a tutela della pace e della stabilità europea¹⁶⁹.

¹⁶⁶ V. art. 78, par. 3 TFUE: «*Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo*».

¹⁶⁷ In argomento, ci sia consentito rimandare a MIGNOLLI, VITIELLO, *L'Unione Europea, il Sistema Schengen e le migrazioni via mare. Considerazioni in merito al recente "caso Lampedusa"*, in ANGHELONE, UNGARI (a cura di), *Atlante geopolitico del Mediterraneo 2013*, Roma, 2012, p. 41 ss.

¹⁶⁸ Regolamento (UE) n. 1051/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 che modifica il regolamento (CE) n. 562/2006 al fine di introdurre norme comuni sul ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne in circostanze eccezionali, art. 26. L'adozione del Regolamento è stata preceduta da una querelle interistituzionale di non poco conto. In merito al Pacchetto Schengen, il Parlamento e il Consiglio sono addivenuti ad un accordo provvisorio (v. comunicato stampa 221 (10239/13), Bruxelles, 30 maggio 2013) dopo che il 14 giugno 2012 il Parlamento aveva deciso di sospendere i lavori parlamentari in relazione alla riforma di Schengen in segno di protesta nei confronti del Consiglio che, il 7 giugno 2012 aveva approvato all'unanimità il Pacchetto Schengen senza consultare il Parlamento (v. Euractive, *Parliament boycotts EU justice talks in protest over Schengen*, 15 June 2012).

¹⁶⁹ Il principio cardine dell'integrazione europea, ovvero quello della libertà di circolazione, messo a repentaglio già nel 2011 dalla *querelle* italo-francese sul permesso di soggiorno ai migranti tunisini fuggiti in massa a seguito delle primavere arabe, e in tempi recentissimi nuovamente calpestato dal nuovo testo sul lavoro ("*Aspetti legali e lotta all'utilizzo dell'assistenza sociale da parte dei cittadini degli Stati membri dell'UE*") presentato dal governo della Cancelliera tedesca che prevede l'espulsione dei cittadini di altri Stati dell'Unione che restino disoccupati per sei mesi in Germania, è stato umiliato altresì dal referendum svizzero del febbraio 2014, conclusosi favorevolmente per l'iniziativa del partito antieuropeista dell'Unione democratica di centro "contro l'immigrazione di massa" volta a fissare un tetto massimo per i permessi di soggiorno agli stranieri intenzionati a risiedere in Svizzera o aprirvi un'attività lucrativa, in via stabile o pendolare al fine di limitare a quote flessibili o fisse l'entrata d'immigrati, compresi i richiedenti asilo, con la conseguente revisione degli accordi di cooperazione tra la Svizzera e l'UE che prevedono la libertà di circolazione (iniziativa implicante la modifica degli articoli 197 e 121, "Dimora e domicilio degli stranieri", della costituzione svizzera, la Bundesverfassung). E non si tratta di un *trend* isolato, bensì di un traguardo cui guardano con ambizione anche Cameron nel Regno Unito e Marine Le Pen in Francia, senza contare che nel 2013 il Belgio ha rispedito a casa 2.712 cittadini UE perché "troppo poveri", tra cui 265 italiani. V. RAGUSA, *Goodbye Europa, il Belgio espelle i cittadini Ue*, *Linkiesta*, 31 gennaio 2014; CARAVITA, MAINARDI, *La Svizzera chiude le porte*, *Federalismi.it*, 12 febbraio 2014; RAGUSA, *La Germania espelle i disoccupati*

In tempi più recenti, il rispetto dell'obbligo di non respingimento da parte degli Stati ha subito nuovi e pericolosi attacchi. Nel luglio 2013, il Primo Ministro maltese ha dichiarato l'intenzione di valutare l'opzione del *refoulement* di un gruppo di richiedenti asilo somali verso la Libia in segno di protesta contro l'assenza di meccanismi di ripartizione dell'onere migratorio nell'Unione¹⁷⁰. Peraltro, non è stata la mediazione delle Istituzioni dell'Unione a convincerlo ad abbandonare tali propositi, quanto un ordine interinale della Corte EDU d'immediata sospensione della misura di *refoulement*¹⁷¹.

Nell'agosto 2013, si sono verificati nuovi episodi di respingimento di migranti in mare verso la Libia, che hanno coinvolto l'Italia e Malta. Quello più eclatante ha riguardato la richiesta italiana ai comandanti delle navi commerciali *Salamis* e *Adakent* di modificare le loro rotte per ricondurre un gruppo di migranti soccorsi in mare al porto di partenza, in Libia. A tale richiesta aveva fatto seguito il rifiuto da parte del comandante del *Salamis*, che aveva proseguito la sua rotta prevista per Malta, dove, tuttavia, alla nave era stato impedito l'attracco per evitare lo sbarco dei profughi¹⁷².

europèi. *Se resti senza lavoro per sei mesi, Berlino ti rimanda a casa. Anche Cameron pensa a un giro di vite*, *Linkiesta*, 3 aprile 2014.

¹⁷⁰ Amnesty International, *Malta: Collective Expulsions, Push-Backs And Violating The Non-Refoulement Principle Are Never An Option*, EUR 33/001/2013, 12 July 2013.

¹⁷¹ Il 9 luglio 2013, è arrivato l'ennesimo richiamo della Corte europea nei confronti di Malta, a cui tale giurisdizione ha imposto l'immediata sospensione di una misura di allontanamento verso la Libia di immigrati somali ed eritrei ai quali era stato negato l'accesso alle procedure di asilo in tale Stato. V. ECRE, *ECtHR Blocks Pushback of Somali Migrants from Malta to Libya following Outcry from Civil Society*, *ECRE Weekly Bulletin*, 12 July 2013. Accessibile online all'indirizzo: [<http://www.asylumineurope.org/news/15-07-2013/ecthr-blocks-pushback-somali-migrants-malta-libya-following-outcry-civil-society>]. All'ordine interinale di Strasburgo ha fatto da eco la dichiarazione della Commissaria Malmström, nella quale si afferma: «*I would like to stress that according to EU and international obligations, all people arriving in the EU territory are entitled to file an asylum request and to have a proper assessment of their situation. Any return operation has to respect in full these obligations and in particular the principle of non-refoulement inscribed in the EU law and in the International Conventions. The European Commission will use all the tools at its disposal to make sure Member States fully respect their obligations in this regard. We also stand ready to increase our support to Malta if it should face growing migratory pressure. Should Maltese authorities ask for it, we are ready to engage in discussions on further measures, be it financial support or assistance through the European Asylum Support Office (EASO) and Frontex*». V. *Malta Considering Push-Backs: Statement By Home Affairs Commissioner, Cecilia Malmström European Commission - MEMO/13/676*, 09/07/2013.

¹⁷² CdE, *Assemblea Parlamentare, Report of the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, The "Left-to-die" Boat: Actions and Reactions*, Doc. 13532, 9 giugno 2014, par. 38. In questo rapporto si chiede, a tal proposito, l'abrogazione delle norme incriminatrici nei casi in cui i pescherecci intervengano per salvare vite umane in mare (ivi, par. 80).

Nell'ottobre 2013, la tragedia delle centinaia di migranti morti a pochi metri dalla riva dell'isola di Lampedusa ha riaperto le polemiche sull'incapacità dell'Unione e degli Stati membri di prestare soccorso ai migranti in mare¹⁷³.

Questi tragici eventi hanno sconvolto le opinioni pubbliche e indotto l'isola di Lampedusa ad adottare una propria "carta" dei diritti dei migranti, in cui è contemplato il diritto di "restare", la libertà di movimento e soprattutto «la necessità di sospendere immediatamente ogni pratica di respingimento formale e informale alle frontiere interne ed esterne dell'Unione europea»¹⁷⁴.

Dal canto suo, lo Stato italiano ha lanciato un'operazione umanitaria su larga scala per la ricerca e il soccorso delle imbarcazioni in *distress* nel tratto di mare che separa le coste siciliane da quelle libiche¹⁷⁵. Tale operazione, chiamata *Mare Nostrum*, ha avuto un indiscutibile successo nel ridurre il numero di morti in mare nel corso del 2013¹⁷⁶.

Tuttavia, la conseguenza "inintenzionale" di tali salvataggi è stata un'enorme pressione sul sistema italiano di accoglienza e un conseguente aggravamento delle già precarie condizioni di vita dei migranti nei sovraffollati centri del sud Italia¹⁷⁷. Peraltro, l'operazione *Mare Nostrum* ha finito per attirare a sé le critiche degli altri Paesi europei, in quanto la prospettiva di salvezza che essa ha offerto ai migranti in mare avrebbe incentivato le partenze di "barconi" dalle coste libiche¹⁷⁸, ponendosi in contrasto con l'approccio, invero discutibile¹⁷⁹, dell'Unione, fondato, come si è detto, sulla deterrenza, e riflesso altresì nel mandato della *Task Force* sul Mediterraneo, istituita in seguito ai tragici eventi di Lampedusa¹⁸⁰ e presieduta dalla Commissione europea¹⁸¹.

¹⁷³ NASCIBENE, *L'Italia chiama, l'Europa tentenna, AffarInternazionali*, 15 ottobre 2013.

¹⁷⁴ Carta di Lampedusa, testo approvato dall'Isola il 1° febbraio 2014, accessibile online all'indirizzo: [http://www.ildialogo.org/norazzismo/documenti_1391466931.htm].

¹⁷⁵ CdE, Assemblea Parlamentare, *Report of the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, The Large-Scale Arrival of Mixed Migratory Flows on Italian Shores*, par. 12.

¹⁷⁶ Ivi, par. 13 ss.

¹⁷⁷ MASERA, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, DUDI, 2014, p. 83 ss.

¹⁷⁸ *The Large-Scale Arrival of Mixed Migratory Flows on Italian Shores*, cit., par. 16 ss.

¹⁷⁹ Per simili rilievi DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, cit., p. 67, nota 17.

¹⁸⁰ Peraltro, questi eventi hanno avuto come risultato iniziale quello di indurre la Commissione a proporre una nuova missione Frontex, questa volta estesa a tutto il Mediterraneo, nell'indifferenza di molti Stati membri continentali. V. *EU pressed to rethink immigration policy after Lampedusa tragedy European commissioner calls for EU rescue mission for migrants spanning entire Mediterranean from Spain to Cyprus*, *The Guardian*, 8 October 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.theguardian.com/world/2013/oct/08/eu-immigration-policy-lampedusa-tragedy>].

¹⁸¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio sul lavoro della *Task-Force* per il Mediterraneo guidata dalla Commissione, COM(2013) 869 def., 04.12.2013. V. anche

Come si dirà nelle pagine che seguono, l'adozione di un nuovo pacchetto di strumenti normativi in materia di protezione internazionale, da solo, non è in grado di porre un argine a questa tendenza securitaria, che anzi appare riflessa in molte delle nuove disposizioni, come in quelle che riguardano l'accesso alla protezione internazionale.

6. (segue) *L'engagement degli Stati europei nella "war on terror" e le flagranti violazioni del divieto di refoulement: la posizione del Parlamento europeo.*

I tragici eventi dell'11 settembre 2001 e la recrudescenza del terrorismo internazionale non hanno avuto un impatto soltanto sulle politiche di immigrazione e asilo ma anche sugli strumenti e sulle modalità di cooperazione giudiziaria in materia penale adottate dagli Stati europei¹⁸², molto spesso al di fuori della legalità costituzionale dell'Unione e del diritto internazionale. Tali prassi statuali, risultato della circostanza che la maggior parte degli Stati dell'Unione abbia aderito alle posizioni statunitensi sull'esigenza di comprimere il divieto di respingimento per garantire effettività alle misure di contrasto del terrorismo internazionale¹⁸³, hanno condotto a gravi e flagranti violazioni dell'obbligo di *non-refoulement*.

Rispetto al ricorso a pratiche di "*extraordinary rendition*" e di "*secret detention*", il Parlamento europeo ha, in numerose occasioni, messo in guardia gli Stati, sottolineando che «*the fight against terrorism must be fought on the basis of, and in order to protect, our common values of democracy, the rule of law, human rights and fundamental freedoms*»¹⁸⁴, riconoscendo che tali pratiche comportano violazioni plurime di molteplici diritti umani, tra cui la libertà dalla tortura e da

Lampedusa Follow Up: Concrete Actions to Prevent Loss of Life in the Mediterranean and Better Address Migratory and Asylum Flows (IP/13/1199).

¹⁸² GIANELLI, *La tutela dei diritti dell'uomo nella lotta al terrorismo tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, in *La protezione dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 49 ss. V. anche KELLER, FISCHER, *The UN Anti-Terror Sanctions Regime Under Pressure*, HRLR, vol. 9, 2009, p. 257 ss.

¹⁸³ Nel settembre 2006, l'allora Presidente degli Stati Uniti, Bush, riconobbe l'esistenza di una rete segreta di carceri della CIA di cui, secondo le dichiarazioni di Margaret Beckett, Segretario di Stato britannico degli Affari esteri e del Commonwealth, il Governo britannico era a conoscenza. V. *President Bush Acknowledges Secret Prisons*, in *Global Issues*, September 7, 2006, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.globalissues.org/article/676/president-bush-acknowledges-secret-prisons>].

¹⁸⁴ V. ad es., *Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation and Illegal Detention of Prisoners* (2006/2200(INI)), FINAL A6-0020/2007, 30.1.2007, lett. (F).

trattamenti crudeli, inumani e degradanti, l'*habeas corpus*, il diritto a un giusto processo e il divieto di sparizioni forzate, potendo altresì dare luogo a ipotesi di ingiustificata privazione del diritto alla vita. Inoltre, in riferimento al divieto di tortura, il Parlamento europeo ha ribadito con forza la sua natura imperativa e ne ha dedotto alcuni effetti giuridici fondamentali:

«[T]he prohibition of torture is a peremptory norm of international law (jus cogens) from which no derogation is possible and the obligation to protect against, investigate and sanction torture is an obligation owed by all states (erga omnes), as provided by Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and the related case law, Article 4 of the Charter of Fundamental Rights, and national constitutions and laws; [...] specific conventions and protocols on torture and monitoring mechanisms adopted at the European and international level demonstrate the importance attached to this inviolable norm by the international community; [...] the use of diplomatic assurances is incompatible with this obligation»¹⁸⁵.

Nel *Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation and Illegal Detention of Prisoners* del 2007, in relazione alla posizione del Governo italiano nella vicenda dell'imam milanese Abu Omar¹⁸⁶, il Parlamento europeo aveva preso atto del coinvolgimento delle autorità italiane nel rapimento del rifugiato politico egiziano¹⁸⁷, che fu trasferito prima presso la base NATO di Aviano, poi in Germania e, infine, consegnato all'Egitto, nelle cui prigioni è stato detenuto senza equo processo e torturato¹⁸⁸.

Il Parlamento aveva altresì condannato il coinvolgimento delle autorità britanniche, *inter alia*, nella cattura di un cittadino iracheno e di uno giordano residenti nel Regno Unito, arrestati in Gambia, consegnati alle autorità statunitensi, che li avrebbero trasportati in aereo prima in Afghanistan e poi nel

¹⁸⁵ Ivi, lett. (G) della *Motion For A European Parliament Resolution on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners* (2006/2200(INI)), p. 4.

¹⁸⁶ In argomento, PANETTA, *Extraordinary renditions: il mancato bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e il segreto di Stato. Riflessioni a margine del caso Abu Omar*, UNIPG, accessibile online all'indirizzo: [<https://diritti-cedu.unipg.it>].

¹⁸⁷ *Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation And Illegal Detention Of Prisoners*, cit., par. 50. Nasr Osama Mostafa, cittadino egiziano e imam di Milano con il nome di Abu Omar, era giunto in Italia nel 1998 e godeva dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra. È stato sequestrato il 17 febbraio 2003 da un commando composto da dieci agenti della CIA e da un carabiniere del ROS di Milano. V. Cass. pen., sez. V, 19 settembre 2012 (dep. 29 novembre 2012), n. 46340, Pres. Zecca, Rel. Marasca, imp. Adler e a.

¹⁸⁸ *Abu Omar: così mi hanno rapito e torturato*, in *Corriere della Sera*, 12 febbraio 2007.

carcere di Guantánamo, dove sono stati detenuti senza accesso all'assistenza legale e prospettiva di un regolare processo¹⁸⁹.

Nella Risoluzione in materia di trasporto e di detenzione illecita in territorio europeo di presunti terroristi da parte della CIA, adottata dal Parlamento europeo il 4 settembre 2013¹⁹⁰, l'organo assembleare dell'Unione ha sottolineato l'importanza della sentenza della Corte europea nel caso *El-Masri*, con la quale, come si è detto, i giudici di Strasburgo hanno condannato l'ex Repubblica Jugoslava di Macedonia per la violazione (definita dalla Corte di "eccezionale gravità") degli articoli 3, 5, 8, 13 della CEDU in relazione alla *extraordinary rendition* di Khaled El-Masri¹⁹¹.

Ha altresì rimarcato che il caso *El-Masri* è l'epifenomeno di una tendenza generale alla compressione del diritto di informazione e delle norme di *due process* dei detenuti nella lotta al terrorismo internazionale¹⁹², che emergerebbe tanto dalla moltiplicazione dei ricorsi dinanzi a Strasburgo¹⁹³, quanto dal *follow up* delle pratiche statuali da parte del Parlamento stesso¹⁹⁴.

In relazione alla risposta delle altre Istituzioni dell'Unione al problema della complicità dell'Europa nelle *secret detentions* e nelle *extraordinary renditions* praticate dagli USA, il Parlamento, a sette anni dal *Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation and Illegal Detention of Prisoners*, ha dovuto constatare che pochi passi avanti sono stati compiuti.

Ha ritenuto insufficienti e generici gli inviti, al rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale, rivolti dalla Commissione agli Stati membri e ha concluso di essere: «*highly disappointed by the Commission's refusal to respond in substance to Parliament's recommendations*»¹⁹⁵.

¹⁸⁹ *Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation And Illegal Detention Of Prisoners*, cit., par. 69. Il Parlamento ha condannato altresì la consegna straordinaria in due occasioni di Binyam Mohammed, cittadino etiope residente nel Regno Unito (par. 72).

¹⁹⁰ *Resolution on Alleged Transportation and Illegal Detention of Prisoners in European Countries by the CIA* (2013/2702(RSP), B7-0379/2013, 4.9.2013, punto primo.

¹⁹¹ V. *supra*, cap. 5, Corte EDU, *El-Masri c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, cit., par. 270.

¹⁹² *Resolution on Alleged Transportation and Illegal Detention of Prisoners in European Countries by the CIA*, cit., punto secondo.

¹⁹³ V. Corte EDU, *Al-Nashiri c. Polonia*, cit.; *Al-Nashiri c. Romania*, cit.; *Abu Zubaydah c. Lituania*, cit.; *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, cit.

¹⁹⁴ V. *Resolution of 11 September 2012 on 'alleged transportation and illegal detention of prisoners in European countries by the CIA: follow-up of the European Parliament TDIP Committee report (2012/2033(INI))'*, P7_TA(2012)0309.

¹⁹⁵ *Ivi*, par. 10.

In merito alla situazione italiana, l'Assemblea europea ha preso atto della pronuncia della Cassazione del settembre 2012¹⁹⁶ e di quella della Corte di appello di Milano del febbraio 2013¹⁹⁷, che hanno portato a conclusione l'indagine seguita al trasferimento extragiudiziale in Egitto del rifugiato Abu Omar con la condanna (*in absentia*) degli agenti americani coinvolti nel sequestro, nonché degli ex vertici dei servizi segreti italiani per le rispettive responsabilità in quella consegna straordinaria¹⁹⁸.

Nella rocambolesca vicenda giudiziaria legata al caso Abu Omar, l'accertamento dei fatti è stato complicato dall'apposizione del segreto di Stato da parte del governo italiano, che ha altresì sollevato dinanzi alla Corte costituzionale per ben due volte il conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, prima in relazione alla decisione della Cassazione di annullare con rinvio la sentenza della Corte di appello di Milano di parziale proscioglimento degli agenti del SISMI¹⁹⁹ e poi in relazione alla pronuncia del Tribunale di appello di Milano di condanna di questi ultimi²⁰⁰.

Inoltre, mentre è pendente un ricorso contro l'Italia proposto dall'ex imam di Milano e dalla moglie dinanzi alla Corte di Strasburgo²⁰¹, alle sentenze richiamate ha fatto seguito la concessione della grazia da parte del Presidente della Repubblica italiana al colonnello americano Joseph Romano²⁰². Tale atto è stato apertamente criticato dal Parlamento europeo, che ha sottolineato come esso contribuisca «*to the overall environment of impunity for the persons implicated in the US-led rendition and secret detention programmes*»²⁰³.

¹⁹⁶ Cass. pen., sez. V, 19 settembre 2012 (dep. 29 novembre 2012), n. 46340, Pres. Zecca, Rel. Marasca, imp. Adler e a.

¹⁹⁷ Corte d'Appello Milano, (Sez. IV pen.), *Imp. Di Gregori et al.*, sent. 12 febbraio 2013, n. 985. In commento, VIGANÒ, *Il caso Abu Omar: le motivazioni della sentenza di rinvio della Corte d'Appello che condanna vertici e funzionari del SISMI*, DPC, 7 aprile 2013. V. anche Corte d'Appello Milano, (Sez. III pen.), *Imp. Medero et al.*, sent. 1 febbraio 2013. In commento, *Caso Abu Omar: la Corte d'Appello ribalta per il personale d'ambasciata la decisione liberatoria del primo grado*, DPC, 4 marzo 2013.

¹⁹⁸ *Resolution of 11 September 2012 on 'alleged transportation and illegal detention of prisoners in European countries by the CIA*, cit., par. 10, punti terzo e quarto.

¹⁹⁹ Corte cass., (Sez. V pen.), *Imp. Adler et al.*, sent. 19 settembre 2012, n. 46340. Il conflitto è stato dichiarato ammissibile dalla Corte cost. con ord. 12 aprile 2013, n. 69.

²⁰⁰ Corte d'Appello Milano, *Imp. Di Gregori et al.*, cit. Il conflitto è stato dichiarato ammissibile dalla Corte cost. con ord. 21 ottobre 2013, n. 244. In commento, *Un nuovo passaggio del conflitto tra poteri dello Stato che prosegue riguardo al caso Abu Omar*, DPC, 23 ottobre 2013.

²⁰¹ Corte EDU, *Nasr et Ghali c. Italia*, n. 44883/09, comunicato alle parti il 22 novembre 2011. V. *Factsheet - Terrorism and the ECHR*, October 2013.

²⁰² *Abu Omar, Napolitano concede la grazia a Joseph Romano*, *Il fatto quotidiano*, 5 aprile 2013.

²⁰³ *Resolution on Alleged Transportation and Illegal Detention of Prisoners in European Countries by the CIA*, cit., par. 8.

E, d'altra parte, occorre riconoscere che recentemente, nella prassi italiana, il diritto fondamentale dello straniero a non essere consegnato ai propri torturatori è stato sempre più spesso soccombente rispetto alla ragion di Stato. Esempio è la dinamica del rimpatrio, avvenuto il 31 maggio 2013, della cittadina kazaka Alma Shalabayeva e di sua figlia Alua di sei anni²⁰⁴, rispettivamente moglie e figlia di Mukhtar Ablyazov, principale oppositore del regime dittatoriale di Nazarbayev, e per questo detenuto, perseguitato e torturato nel Paese di origine²⁰⁵, da dove è riuscito a fuggire nel 2009, rifugiandosi prima a Londra e poi in Italia²⁰⁶.

In relazione al caso Ablyazov si era indirettamente pronunciata la Corte di Strasburgo in una sentenza del febbraio 2013, in cui aveva sostenuto che l'extradizione di una persona di fiducia del *leader* politico non l'avrebbe esposta al rischio di tortura²⁰⁷. Tuttavia, la violazione dei diritti delle due donne deportate, nel caso Shalabayeva, prescinde dall'accertamento del potenziale rischio di tortura cui sarebbero andate incontro in patria e riguarda le modalità del rimpatrio.

Infatti, la donna e la piccola figlia sono state prelevate dalla loro abitazione e consegnate alle autorità kazake con un vero e proprio *blitz*, senza che fosse consentito loro di presentare un ricorso avverso alla decisione di allontanamento o di proporre una domanda di protezione internazionale²⁰⁸ e senza tener conto delle esigenze di maggiore protezione della figlia minore²⁰⁹. Nell'ambito della violazione delle garanzie di *due process* che discendono

²⁰⁴ Roma, *fermate ed espulse la moglie e la figlia di un oppositore al regime kazako*, *Il Fatto quotidiano*, 5 giugno 2013.

²⁰⁵ V. *Amnesty International Report 2003 - Kazakistan*, 28 May 2003, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.refworld.org/docid/3edb47d81c.html>]; *Amnesty International Report 2004 - Kazakistan*, 26 May 2004, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.refworld.org/docid/40b5a1f810.html>].

²⁰⁶ GESTRI, *Spina kazaka nella diplomazia italiana*, *AffarInternazionali*, 17 agosto 2013.

²⁰⁷ Corte EDU, *Yefimova c. Russia*, n. 39786/09, sent. 19 febbraio 2013, par. 208. Veronika Yefimova, cittadina kazaka, era ricercata in Kazakistan per appropriazione indebita durante la gestione di una banca privata poi nazionalizzata, la BTA Bank. Nel 2009 si era recata a Mosca per motivi di salute, dove era stata scoperta e arrestata. Dopo un'infruttuosa richiesta di asilo, era stata estradata, su richiesta, in Kazakistan. Aveva, dunque, proposto un ricorso a Strasburgo lamentando, *inter alia*, sotto il profilo materiale, che l'extradizione l'avesse esposta a trattamenti crudeli in patria in quanto sostenitrice del dissidente Ablyazov, e sotto il profilo procedurale che non le fosse stato riconosciuto in Russia il diritto di ricorso avverso alla decisione di rigetto della sua istanza di asilo.

²⁰⁸ DE SENA, *Il caso "Shalabayeva": alcune questioni, e qualche spunto di risposta e riflessione "a caldo"*, *Sidi-Isil.org*, 17 luglio 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=407>].

²⁰⁹ DE VITTOR, *Il caso Shalabayeva e la minore dimenticata*, in *Sidi-Isil.org*, 19 luglio 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=432>].

dall'obbligo di *non-refoulement*, particolarmente grave è stata la circostanza che le autorità italiane, agendo sulla base di un decreto di espulsione, non si siano limitate alla riconduzione alla frontiera della donna, consentendole di cercare rifugio in un Paese terzo "sicuro" diverso dal Paese di origine²¹⁰, ma l'abbiano consegnata alle autorità kazake²¹¹.

Gli esperti delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti, sulla tortura e sull'indipendenza del potere giudiziario Crépeau, Méndez e Knaul hanno severamente condannato l'operato italiano in relazione al caso Shalabayeva, affermando che «[t]he circumstances of the deportation give rise to the appearance that this was in fact an extraordinary rendition which is of great concern to us»²¹² e chiedendo all'Italia di adoperarsi per raggiungere un accordo diplomatico sul ritorno della donna e della minore. Intanto, le autorità italiane avevano già precipitosamente predisposto la revoca del decreto di espulsione della donna²¹³, che è riuscita a tornare in Italia con la sua bambina nel dicembre 2013, in seguito alle pressioni del Ministero degli Esteri italiano e al pagamento di una cauzione²¹⁴, e nell'aprile 2014 ha ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato²¹⁵. Il caso Shalabayeva ricorda, "lieto fine" a parte, «quello del leader curdo Abdullah Öcalan espulso dall'Italia nel 1999 e catturato dai servizi turchi in Kenya. A Öcalan fu riconosciuto il diritto di asilo "postumo" dal Tribunale di Roma, quando ormai era detenuto nelle prigioni turche, dove si trova tuttora»²¹⁶.

²¹⁰ V. ad es. Corte EDU, *Mamatkulov e Azkarov c. Turchia*, cit., par. 96, in cui si afferma che lo straniero che deve essere espulso ha nondimeno il diritto «to sufficient time and necessary facilities in which to prepare his or her case».

²¹¹ RONZITTI, *Caso Shalabayeva. Soluzione per il pasticcio kazako*, *AffarInternazionali*, 29 luglio 2013, accessibile online all'indirizzo: [http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=2379].

²¹² UNHCR, *UN Human Rights Experts Urge Italy to Seek Return of Illegally Deported Kazakh Mother and Daughter*, Geneva, 18 July 2013.

²¹³ V. Prefettura di Roma, prot. n. 1207/2013/Gab, Pref. Pecoraro, 12 luglio 2013.

²¹⁴ *Asilo politico ad Alma Shalabayeva* «Ora potrà restare in Italia», *Il Corriere della Sera*, 18 aprile 2014, accessibile online all'indirizzo: [http://www.corriere.it/cronache/14_aprile_18/asilo-politico-ad-alma-shalabayeva-ora-potra-restare-italia-38ce900a-c720-11e3-ae19-53037290b089.shtml].

²¹⁵ Unione forense per la tutela dei diritti umani, *L'Italia riconosce lo status di rifugiato ad Alma Shalabayeva*, 22 aprile 2014.

²¹⁶ RONZITTI, *Caso Shalabayeva. Soluzione per il pasticcio kazako*, cit.

7. *Il contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione in materia di immigrazione e asilo: cenni.*

La Corte di Lussemburgo ha contribuito in maniera sostanziale alla (ri)definizione degli *standard* di tutela delle persone bisognose di protezione nello spazio europeo²¹⁷. Ne è un chiaro esempio lo sforzo compiuto per chiarire il contenuto della Direttiva sulle qualifiche, al fine di renderlo il più possibile coerente con gli obiettivi della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato e con il rispetto dei diritti fondamentali contenuti nella Convenzione europea e nella Carta di Nizza.

A tal riguardo, il principale filone giurisprudenziale che viene in rilievo è quello volto a interpretare il significato e la portata della nozione di "danno grave" (di cui all'articolo 15 della Direttiva qualifiche) come presupposto per il riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria. Il problema si poneva soprattutto in relazione alla lett. c) di tale articolo, che annovera, tra le determinanti del rischio di subire un danno grave, l'esistenza di una "minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale".

La ricercata ambiguità della formulazione prescelta dal Legislatore europeo, che giustappone la nozione di "minaccia grave derivante da violenza indiscriminata" a quella di "minaccia individuale" aveva determinato una scarsa operatività dell'articolo 15, lett. c), della Direttiva qualifiche nella prassi statale, almeno fino alla pronuncia in via pregiudiziale resa nel caso *Elgafaji*²¹⁸. Qui, la Corte di Lussemburgo non si era limitata a sostenere che un richiedente

²¹⁷ In generale, sulla giurisprudenza di Lussemburgo in materia di protezione internazionale v. NASCIMBENE, *Il diritto di asilo. Gli standard di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standard internazionali*, cit., p. 25 ss.. Ci sia inoltre consentito rinviare a VITIELLO, *The Jurisprudence of the European Court of Justice on Refugee Law. Analysis and Perspectives*, AWR Bulletin, vol. 50, 2012, p.183 ss.

²¹⁸ CGUE, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, sent. 17 febbraio 2009, parr. 28-35-37. Analogamente, una recente sentenza della Corte Federale australiana, *SZGIZ v. Minister for Immigration and Citizenship*, cit., ha chiarito il significato della nozione di "significant harm" nella recente riforma della normativa australiana sull'immigrazione, che ha introdotto la protezione complementare (*Migration Amendment (Complementary Protection) Bill 2011*). Secondo la Corte Federale australiana, infatti: «The phrase "significant harm" in s 36(2)(aa) is elucidated by s 36(2A) which is as follows: (2A) A non citizen will suffer significant harm if: (a) the non citizen will be arbitrarily deprived of his or her life; or (b) the death penalty will be carried out on the non citizen; or (c) the non citizen will be subjected to torture; or (d) the non citizen will be subjected to cruel or inhuman treatment or punishment; or (e) the non citizen will be subjected to degrading treatment or punishment» (par. 19).

non dovesse necessariamente provare di essere minacciato individualmente nel proprio Paese di origine per ottenere il riconoscimento di tale *status*²¹⁹.

Aveva altresì aggiunto che, dalla previsione della norma contenuta nella lett. c), dell'articolo 15, tra le determinanti del "danno grave", discendesse la maggiore estensione, *ratione personarum*, della protezione sussidiaria riconosciuta nell'Unione rispetto a quella garantita dalle forme di protezione complementare offerte dalla giurisprudenza di Strasburgo in relazione all'articolo 3 CEDU²²⁰.

Peraltro, dopo aver ricostruito autonomamente il contenuto e la portata del diritto alla c.d. "protezione sussidiaria" ai sensi dell'articolo 15, lett. c) della Direttiva qualifiche²²¹, la Corte di giustizia aveva rilevato – in un *obiter dictum*²²² – che l'interpretazione da essa offerta delle pertinenti disposizioni della direttiva era perfettamente compatibile con la giurisprudenza della Corte europea in merito all'articolo 3 CEDU. Tuttavia, non aveva chiarito in cosa si sostanziasse l'avanzamento della tutela contro il rischio di *refoulement* contenuto nella norma codificata nel diritto dell'Unione rispetto alla consolidata giurisprudenza *Soering* della Corte europea²²³ che, interrogata a sua volta sulla medesima questione, nel caso *Sufi e Elmi c. Regno Unito*²²⁴, si è limitata, forse in maniera un po' apodittica²²⁵, a equiparare il livello di protezione offerto dall'articolo 3 CEDU e dall'articolo 15 della Direttiva qualifiche dell'Unione, proprio mediante il richiamo al summenzionato *obiter dictum* della sentenza *Elgafaji*²²⁶.

In realtà, in *Sufi ed Elmi* tale equiparazione appariva meramente formale²²⁷, in quanto la Corte europea aveva comunque tenuto a precisare autonomamente

²¹⁹ *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, spec. par. 35, dove la Corte afferma che «si deve intendere il termine «individuale» nel senso che esso riguarda danni contro civili a prescindere dalla loro identità».

²²⁰ *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, cit., parr. 33-34.

²²¹ *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, cit., par. 28 ss.

²²² CGUE, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, cit., par. 44.

²²³ In argomento v. ZANIBONI, *La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e garanzie procedurali*, in ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 207 ss., spec. pp. 216-219 e 228-233; CASTELLANETA, *Basta l'esistenza di una violenza indiscriminata per dimostrare il pericolo in caso di rimpatrio*, *Guida dir.*, n. 11, 2009, p. 78 ss.

²²⁴ V. Corte EDU, *Sufi ed Elmi c. Regno Unito*, cit.

²²⁵ Per simili rilievi, LAMBERT, *The Next Frontier: Expanding Protection in Europe for Victims of Armed Conflict and Indiscriminate Violence*, *IJRL*, vol. 25, 2013, p. 207 ss.; IPPOLITO, *The Contribution of the European Courts to the Common European Asylum System and its Ongoing Recast Process*, *MJ*, vol. 20, 2013, p. 261 ss., pp. 264-265.

²²⁶ Ivi, parr. 225-226. Per un esempio di giurisprudenza risalente in materia v. su tutti Corte EDU, *Vilvarajah c. Regno Unito*, cit.

²²⁷ Ivi, par. 218.

il contenuto degli elementi chiave nella valutazione del rischio derivante da violenza generalizzata o da un conflitto armato²²⁸. Nella recente sentenza *K.A.B. c. Svezia*²²⁹, la Corte europea ha portato alle estreme conseguenze l'equiparazione, formulando una presunzione assoluta di equipollenza del *risk assessment* sulla base dell'articolo 3 CEDU e dell'articolo 15 della Direttiva qualifiche dell'Unione²³⁰.

Nuovo impulso alla contaminazione giurisprudenziale tra le due Corti europee in relazione alla nozione di "danno grave" potrebbe venire dalla recente pronuncia resa dalla Corte di Lussemburgo nel caso *Diakité*²³¹, in cui ha sostenuto che la nozione di "minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata", in situazioni di conflitto armato interno, debba comprendere qualsiasi «situazione in cui le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o nella quale due o più gruppi armati si scontrano tra loro»²³².

Di conseguenza, nella procedura del *risk assessment* finalizzata all'accertamento dello *status* di protezione sussidiaria, non rilevano gli elementi che il diritto internazionale umanitario ritiene necessari affinché sia configurabile l'ipotesi di conflitto armato interno, come l'intensità della violenza, il livello di organizzazione delle forze in campo e la durata della crisi²³³, ma la sola circostanza che, in caso di allontanamento verso il Paese in guerra civile, il richiedente si troverebbe in una situazione di pericolo tale da integrare una minaccia grave contro la propria vita, la propria libertà, la propria incolumità²³⁴.

Tale conclusione è perfettamente in linea con la natura umanitaria del regime di protezione internazionale. La nozione di "conflitto armato interno",

²²⁸ Ivi, par. 248, in cui la Corte individua quattro elementi chiave nel *risk assessment*: «the indiscriminate bombardments and military offensives carried out by all parties to the conflict, the unacceptable number of civilian casualties, the substantial number of persons displaced within and from the city, and the unpredictable and widespread nature of the conflict».

²²⁹ Corte EDU, *K.A.B. c. Svezia*, n. 886/11, sent. 5 settembre 2013.

²³⁰ Ivi, parr. 80 ss., dove il *risk assessment* è basato sulle "country guidance" elaborate dal Regno Unito in relazione ai rischi di violazione dei diritti umani a Mogadiscio e a loro volta fondate sugli *standard* derivanti dall'articolo 15, lett. (c) della direttiva qualifiche (v. parr. 32-47). In argomento PARISCIANI, *Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: a margine della sentenza K.A.B. contro Svezia*, accessibile online all'indirizzo [http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=533].

²³¹ CGUE, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-285/12, sent. 30 gennaio 2014.

²³² Ivi, par. 28.

²³³ Ivi, par. 34.

²³⁴ Ivi, par. 30.

accolta dalla Corte di Lussemburgo ai fini della protezione sussidiaria, non coincide con quella derivante dal diritto internazionale umanitario²³⁵, così come, si è visto nella prima parte di questo lavoro, la nozione di “persecuzione”, ai sensi del diritto internazionale penale, non rileva nell’accertamento dello *status* di rifugiato in base alla Convenzione di Ginevra²³⁶.

Attraverso i chiarimenti offerti per mezzo della propria giurisprudenza, la Corte di giustizia ha evitato che la scarsa chiarezza del Legislatore europeo finisse per rendere di fatto inoperante una norma fondamentale nell’ambito della protezione sussidiaria. Ciò è stato stigmatizzato dalla Corte stessa nel caso appena richiamato, in cui ha ricordato che «*mentre nella proposta della Commissione, che ha portato all’adozione della direttiva [COM(2001) 510 def.], la definizione di danno grave, che figurava all’articolo 15, lettera c), della direttiva, prevedeva che la minaccia contro la vita, la sicurezza o la libertà del richiedente potesse configurarsi sia nell’ambito di un conflitto armato, sia nell’ambito di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti dell’uomo, il legislatore dell’Unione ha, invece, optato per la codifica della sola ipotesi della minaccia alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*»²³⁷.

Un analogo sforzo ermeneutico ha riguardato l’interpretazione delle clausole di cessazione e di esclusione, previste dalla Direttiva qualifiche nell’ambito della disciplina dello *status* di rifugiato.

Nella decisione del caso *Abdulla*, la Corte ha chiarito che il venir meno di un rischio di persecuzione individuale non è un requisito sufficiente a disporre la cessazione della protezione internazionale, dovendo lo Stato membro interessato dimostrare la capacità del Paese di origine dello straniero di proteggerlo. Inoltre ha aggiunto che la cessazione dello *status* di rifugiato non pregiudica il diritto della persona interessata a richiedere lo *status* di protezione sussidiaria²³⁸.

²³⁵ Ivi, par. 36.

²³⁶ V. *supra*, cap. 2, par. 3.

²³⁷ CGUE, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, cit., par. 29.

²³⁸ CGUE, *Salahadin Abdulla e al. c. Bundesrepublik Deutschland*, cit., par. 80. Quindi, un rifugiato, cui venga revocato lo *status*, può legittimamente presentare una domanda per ottenere lo *status* di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale. V. anche *Abed El Karem El Kott Mostafa et al. c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-364/11, sent. 19 dic. 2012.

Un'importante funzione integrativa dei profili di manchevolezza della Direttiva qualifiche è stata svolta dalla Corte di giustizia anche in relazione alla portata delle clausole eccezionali.

Nella sentenza *B e D et al.*, la Corte ha sottolineato che la mera appartenenza di uno straniero a un'organizzazione terroristica non può costituire una presunzione valida al fine di escluderlo dal riconoscimento dello *status* di rifugiato, in assenza di seri motivi per ritenere che, nel contesto delle attività svolte dall'organizzazione *de qua*, questi possa essere ritenuto personalmente responsabile della commissione di atti terroristici²³⁹.

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, cui è dedicato il capitolo che segue, si può ricordare che il ricorso alle procedure accelerate ha subito un sostanziale ridimensionamento in tempi recenti²⁴⁰ anche grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia²⁴¹ in cui viene valutata la compatibilità delle procedure accelerate con il diritto a un ricorso effettivo²⁴², nonché all'azione del giudice interno²⁴³.

Nel settore dell'immigrazione la giurisprudenza di Lussemburgo non è stata meno incisiva. Ha contribuito, ad esempio, all'avanzamento del divieto di *ethnic profiling* nel settore della libertà di circolazione, stabilendo che per essere conforme all'*acquis* di Schengen²⁴⁴, la legislazione nazionale che disciplina

²³⁹ CGUE, *Bundesrepublik Deutschland c. B. e D.*, cit. In argomento, DE VIDO, *Il riconoscimento dello status di rifugiato nel quadro della lotta al terrorismo internazionale: i riflessi della sentenza CGUE Germania c. B. e D. nella giurisprudenza interna*, in ZAGATO, DE VIDO (a cura di), *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, Torino, 2012, p. 97 ss.

²⁴⁰ MACZYNSKA, *The Internal Flight Alternative Practices. A UNHCR Research Study in Central European Countries*, UNHCR, June 2012, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.refworld.org/pdfid/4ffaabdf2.pdf>]. V. *Commission Staff Working Document Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection and the Content of the Protection Granted. Impact Assessment*, Bruxelles, 21.10.2009, SEC(2009) 1373 final, Annex 12.

²⁴¹ CGUE, *Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-69/10, sent. 28 luglio 2011; causa C-506/04, *Wilson*, sent. 19 settembre 2006, par. 34; causa C-175/11, *HID and BA*, sentenza 6 settembre 2012, par. 70; da ultimo, causa C-23/12, *Mohamad Zakaria*, sent. 17 gennaio 2013.

²⁴² In argomento, ZANIBONI, *La Corte di giustizia, l'autonomia procedurale degli Stati e il diritto ad un ricorso effettivo per i richiedenti asilo nell'ambito delle procedure 'accelerate'. Il caso Diouf [Nota a sentenza]*, DPCE, 2011, pp. 1529-1538, a p. 1535; VAN CLEYNENBREUGEL, *Case C-69/10, Brahim Samba Diouf v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, CMLR, vol. 49 (1), 2012, pp. 327-347.

²⁴³ V. ad es., Italia, Corte cass., (Sez. VI civ.), sent. 25 gennaio 2012, n. 2294, in cui la Corte accoglie in parte il ricorso di un cittadino del Ghana contro la decisione di rigetto della propria istanza d'asilo a motivo dell'esistenza, dichiarata in appello, di una alternativa di protezione interna. La Cassazione ha rigettato tale argomentazione sulla base della circostanza che l'articolo 8 della direttiva procedure non sia stato recepito dal decreto legislativo n. 251 del 2007.

²⁴⁴ Nel caso di specie, il riferimento è all'articolo 21, lett. a) del Codice frontiere Schengen.

l'esercizio dei poteri di polizia alle frontiere e all'interno del territorio nazionale debba essere interpretata restrittivamente, in modo tale da evitare che l'esercizio di tali poteri si traduca, in via di prassi, in un indebito controllo dell'identità delle persone e del loro comportamento, anche qualora le circostanze del caso inducano a ritenere che tali individui costituiscano una minaccia per l'ordine pubblico²⁴⁵.

Un'altra testimonianza dell'apporto della giurisprudenza di Lussemburgo riguarda i diritti degli stranieri soggetti a misure di detenzione amministrativa, previste per i migranti irregolari in attesa di espulsione, o di trattenimento dei richiedenti asilo, in attesa dell'esame della loro domanda²⁴⁶.

Per quanto riguarda la detenzione amministrativa degli stranieri irregolari nelle more dell'esecuzione del provvedimento espulsivo, la Corte ha affermato che la prospettiva di allontanamento deve essere reale e non astratta e quindi si deve procedere al rilascio del trattenuto, qualora non vi siano probabilità che questi sia accolto in un Paese terzo nei termini indicati dalla Direttiva sui rimpatri²⁴⁷.

Viene qui in rilievo un caso che riguarda da vicino l'Italia, la cui procedura amministrativa di espulsione è risultata in contrasto con la suddetta direttiva, che la pronuncia della Corte di giustizia ha messo al riparo da interpretazioni strumentali da parte degli Stati, volte a comprimere i diritti fondamentali degli stranieri nella fase della detenzione amministrativa in vista dell'espulsione²⁴⁸. Si

²⁴⁵ CGUE, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, C-188/10, C-189/10, sent. 22 giugno 2010, par. 75. Più di recente v. *Mohamad Zakaria*, C-23/12, sent. 17 gennaio 2013. Il caso riguardava un rifugiato palestinese regolarmente residente in Svezia che lamentava di aver subito una lesione della propria dignità umana durante un controllo della propria identità effettuato dalle guardie di frontiera presso l'aeroporto di Riga, dove il suo volo per tornare in Svezia faceva scalo. Avendo questo contrattempo causatogli anche un ritardo che gli aveva impedito di prendere il volo che aveva prenotato, aveva presentato istanza di risarcimento all'Augstākās tiesas Senāts lettone, che aveva quindi chiesto alla CGUE «Se l'articolo 13, paragrafo 3, del regolamento n. 562/2006 (...) contempra il diritto della persona di presentare ricorso non solo contro il provvedimento di diniego di ingresso nel paese, ma anche contro le violazioni commesse nel corso del procedimento di adozione della decisione con cui si autorizza l'ingresso» (par. 23, punto 1). A tale quesito la CGUE ha dato risposta negativa, sostenendo che l'articolo summenzionato «prevede l'obbligo per gli Stati membri di predisporre un mezzo di ricorso soltanto contro le decisioni di diniego d'ingresso nel loro territorio» (par. 43).

²⁴⁶ In argomento, HUGHES, LIEBAUT (eds.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague, 1998.

²⁴⁷ CGUE, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU, sent. 30 nov. 2009, par. 66 ss.

²⁴⁸ In argomento, DE PASQUALE, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi, Il diritto dell'Unione europea*, vol. 16, 2011, p. 927 ss.; GALLO, *La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause par la Cour de justice de l'Union européenne*, *Rev. Aff. Eur.*, n. 2, 2011, p. 433 ss.

tratta della pronuncia pregiudiziale nel caso *Hassen El Dridi*²⁴⁹, in cui, richiamandosi alla consolidata giurisprudenza di Strasburgo nel caso *Saadi c. Regno Unito*²⁵⁰, la Corte di Lussemburgo ha sostenuto che la fissazione di un termine di durata massima inderogabile del trattenimento nelle more dell'espulsione è funzionale a limitare la condizione di privazione della libertà dei cittadini di Paesi terzi in situazione di allontanamento coattivo al tempo strettamente necessario per raggiungere lo scopo della direttiva, ovvero il rimpatrio²⁵¹ ed ha altresì precisato che la disciplina del trattenimento prevista dalla Direttiva rimpatri (artt. 15 e 16) non copre l'ipotesi dell'irrogazione «della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo»²⁵².

In una più recente sentenza, la Corte ha aggiunto che il trattenimento non può essere considerato alla stregua di una "misura coercitiva"²⁵³ e che la possibilità di escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva i casi in cui il rimpatrio è una sanzione penale o conseguenza della stessa (art. 2, lett. b)) non può essere interpretata nel senso di consentire agli Stati membri di non applicare la Direttiva a coloro che non abbiano commesso altra infrazione se non quella consistente nel soggiorno irregolare, in quanto ciò priverebbe di effetto utile la direttiva stessa²⁵⁴.

Per quanto concerne il trattenimento dei richiedenti asilo, nella causa *Arslan*²⁵⁵, la Corte di Lussemburgo, allineandosi alla posizione di Strasburgo, ha escluso la possibilità di adottare misure di privazione della libertà personale dei richiedenti asilo tali da equiparare di fatto la condizione di questi ultimi a quella dei migranti irregolari in attesa di espulsione, vale a dire di detenere un richiedente asilo ai sensi della Direttiva "rimpatri" durante il periodo che intercorre tra la presentazione della domanda e l'adozione della decisione

²⁴⁹ CGUE, *Hassen El Dridi alias Soufi Karim*, C-61/11 (PPU), sent. 28 aprile 2011.

²⁵⁰ Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, n. 13229/03, sent. 29 gennaio 2008, par. 72.

²⁵¹ CGUE, *Hassen El Dridi*, cit., par. 43.

²⁵² Ivi, par. 62.

²⁵³ CGUE, *Achughbabaian c. Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11, sent. 6 dicembre 2011, par. 36 ss. Le misure coercitive ex art. 8, par. 4 della Direttiva rimpatri sono previste in ultima istanza nel caso in cui l'interessato opponga resistenza all'atto dell'allontanamento, mentre il trattenimento ex art. 15 è funzionale a preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento.

²⁵⁴ Ivi, par. 41. Quindi, gli Stati membri non possono eludere il rispetto della direttiva introducendo nella legislazione nazionale il reato di immigrazione clandestina.

²⁵⁵ CGUE, *Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, C-534/11, sent. 30 maggio 2013.

dell'autorità di primo grado su tale domanda o, eventualmente, fino all'esito del ricorso avverso tale decisione²⁵⁶.

Passando poi a esaminare il caso di uno straniero che abbia presentato una domanda di protezione dopo il trattenimento avvenuto ai fini dell'espulsione, pur non escludendo in principio la possibilità di detenzione amministrativa ai sensi della richiamata Direttiva²⁵⁷, la Corte ha stabilito che il solo fatto che un richiedente asilo, al momento della proposizione della sua domanda, sia oggetto di un provvedimento di allontanamento e che sia disposto il suo trattenimento in base all'articolo 15 della Direttiva rimpatri non consente di presumere, senza una valutazione caso per caso di tutte le circostanze pertinenti, che egli abbia presentato tale domanda in modo abusivo e che sia necessario e proporzionato mantenere il provvedimento di trattenimento²⁵⁸.

8. *Verso il nuovo Sistema Europeo Comune di Asilo.*

Il completamento del nuovo Sistema europeo comune di asilo, nel giugno 2013²⁵⁹, è il risultato di un lungo e faticoso percorso a ostacoli. Senza qui ripercorrere il processo negoziale che ha condotto a tale risultato, basti ricordare che l'esigenza di riavvicinamento delle legislazioni nazionali mediante l'adozione di un Sistema Europeo Comune di Asilo non è il risultato di una valutazione di opportunità politica da parte degli Stati membri, bensì nasce dall'attuazione del diritto primario dell'Unione dopo l'adozione del Trattato di Lisbona²⁶⁰.

Una delle tappe fondamentali del negoziato per la creazione del nuovo Sistema Comune Europeo di Asilo è rappresentata dall'adozione dalle linee guida dettate nel 2009 dal Consiglio europeo di Stoccolma, che individuavano, tra le priorità per realizzare uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: l'avanzamento della tutela dei diritti fondamentali per tutti, l'introduzione di meccanismi di accesso agevolato alla giustizia, un'accresciuta attenzione al

²⁵⁶ Ivi, par. 1 del dispositivo.

²⁵⁷ Ivi, par. 2 del dispositivo.

²⁵⁸ Ivi, par. 62.

²⁵⁹ MALMSTRÖM, *A Common European Asylum System is here*, June 12, 2013, accessibile online all'indirizzo:

[<http://blogs.ec.europa.eu/malmstrom/acommoneuropeanasylumssystemishere/>]; *Irish Presidency welcomes the completion of the Common European Asylum System*, June 12, 2013.

²⁶⁰ V. art. 78 TFUE.

contrasto delle minacce globali e alla gestione integrata delle frontiere e, soprattutto, la promozione di «un'Europa all'insegna della responsabilità, della solidarietà e del partenariato in materia di migrazione e di asilo»²⁶¹.

Su proposta della Commissione, è stato istituito, nel 2010, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO)²⁶² che annovera, tra i propri compiti, il coordinamento della cooperazione tra gli Stati membri in materia d'asilo, l'assistenza agli Stati che, per la loro posizione geografica, ricevono il maggior numero di richieste di asilo e lo studio di sistemi volti a rafforzare l'armonizzazione delle diverse prassi nazionali per ridurre i rischi di disparità di trattamento dei richiedenti asilo nei diversi Stati membri dell'Unione.

Inoltre, tra il 2008 e il 2009, la Commissione ha presentato le prime proposte di rifusione delle direttive in materia di accoglienza, procedure e qualifiche di prima generazione, dalle quali emergeva la necessità di tenere in debita considerazione l'esigenza di adottare uno *status* uniforme e procedure comuni, in conformità alla Convenzione di Ginevra e ai trattati pertinenti, nel rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*, nell'accezione più ampia riconosciuta nel diritto internazionale attuale²⁶³.

²⁶¹ *Programma di Stoccolma (2009 - 2013) - "Un'Europa aperta e sicura al servizio dei cittadini"* (doc. 17024/09 del 2 dicembre 2009), adottato dal Consiglio europeo di Bruxelles del 10-11 dicembre 2009 sulla scorta della Comunicazione della Commissione: *"Uno spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia al servizio dei cittadini"* COM (2009) 262 del 10 giugno 2009, par. (e).

²⁶² Proposta di Regolamento che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, COM(2009)66 e Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, entrato in vigore il 18 giugno 2010. Nello Statuto dell'EASO non c'è alcuna definizione di "particolare pressione" migratoria, ma c'è *in nuce* un principio di solidarietà, da espletarsi anche mediante la formazione dei funzionari in materia di asilo e la messa in comune delle risorse, come quelle di interpretariato.

²⁶³ In merito alle proposte originarie v. COM(2009) 554 def., 2009/0165 (COD), che delinea un quadro più efficace in ordine alle procedure di riconoscimento e revoca della protezione internazionale, al fine di permettere alle autorità nazionale competenti di distinguere più facilmente tra richiedenti asilo e altri migranti nei flussi misti, di ridurre i costi dell'accoglienza e di individuare con maggiore certezza le domande infondate e strumentali; COM(2009) 551 def. 2009/0164 (COD), in cui viene superata la differenza tra le due qualifiche di protezione sussidiaria e asilo e la conseguente diversità di trattamento in merito al godimento dei diritti sociali. Più in generale tale proposta mira a chiarire taluni concetti giuridici, che a causa della loro vaghezza e ambiguità hanno reso difficile prendere decisioni in tempi brevi e hanno comportato un elevato numero di ricorsi avverso a decisioni negative; COM(2008) 815 def., 2008/0244 (COD), in cui la discrezionalità degli Stati di avvalersi della facoltà di confinare il richiedente asilo in un luogo di residenza nelle more dell'espletamento della procedura di esame della domanda di asilo è limitata dall'art. 8 che vieta espressamente di trattenerne una «persona per il solo fatto che sia un richiedente protezione internazionale» (v. similmente art. 18 della Dir. procedure 2005), è affermata la necessità di adottare norme più garantiste rispetto al trattamento dei richiedenti asilo, per assicurare un livello di vita dignitoso e per limitare il fenomeno dei movimenti secondari tra gli Stati membri, provocati proprio dalla divergenza tra le disposizioni nazionali (cons. 8 del Preambolo). V. inoltre la Comunicazione della

Tali proposte si sono tradotte nell'adozione di atti dell'Unione soltanto tra il 2011 e il 2013. In prima battuta, è stata adottata la Direttiva 2011/95/UE "recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta"²⁶⁴. Pochi mesi prima, inoltre, era stata adottata la Direttiva 2011/51/UE, che, al fine di favorire l'integrazione sociale dei beneficiari della protezione internazionale²⁶⁵, obiettivo sancito anche nel diritto primario dell'Unione²⁶⁶, ha esteso l'ambito di applicazione *ratione personarum* della Direttiva 2003/109/CE, riconoscendo ai beneficiari della protezione internazionale – vale a dire ai cittadini di Paesi terzi nei confronti dei quali hanno già avuto luogo con esito positivo le procedure di accertamento dello *status* di rifugiato o di persona "altrimenti" bisognosa di protezione²⁶⁷ – lo *status* di soggiornanti di lungo periodo²⁶⁸, con la conseguente

Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 17 giugno 2008, *Piano strategico sull'asilo: un approccio integrato in materia di protezione nell'UE*, COM (2008) 360 def.

²⁶⁴ Direttiva 2011/95/UE (Dir. qualifiche 2011) del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), GUUE L 337, 20.12.2011.

²⁶⁵ Direttiva 2011/51/UE (Dir. beneficiari protezione) del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2011 che modifica la direttiva 2003/109/CE (Dir. soggiornanti lungo periodo) del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale, *cons.* 6 del Preambolo.

²⁶⁶ Art. 79, par. 4 TFUE: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». In argomento v. *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Una cittadinanza più inclusiva aperta agli immigrati» (parere d'iniziativa)*, (2014/C 67/04), Relatore: Pariza Castaños, GUUE C 67/16, 6.3.2014.

²⁶⁷ Sono, infatti, esclusi i cittadini di Paesi terzi richiedenti protezione internazionale (ivi, art. 3, par. 2, lett. d), come pure coloro che sono autorizzati a soggiornare in uno Stato membro in base a una forma di protezione diversa dalla protezione internazionale (come definita dalla Dir. qualifiche all'art. 2, lett. a) (ivi, art. 3, par. 2, lett. c). Infine, erano già esclusi e lo rimangono dopo la "Dir. beneficiari protezione" i cittadini di Paesi terzi che siano autorizzati a soggiornare in uno Stato membro sulla base di una forma di protezione temporanea tanto i cittadini di Paesi terzi cui è riconosciuta una forma di protezione temporanea (Dir. soggiornanti lungo periodo, art. 3, par. 2, lett. b).

²⁶⁸ Il soggiornante di lungo periodo è un cittadino di un Paese terzo che ha soggiornato legalmente e ininterrottamente per cinque anni nel territorio di uno Stato membro dell'Unione immediatamente prima della presentazione della pertinente domanda (art. 4 Dir. soggiornanti lungo periodo).

equiparazione ai cittadini nell'accesso ai diritti socio-economici di base²⁶⁹ e l'estensione delle garanzie contro l'allontanamento²⁷⁰.

Nel 2013 sono state adottate anche le due nuove direttive in materia di procedure e accoglienza²⁷¹, nonché due regolamenti che introducono nuovi criteri di determinazione dello Stato competente all'esame delle domande di protezione proposte da cittadini di Paesi terzi nell'Unione europea, modificando il Regolamento Dublino II. Si tratta del Regolamento 604/2013 (detto "Dublino III) e del Regolamento 603/2013 (modificativo del precedente Regolamento Eurodac)²⁷², con i quali, come si vedrà nel capitolo che segue, si è cercato di adeguare le responsabilità dello Stato di accoglienza alle indicazioni giurisprudenziali provenienti dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte di Lussemburgo.

Per ciò che attiene all'adozione delle tre nuove direttive in materia di asilo, essa aveva l'obiettivo di integrare i profili di manchevolezza emersi nel sistema di protezione internazionale dell'Unione europea, soprattutto in relazione alla questione delle qualifiche e delle procedure. Anche in tale ambito, come si

²⁶⁹ Invero, la Dir. soggiornanti lungo periodo lascia agli Stati membri la possibilità di limitare la parità di trattamento «*ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio*» (ivi, art. 11, par. 2), ovvero in materia di accesso alla protezione sociale (ivi, art. 11, par. 4), o ancora di limitare l'accesso al diritto al lavoro e all'istruzione (ivi, art. 11, par. 3).

²⁷⁰ Dir. beneficiari protezione, art. 1, par. 7, lett. a), 3 *ter*: "L'articolo 12 della Direttiva 2003/109/CE è stato così modificato: *Se beneficia ancora della protezione internazionale nello Stato membro indicato nell'annotazione, il soggiornante di lungo periodo è allontanato verso detto Stato membro, che lo riammette immediatamente senza procedure formali insieme ai suoi familiari, fatti salvi la legislazione applicabile dell'Unione o nazionale e il principio dell'unità familiare*». Una disciplina espulsiva particolare era già prevista dalla Direttiva 2003/86/CE in materia di ricongiungimento familiare, all'art. 17 sull'allontanamento del soggiornante e dei suoi familiari. Analogamente, v. Direttiva 2004/81/CE, concernente il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di Paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti.

²⁷¹ Direttiva 2013/32/UE (Dir. procedure 2013) del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), GUUE L 180/60 del 29 giugno 2013; Direttiva 2013/33/UE (Dir. accoglienza 2013) del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), GUUE L 180/96 del 29 giugno 2013.

²⁷² Reg. Dublino III, par. 2 e Regolamento (UE) N. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione), GUUE L 180/1 del 29 giugno 2013).

vedrà a breve, la giurisprudenza delle due Corti europee ha spesso dato l'impulso decisivo alla riforma.

9. (segue) *La nuova Direttiva sulle qualifiche.*

La Direttiva qualifiche del 2013 contiene un *set* di definizioni dei soggetti da proteggere che disegna un quadro di protezione ampio, introducendo nel diritto dell'UE norme comuni per l'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nel tentativo di risolvere l'annosa questione della disparità di trattamento in termini di accesso ai diritti in relazione ai diversi *status* di protezione precedentemente previsti²⁷³.

In tal senso, risponde alle maggiori critiche alla precedente Direttiva sulle qualifiche del 2004, che riguardavano la disparità di trattamento tra persone ugualmente meritevoli di protezione internazionale, discendente dalla circostanza che il livello di protezione accordato ai beneficiari della protezione sussidiaria fosse insoddisfacente in relazione a molteplici profili: dall'assistenza sociale e sanitaria²⁷⁴, all'accesso ai diritti sociali²⁷⁵ e al mercato del lavoro²⁷⁶, nonché in relazione alle condizioni per il ricongiungimento familiare²⁷⁷ e di integrazione nel tessuto sociale²⁷⁸.

La diversa attribuzione di diritti in relazione allo *status* di rifugiato e a quello di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale si era tradotta in una discriminazione in termini di contenuto della tutela a danno di coloro che fuggivano da gravissime violazioni dei propri diritti umani

²⁷³ V. *supra*, par. 2.

²⁷⁴ Dir. qualifiche 2004, artt. 28, par. 2 e 29, par. 2. Per quanto riguarda poi l'assistenza sociale e sanitaria, è previsto che esse possano essere limitate, nel caso dei soggetti che godono di protezione sussidiaria, ai "*core benefits*", ovvero, all'assistenza di base, ed al pronto soccorso, mentre i rifugiati vengono, in entrambi i casi, equiparati ai cittadini.

²⁷⁵ Ivi, art. 24, par. 1 e 2. Agli Stati è data, infatti, la possibilità di limitare fino ad un anno la durata del permesso di soggiorno per chi gode di protezione sussidiaria, contro i tre anni per i rifugiati.

²⁷⁶ Ivi, art. 26, par. 3, in cui si distingue lo *status* di rifugiato da quello di protezione sussidiaria anche per quanto riguarda l'accesso al lavoro.

²⁷⁷ Ivi, art. 23, par. 2, secondo cui i diritti in merito al ricongiungimento familiare in caso di protezione sussidiaria e i benefici attribuiti ai familiari di chi gode di tale protezione non debbano essere necessariamente i medesimi di quelli attribuiti ai rifugiati ed ai loro familiari, e si lascia agli Stati la possibilità di prevedere delle diverse condizioni per quei casi.

²⁷⁸ Ivi, art. 33, par. 2, in base al quale lo Stato ha l'obbligo di organizzare per i rifugiati dei programmi volti a facilitarne l'integrazione, mentre per quanto riguarda chi gode di protezione sussidiaria, tali servizi vengono provvisti solamente laddove lo Stato lo ritenga necessario.

fondamentali, sebbene questi non potessero essere ritenuti meno vulnerabili dei rifugiati convenzionali²⁷⁹.

Per quanto riguarda i requisiti di accesso alla protezione sussidiaria, nulla muta rispetto alla precedente versione, analizzata nella parte iniziale del capitolo²⁸⁰. Difatti il generico requisito del "danno grave", di cui all'articolo 15 della Direttiva sulle qualifiche²⁸¹, costituisce ancora il fondamento normativo del riconoscimento di tale forma di protezione ai sensi dell'articolo 2, lett. (e) della stessa direttiva. La Commissione, nella propria proposta²⁸², non ha ritenuto necessaria una modifica della disposizione richiamata, in virtù della esistenza di una "chiara" interpretazione giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo sul punto.

In materia di cessazione dello *status* di rifugiato *ex* articolo 11 della Direttiva sulle qualifiche, la sentenza *Abdulla* ha avuto un impatto sulla nuova formulazione dell'articolo 11, par. 2 della Direttiva qualifiche del 2011, che ora prevede un esame "aggravato" da parte dello Stato membro del mutamento della situazione del Paese di origine al fine di determinare la cessazione della protezione²⁸³, mentre la decisione della Corte nel caso *B. e D.* in materia di esclusione non ha indotto il Legislatore europea a una riformulazione dell'articolo 12 della Direttiva sulle qualifiche.

Altro sviluppo interessante, nell'ottica del rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*, riguarda il ricorso all'*internal flight alternative*. Come si è detto, la Direttiva qualifiche del 2004, pur prevedendo la possibilità per gli Stati di ricorrere all'alternativa di protezione interna, non chiariva i parametri attraverso i quali valutare la sicurezza di una porzione del territorio dello Stato di origine in termini di accesso effettivo a forme di protezione *de jure* e non solo

²⁷⁹ In argomento, UNHCR, *Aide memoire: Direttiva sulle norme minime per le procedure di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato*, 18 Novembre 2003; ECRE, *Broken Promises - Forgotten Principles. An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection. Tampere 1999 - Brussels 2004*, 20 giugno 2004.

²⁸⁰ V. *supra*, par. 2.

²⁸¹ Per "danno grave" deve intendersi, ai sensi dell'articolo 15 della direttiva sulle qualifiche: (a) la possibilità di essere condannati a morte o all'esecuzione della pena capitale; (b), la tortura o altra forma di trattamento inumano o degradante; (c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

²⁸² COM (2009) 551 final, cit., p. 6.

²⁸³ Art. 11, par. 2, Dir. qualifiche 2011: «*Ai fini dell'applicazione delle lettere e) e f) del paragrafo 1, gli Stati membri esaminano se il cambiamento delle circostanze sia di natura così significativa e non temporanea da eliminare il fondato timore di persecuzioni*». Cfr. art. 11, par. 2, Dir. qual 2004: «*Ai fini dell'applicazione delle lettere e) e f) del paragrafo 1, gli Stati membri esaminano se il cambiamento delle circostanze sia di natura così significativa e non temporanea da eliminare il fondato timore di persecuzioni*».

de facto, nonché di rispetto degli *standard* previsti dal diritto europeo per la protezione delle categorie particolarmente vulnerabili, lasciando altresì impregiudicata la questione della protezione del richiedente durante il viaggio per raggiungere la zona interna protetta e contro il rischio di *refoulement* indiretto. Anzi, prevedeva espressamente che gli Stati potessero ricorrere all'alternativa di protezione interna anche qualora fosse impossibile, a causa di ostacoli tecnici, ricondurre i soggetti nel Paese d'origine²⁸⁴.

I diffusi richiami da parte dell'Alto Commissariato, e delle organizzazioni a vario titolo implicate nella tutela degli stranieri, ai rischi di violazione dell'obbligo di *non-refoulement* insiti nel ricorso alle summenzionate presunzioni giuridiche ai fini dell'espulsione dei richiedenti²⁸⁵ hanno ispirato il Legislatore europeo in relazione alla modifica dell'articolo 8 della nuova Direttiva qualifiche, dal quale sono stati espunti i profili di criticità (rispetto all'obbligo di *non-refoulement*) dell'alternativa di protezione interna presenti nella precedente formulazione della norma²⁸⁶.

La norma che vieta il respingimento è enunciata nella Direttiva qualifiche del 2011 negli stessi termini della Direttiva del 2004, che reiterano le tradizionali ipotesi di allontanamento di un rifugiato come *extrema ratio* per motivi di sicurezza pubblica (ossia in relazione a un pericolo per la sicurezza dello Stato ospitante o per la comunità, in tale ultimo caso in connessione alla commissione di un reato grave).

A ciò si aggiungono i paragrafi 10 e 11 del Preambolo della Direttiva 2011/51/UE, che propongono una modalità di coerentizzazione delle eccezioni all'allontanamento ivi previste con il divieto di *refoulement* come sancito nella Direttiva qualifiche. Nel caso in cui un soggiornante di lungo periodo, beneficiario della protezione internazionale, debba essere allontanato dallo

²⁸⁴ Dir. qualifiche 2004, art. 8, par. 3.

²⁸⁵ UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted*, OJ L 304/12 of 30.9.2004, January 2005; *Asylum in the European Union. A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, November 2007; ECRE, *Broken Promises - Forgotten Principles*, cit.; ECRE's *Key Concerns on Asylum and Immigration Instruments 1999-2004*, position paper, June 2004. Sui rischi insiti nel ricorso alle procedure accelerate v. anche la *Dichiarazione N. 49 sull'articolo unico, lettera d)* del Protocollo sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e la *Dichiarazione N. 5 del Belgio sul Protocollo sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea*, allegate al Trattato di Amsterdam (che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti connessi, 2 ottobre 1997), in cui si puntualizzano i rischi di abusi insiti nel ricorso alla procedura accelerata.

²⁸⁶ In argomento ZORZI GIUSTINIANI, *La direttiva 2011/95: verso una disciplina veramente uniforme di protezione internazionale?*, *Gli Stranieri*, vol. 19, 2012, p.73 ss., pp. 77-79.

Stato membro in cui soggiorna, si auspica che sia rinvio solo verso lo Stato membro che gli ha riconosciuto siffatta protezione, che dovrebbe riammetterlo, salvo che si tratti di un rifugiato il cui *refoulement* (s'intende, fuori dal territorio dell'Unione) sia consentito dalle clausole eccezionali previste dall'articolo 21, par. 2 della Direttiva qualifiche.

In tale ultima ipotesi, «gli Stati membri dovrebbero avere l'obbligo di garantire che tutte le informazioni siano ottenute da fonti pertinenti, incluso, se del caso, lo Stato membro che ha accordato la protezione internazionale, e che le informazioni siano valutate approfonditamente al fine di garantire che la decisione di allontanare tale beneficiario sia conforme all'articolo 4 e all'articolo 19, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»²⁸⁷.

Interessante è anche il nuovo *considerando* 48 del Preambolo della Direttiva del 2011, in base al quale:

«L'attuazione della presente direttiva dovrebbe formare oggetto di valutazioni periodiche, tenendo conto in particolare dell'evolversi degli obblighi internazionali degli Stati membri in materia di «non respingimento», dell'evoluzione dei mercati del lavoro negli Stati membri e dell'elaborazione di principi fondamentali comuni in materia d'integrazione».

Tale raccomandazione, infatti, riflette l'accresciuta consapevolezza, da parte delle Istituzioni dell'Unione, della circostanza che il contenuto del divieto di respingimento è in evoluzione, e che la modifica degli obblighi degli Stati membri in materia di *refoulement* impone una revisione del sistema di protezione internazionale dell'Unione, di cui il non respingimento è un asse portante.

10. (segue) *Le Direttive adottate nel 2013.*

Passando all'esame della nuova Direttiva sulle procedure del 2013, vanno in primo luogo richiamati i limiti della versione precedente, per comprendere quelli sui quali il Legislatore europeo ha inteso incidere e quelli che sono rimasti immutati. Sono stati già evidenziati i profili di criticità delle procedure accelerate²⁸⁸, anche in termini di indebita compressione dei diritti della difesa,

²⁸⁷ Dir. beneficiari protezione, *cons.* 10 e 11 Preambolo.

²⁸⁸ V. *supra*, par. 4.

come il diritto a un colloquio individuale²⁸⁹, profili questi che sono stati ritenuti in contrasto con l'obbligo di *non-refoulement* dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹⁰. Inoltre, la Direttiva procedure del 2005 limitava l'accesso alla rappresentanza legale gratuita²⁹¹ e lasciava alla discrezionalità degli Stati membri la determinazione dei casi in cui attribuire effetto sospensivo al ricorso avverso a una decisione di rigetto della domanda di protezione, con la conseguenza che il richiedente poteva essere allontanato dal territorio dello Stato nelle more del ricorso, in contrasto con le garanzie procedurali sancite nella Carta di Nizza²⁹², nella Convenzione europea²⁹³ e nella relativa giurisprudenza²⁹⁴.

Le novelle introdotte nella Direttiva del 2013 in materia di diritti procedurali sono anticipate nel *considerando n. 25* del Preambolo, in cui si sottolinea che ciascun richiedente protezione deve avere effettivo accesso alle procedure e disporre di sufficienti garanzie per far valere i propri diritti in ciascuna fase della procedura. L'insieme di tali garanzie rappresenta uno *standard* minimo di protezione che, in base al *considerando n. 25*, deve "almeno" comprendere:

«[I]l diritto di rimanere in attesa della decisione dell'autorità accertante; la possibilità di ricorrere a un interprete per esporre la propria situazione nei colloqui con le autorità; la possibilità di comunicare con un rappresentante dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) e con altre organizzazioni che prestano consulenza e assistenza ai richiedenti protezione internazionale; il diritto a un'appropriata notifica della decisione e della relativa

²⁸⁹ L'intervista può infatti essere omessa non solo qualora l'autorità preposta sia in grado di prendere una decisione positiva sulla base degli elementi già in suo possesso o l'autorità abbia già incontrato il soggetto e l'abbia assistito nella stesura della domanda e nella presentazione delle informazioni essenziali, ma anche qualora l'autorità possa considerare la domanda manifestamente infondata sulla base delle informazioni già in suo possesso.

²⁹⁰ Corte EDU, *Sheekh c. Paesi Bassi*, cit., par. 141.

²⁹¹ Non è previsto l'obbligo per gli stati di garantire l'assistenza legale gratuita se non in caso di appello, e comunque anche in questo caso l'assistenza può essere subordinata ad una serie di clausole, e addirittura può essere riservata ai soli casi in cui l'appello avrà probabile esito positivo. Può essere inoltre limitata a chi non abbia risorse sufficienti e esercitata solo da legali designati su base nazionale; inoltre i soggetti possono essere tenuti a rimborsare i costi una volta che la loro situazione finanziaria lo permetta. Gli stati hanno poi la possibilità di non nominare alcun rappresentante legale per i minori non accompagnati qualora il minore abbia compiuto almeno 16 anni e lo si consideri capace di presentare domanda da solo, oppure qualora si preveda che il minore in questione raggiungerà la maggiore età prima che una decisione definitiva venga presa.

²⁹² Il diritto ad un effettivo rimedio di fronte ad una corte o ad un tribunale è incorporato nell'articolo 47 della Carta di Nizza.

²⁹³ V. articolo 13 CEDU.

²⁹⁴ La Corte ha in più occasioni sottolineato come dall'art. 13 CEDU discenda il diritto per il soggetto che ricorre in appello a rimanere nel territorio dello Stato membro fino a quando una decisione sia stata presa. V. *supra*, cap. 5, par. 2.

motivazione in fatto e in diritto; la possibilità di consultare un avvocato o altro consulente legale; il diritto di essere informato circa la sua posizione giuridica nei momenti decisivi del procedimento, in una lingua che capisce o è ragionevole supporre possa capire; e, in caso di decisione negativa, il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice»²⁹⁵.

Il rilievo attribuito al diritto a un ricorso effettivo nella nuova Direttiva sulle procedure deriva in larga parte dall'adeguamento delle precedenti disposizioni contenute nella Direttiva del 2005 agli indirizzi giurisprudenziali della Corte EDU. Ne è un esempio la nuova formulazione dell'articolo 46 della Direttiva sulle procedure del 2013, che riflette il dato giurisprudenziale consolidato nelle sentenze della Corte di Strasburgo nei casi *Salah Sheekh* e *NA*²⁹⁶. In particolare il par. 3 della disposizione prevede che «*gli Stati membri assicur[i]no che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado*»²⁹⁷.

Inoltre, le decisioni della Corte EDU nei casi *Gebremedhin c. Francia* e *M.S.S. c. Belgio e Grecia*²⁹⁸, sulla necessità di prevedere l'effetto sospensivo nelle more del ricorso in appello contro una decisione di rigetto della domanda, sono state fondamentali nella riformulazione del par. 5 della medesima disposizione, in base al quale «*gli Stati membri autorizzano i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso*»²⁹⁹.

Anche nella formulazione dell'articolo 46, par. 4 della Direttiva sulle procedure del 2013, in virtù del quale «*[g]li Stati membri prevedono termini ragionevoli e le altre norme necessarie per l'esercizio, da parte del richiedente, del diritto*

²⁹⁵ Dir. procedure 2013, cons. 25 del Preambolo.

²⁹⁶ Corte EDU, *Sheekh c. Paesi Bassi*, cit., par. 141; *NA c. Regno Unito*, cit., par. 89.

²⁹⁷ Dir. procedure 2013, art. 46, par. 3.

²⁹⁸ Corte EDU, *Gebremedhin c. Francia* (2007), cit., parr. 66-67; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 301-302 e 388-389. La Commissione europea, nella sua proposta di riforma dell'articolo 46, aveva tenuto conto di tale giurisprudenza, nonché di quella della CGUE nei casi *Dörr e Ünal*, C-136/03, sent. 2 giugno 2005; *Factortame Ltd et al.*, C-213/89, sent. 19 giugno 1990; *Unibet Ltd*, C-432/05, sent. 13 marzo 2007. In argomento, IPPOLITO, *op. cit.*, p. 267.

²⁹⁹ Dir. procedure 2013, art. 46, par. 5.

ad un ricorso effettivo»³⁰⁰, la giurisprudenza di Strasburgo (ma anche di Lussemburgo), è stata decisiva³⁰¹.

La Direttiva in commento prevede altresì una tutela procedurale più avanzata per gli individui appartenenti ai gruppi vulnerabili, come i minori non accompagnati³⁰² e, per chiunque chieda protezione, garanzie della difesa più efficaci³⁰³, che limitano la discrezionalità delle pubbliche autorità nell'ammissione alla procedura di esame delle domande di asilo.

A questi aspetti positivi fanno da contraltare, immutati, alcuni retaggi della precedente Direttiva del 2005. Il ricorso alle procedure accelerate³⁰⁴ è, infatti, ancora previsto, così come la nozione di "paese di origine sicuro", "paese terzo sicuro", "paese terzo europeo sicuro", "paese di primo asilo" e "ammissibilità di una domanda di asilo", mentre il diritto ad un ricorso effettivo contro il rigetto di una domanda, nell'ambito delle "procedure speciali", continua a non essere pienamente garantito³⁰⁵.

Inoltre, la Direttiva amplia le ipotesi di trattenimento amministrativo dei richiedenti asilo ai fini dell'identificazione, trattenimento da sottoporre comunque alla convalida giurisdizionale³⁰⁶. Un limite alla discrezionalità statutale nella determinazione delle condizioni e dei casi di trattenimento è comunque contenuto nell'articolo 26 della Direttiva sulle procedure del 2013, in base al quale «[g]li Stati membri non trattengono una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente. I motivi e le condizioni del trattenimento e le garanzie per i richiedenti trattenuti sono conformi alla direttiva 2013/33/UE»³⁰⁷.

Quindi, mentre in precedenza il trattenimento era disciplinato nell'ambito della direttiva sulle procedure del 2005, attualmente la sede principale di questa disciplina è collocata nella Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del

³⁰⁰ Ivi, art. 46, par. 4.

³⁰¹ CGUE, *Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, C-506/04, sent. 19 settembre 2006, par. 34; Corte EDU, *Bahaddar c. Paesi Bassi*, n. 25894/94, sent. 22 maggio 1995. Per ulteriori riferimenti v. *supra*, nota 195 e cap. 5.

³⁰² Dir. procedure 2013, art. 25.

³⁰³ Ivi, art. 23.

³⁰⁴ Ivi, *cons.* 20, 21, 30 del Preambolo e art. 31, par. 8, art. 41, par. 2.

³⁰⁵ Ivi, *cons.* 23, 40, 42, 44, 46, 47, 48 del Preambolo e art. 25, par. 6; art. 31; artt. 36; 37; 38; 39; all. I.

³⁰⁶ Ivi, artt. 8-11. Per trattenimento, ai sensi della direttiva, si intende qualsiasi forma di "confinamento che limiti la libertà di circolazione", e non la libertà personale, come avviene in Italia nei casi di detenzione amministrativa nei CIE o nei nuovi centri informali. In argomento VASSALLO PALEOLOGO, *Cosa cambia nell'UE, Corriere delle migrazioni*, 14 luglio 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.corrieredellemigrazioni.it/2013/07/14/cosa-cambia-nellue/>].

³⁰⁷ Dir. procedure 2013, art. 26 della direttiva.

Consiglio, del 26 giugno 2013, che contiene nuove norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Oltre ad ampliare le ipotesi di trattenimento amministrativo dei richiedenti protezione, pur definendo in maniera esaustiva i casi in cui tale trattenimento è legittimo, la Direttiva sull'accoglienza del 2013 amplia altresì l'accesso ai diritti sociali per i richiedenti, specialmente quello al mondo del lavoro, e garantisce condizioni di vita dignitose, cercando di porre rimedio all'enorme disparità di trattamento registrata dalla giurisprudenza delle due Corti europee in relazione al trattamento dei richiedenti nelle more delle procedure di esame della domanda, di cui si dirà nel capitolo che segue.

Quanto al richiamo all'obbligo di *non-refoulement*, oltre ai risvolti procedurali sopra accennati, l'articolo 9 della Direttiva procedure del 2013, rubricato "Diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame della domanda" prevede, al par. 3, una nuova importante garanzia per l'estraddando, che non era contenuta nella versione precedente del testo³⁰⁸, in base alla quale «[g]li Stati membri possono estradare un richiedente in un paese terzo ai sensi del paragrafo 2 soltanto se le autorità competenti hanno accertato che la decisione di estradizione non comporterà il «refoulement» diretto o indiretto, in violazione degli obblighi internazionali e dell'Unione di detto Stato membro». Tale disposizione potrà dunque verosimilmente evitare il ripetersi di casi di flagrante violazione dei diritti umani individuali nell'ambito della cooperazione internazionale in materia penale.

A questo avanzamento fa da contraltare una disposizione che evidenzia come la Direttiva sulle procedure sia stata frutto di un compromesso tra le esigenze degli Stati e quelle della protezione internazionale. Infatti, dal nuovo articolo 6, par. 2 della stessa è stato espunto il richiamo al "diritto" dello straniero di presentare la domanda, per garantire il quale gli Stati membri devono predisporre le misure necessarie, com'era invero previsto dall'articolo 6, par. 2 della Direttiva del 2005³⁰⁹. Nella nuova formulazione, infatti, si parte dal passaggio successivo, prevedendo che «[g]li Stati membri provvedono affinché chiunque abbia presentato una domanda di protezione internazionale abbia un'effettiva possibilità di inoltrarla quanto prima». Inoltre, il successivo paragrafo prevede che, qualora ciò non avvenga, gli Stati membri possono equiparare gli effetti della

³⁰⁸ Dir. procedure 2005, art. 7.

³⁰⁹ Ivi, art. 6, par. 2: «Gli Stati membri provvedono affinché ciascun adulto con capacità giuridica abbia il diritto di presentare una domanda di asilo per proprio conto».

mancata presentazione della domanda a quelli che conseguono al ritiro implicito o alla rinuncia alla stessa ai sensi dell'articolo 28 della direttiva³¹⁰.

Analogamente, ai sensi dell'articolo 8, gli Stati membri sono tenuti a informare gli stranieri che si trovano nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera sulla possibilità di presentare la domanda di protezione internazionale soltanto «[q]ualora vi siano indicazioni» che essi desiderino avvalersi di tale possibilità³¹¹. Insomma, l'esatto contrario di quanto sostenuto dalla Corte europea in numerose occasioni e, con particolare intensità, nel caso *Hirsi*, dove al par. 133 afferma: «*the fact that the parties concerned had failed to expressly request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 3*».

Peraltro, questo *trend* di affievolimento della percezione di obbligatorietà giuridica del contenuto positivo dell'obbligo di *non-refoulement*, che passa attraverso una non chiara statuizione del diritto di accesso alle procedure, non interessa soltanto lo spazio giuridico europeo, ma ha contagiato anche il continente americano, come emerge da un'udienza tematica sui diritti umani dei rifugiati, tenutasi il 5 novembre 2013 dinanzi alla Commissione interamericana, in cui è stato riconosciuto che «[b]ajo las actuales políticas migratorias de los países de América, las solicitudes de asilo son rechazadas si los refugiados no solicitan el estado en un tiempo determinado»³¹².

11. Luci e ombre di una tutela multilivello.

Nel quadro che emerge dal nuovo pacchetto legislativo europeo sull'asilo, quindi, vi sono delle luci, ma anche alcune ombre. Il contributo della giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo nell'indirizzare il Legislatore europeo verso la modifica degli strumenti normativi sulla protezione internazionale della prima generazione è stato fondamentale. Tuttavia, tale contributo non ha potuto, da solo, far fronte alla tendenza generale delle politiche europee a comprimere le vie di accesso regolare alla protezione

³¹⁰ Dir. procedure 2013, art. 6, par. 3.

³¹¹ Ivi, art. 8.

³¹² MIN JUNG, *Situación de los Derechos Humanos de los Refugiados en las Américas*, Human Rights Brief, November 5, 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://hrbrief.org/2013/11/9509/>].

; SARMIENTO, SOLEY, GUGLIEMELLI WHITE, *Refugee Status Determination In Latin America: Regional Challenges & Opportunities. The National Systems of Brazil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, and Mexico, Asylum Access Ecuador*, 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://asylumaccess.org/AsylumAccess/wp-content/uploads/2013/04/refugeestatus.pdf>].

internazionale, fatte salve le peculiari garanzie assicurate a un ristretto gruppo di rifugiati che beneficiano del reinsediamento.

In ultima analisi, le nuove direttive sulle procedure e sull'accoglienza riflettono un approccio alla protezione internazionale ancora non del tutto in linea con l'avanguardia giurisprudenziale rappresentata dalle due Corti europee. Rilievi che possono (in parte) estendersi ai risultati del precedente negoziato che ha condotto nel 2011 all'adozione della nuova Direttiva 2011/95 sulle qualifiche. Tuttavia, come si è sottolineato nei paragrafi che precedono, il risultato degli sforzi normativi e giurisprudenziali nel senso di un avanzamento della tutela dei diritti degli stranieri nello spazio giuridico europeo e di costruzione di un sistema europeo di asilo veramente comune va contestualizzato nell'attuale fase di complessivo deterioramento del processo di integrazione europea³¹³, in cui sono andate moltiplicandosi le tendenze centrifughe rispetto alle esigenze di convergenza delle discipline statuali.

Un significativo riflesso di tale contesto sull'*iter* di adozione degli strumenti normativi del nuovo Sistema Comune Europeo di Asilo è rappresentato, ad esempio, dalla decisione del Regno Unito di non prendere parte ai negoziati per la riforma delle direttive comunitarie sulle procedure e sulle condizioni di accoglienza³¹⁴, in ossequio alla convinzione che l'istituzione di un sistema comune europeo d'asilo non sia un'opzione né praticabile né utile³¹⁵. E non si tratta di una posizione isolata.

Anzi, nonostante la partecipazione del Parlamento europeo all'*iter* legislativo di adozione dei nuovi strumenti europei in materia di protezione

³¹³ Come noto, questa fase di deterioramento dell'integrazione è stata inaugurata dal fallimento del Trattato-Costituzione del 2004, aggravata dalle sfide globali alla sicurezza dell'Unione, lanciate dal terrorismo internazionale e dalle migrazioni via mare, e recentemente esasperata dalle vicissitudini della crisi della *governance* finanziaria internazionale.

³¹⁴ Commissione europea, 1.6.2011, COM(2011) 320 def., 2008/0244 (COD), Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti asilo (rifusione); 1.6.2011, COM(2011) 319 def., 2009/0165 (COD), Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione).

³¹⁵ V. Regno Unito, UK Home Office, *UK Border Agency News*, September 9, 2011, p. 17: [<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/aboutus/workingwithus/ukba-news/issue-9.pdf?view=Binary>]: «*This Government does not support a common asylum system in Europe. That is why we have not opted in to these directives and will not opt in to any proposal, which would weaken our border*». V. anche *Report to Parliament on the Application of Protocols 19 and 21 to the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) ('the Treaties') in Relation to EU Justice and Home Affairs (JHA) Matters (1 December 2009 - 30 November 2010)*, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, January 2011, p. 2.

internazionale³¹⁶, le difficoltà negoziali sono state tali da determinare una complessiva diluizione degli obiettivi prefissati nelle originarie proposte della Commissione, in relazione sia agli *standard* minimi di accoglienza sia alle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale³¹⁷.

Di conseguenza, pur riconoscendo l'importanza dei passi avanti mossi rispetto agli strumenti giuridici della "prima generazione" e della maggiore attenzione alle situazioni di particolare vulnerabilità, che impongono l'adozione di forme di tutela più avanzate, molto resta ancora da fare nel senso della effettiva costruzione di un sistema comune europeo di asilo. In particolare, spetterà agli Stati membri dell'Unione garantire che l'attuazione del nuovo pacchetto legislativo negli ordinamenti interni avvenga in modo conforme al rispetto del dettato normativo e della giurisprudenza delle due Corti europee.

La Direttiva sulle qualifiche sarebbe dovuta essere recepita dagli Stati entro il dicembre 2013, mentre gli Stati hanno a disposizione due anni di tempo per adeguare il diritto interno alla disciplina contenuta nelle nuove direttive sulle procedure e sull'accoglienza. I Regolamenti di riforma del meccanismo di Dublino sono, viceversa, immediatamente operativi, anche se per talune previsioni sono stabiliti termini diversi. I giudici interni possono, dunque, già applicare la disciplina vigente richiamando i criteri interpretativi delle direttive, e soprattutto dei nuovi regolamenti, e possono sollevare a tale proposito questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Come si è già avuto modo di notare, il maggiore avanzamento della tutela contro il rischio di *refoulement* raggiunto in base alla CEDU è legato all'esistenza di un giudice che è stato in grado di ricavare tutte le potenzialità insite nei diritti convenzionali, facendo avanzare il diritto vivente che da tale convenzione trae origine. Allo stesso modo, può ritenersi che nel prossimo futuro l'apporto della Corte di giustizia dell'Unione alla precisazione dei contenuti della protezione contro il *refoulement* sarà decisivo in vista di un avanzamento della tutela nello spazio giuridico europeo³¹⁸, tanto più che la

³¹⁶ Sull'importanza del Parlamento europeo in tale fase v. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 166 ss.

³¹⁷ In argomento, v. Consiglio europeo per i rifugiati e gli esiliati, *Comments From The European Council On Refugees And Exiles on the Amended Commission Proposal to recast the Reception Conditions Directive (COM(2011) 320 final)*, settembre 2011; *Comments From The European Council On Refugees And Exiles on the Amended Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive (COM(2011) 319 final)*, settembre 2011.

³¹⁸ WILDE, *The 'Legal Space' or 'Espace Juridique' of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial State Action?*, EHRLR, vol. 10, 2005, p. 115 ss.; LENAERTS, JADOUL, *Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, sécurité et de justice?*, in DE KERCHOVE, WEYEMBERGH (eds.), *L'espace penal europeen: enjeux*

competenza di tale Istituzione in materia di immigrazione e asilo, è stata finalmente "liberata" dai limiti che la caratterizzavano prima del Trattato di Lisbona, tanto in relazione al rinvio pregiudiziale, quanto al ricorso per annullamento e a quello per infrazione³¹⁹.

Dunque, la criticità del momento storico non deve condurre a sottostimare la ricaduta normativa della giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo in materia di diritti degli stranieri e di obbligo di *non-refoulement*. D'altra parte, le tensioni tra l'afflato di Tampere e le esigenze di sicurezza della "fortezza Europa" potranno essere composte soltanto quando gli Stati riconosceranno e rispetteranno pienamente il ruolo propulsivo che, in un'ottica circolare, le Corti europee e i giudici interni hanno svolto e possono svolgere. Tale ruolo risulta fondamentale in vista di una ricostruzione "partecipata" dei diritti fondamentali, che consenta agli stessi di acquistare:

«[U]n contenido que le es propio, en cuya definición, ciertamente, han de jugar un papel fundamental los instrumentos internacionales en los que tal derecho se inspira, y entre ellos en primera línea el CEDH, pero también las tradiciones constitucionales de las que el derecho en cuestión procede y, con ellas, el universo conceptual de los principios característicos del Estado de Derecho»³²⁰.

12. Rilievi conclusivi sul concetto di "Spazio" di libertà, sicurezza e giustizia.

L'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea individua lo Spazio «*di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere*

et perspectives, Bruxelles, 2002, p. 199 ss.; LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union européenne dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, RTDeur, 2006, p. 1 ss.

³¹⁹ Tra i nuovi strumenti procedurali a disposizione della Corte di Lussemburgo in relazione al Titolo V TFUE vi è il procedimento pregiudiziale di urgenza (PPU), che consente di accelerare i tempi del giudizio sul rinvio pregiudiziale chiesto nell'ambito di un procedimento nel quale sia stata sollevata una questione relativa alla limitazione della libertà personale di un individuo. V. Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali (GUUE C 160, 28/05/2011, pp. 1-5), par. 33 ss. In argomento OTTAVIANO, *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, *Studi int. eur.*, vol. 4, 2009, p. 451 ss. In merito all'ampliamento delle competenze della Corte di Lussemburgo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si rinvia a CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 166 ss.

³²⁰ CGUE, *Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-69/10, sent. 28 luglio 2011, Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, par. 39.

esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima»³²¹, con una definizione *per relationem* rispetto all'obiettivo di garantire la libera circolazione delle persone e la protezione dei diritti fondamentali, ovvero valori fondamentali dell'integrazione europea³²².

Ciò significa che la nozione di "spazio europeo" si è emancipata dalla logica della sovranità che sottende alla costituzione degli Stati nazione, discostandosi dalla categoria dogmatica di "territorio" inteso come elemento della statualità, come ambito di applicazione del diritto o come area su cui si esercita la potestà sovrana dello Stato e diventando strumentale alla realizzazione dei tre obiettivi materiali - libertà, sicurezza e giustizia - che ne hanno giustificato l'istituzione. Tale "spazio" ha affiancato la concezione di "spazio economico", che ha qualificato le prime fasi dell'integrazione europea con la costituzione del mercato interno, per assumere i connotati di un *locus* giuridico caratterizzato dalla comunanza di valori e dal perseguimento di obiettivi comuni a tutti gli Stati membri dell'Unione, intesi *uti universi* come "comunità di diritto"³²³.

Il concetto giuridico di "spazio" in ambito europeo ha acquisito una veste tridimensionale (pluralità di comunità nazionali, unico mercato interno e unica comunità di diritto), speculare all'esigenza dell'Unione di rispondere alle sfide lanciate dalla crisi dello Stato nazionale, dall'incedere della globalizzazione economica e dal moltiplicarsi dei flussi migratori.

Il portato di tale riarticolazione del principio di territorialità si riflette sulla nozione di "confine"³²⁴, che a sua volta assume un rilievo non trascurabile in relazione alla protezione dei diritti fondamentali. Difatti, mentre nell'accezione dogmatico-filosofica propria del giuspositivismo statualistico il confine fisico è statico, in quanto rappresentato dalla frontiera geografica entro la quale lo Stato esercita la propria *jurisdiction* e assicura la prevenzione e la repressione delle condotte lesive dei diritti fondamentali, nel processo di integrazione europea la nozione di confine assume una connotazione dinamica, che implica una modificazione dello stesso in funzione degli obiettivi perseguiti a livello comunitario e dei valori da tutelare.

³²¹ Articolo 3, par. 2 TUE. V. anche articolo 12 TUE e articolo 4, para. 2, lett. j) e articolo 276 TFUE.

³²² Essi sono intesi come presupposto per assicurare agli individui, che si vengono a trovare entro la giurisdizione degli Stati parte dell'Unione, la libertà, la sicurezza e la giustizia, che costituiscono i principi ordinatori del costituzionalismo moderno. V. COM (1998) 459, def., *Verso uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*.

³²³ In argomento, DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, p. 5 e p. 417 ss.

³²⁴ V. art. 21, par. 2, lett. a) TUE.

In altri termini, la "geometria variabile" dello spazio europeo discende dalla "giuridicizzazione" del confine fisico in funzione del principio delle competenze d'attribuzione, «nel senso che il principio di territorialità lascia lo spazio a più complessi riparti di competenza, i quali spesso implicano l'applicazione extraterritoriale del diritto»³²⁵.

Tale dinamica riflette il pluralismo giuridico su cui l'Unione si fonda, il suo sistema giurisdizionale "diffuso", nonché le spinte evolutive della giurisprudenza "creativa" delle due principali Corti europee³²⁶, sulle cui pronunzie ci soffermeremo nel prossimo capitolo³²⁷. Così, in riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, è stato sostenuto che:

«The *espace juridique* to which the European Court referred in *Banković* is not just about enforcing rights in a particular regional and territorial context. It is also about values, as the Preamble to the Convention makes clear, and as the Court itself has frequently emphasized. It is about *obligations*, if not at large, *erga omnes* all the world, then at least towards those touched by State conduct beyond State territory; *obligations*, the impact and consequences of which do not depend and are not contingent for their realisation on any discrete territorial link; but which rather reflect the responsibility attaching, in the normal course of events, to conduct, power, authority and control over the lives of others»³²⁸.

La decostruzione della nozione di confine come elemento di discontinuità tra il territorio dello Stato e lo spazio esterno è dunque frutto dell'affermazione, a livello europeo e universale, dell'universalismo dei diritti, ovvero di una concezione della tutela della persona fondata sul primato della dignità umana³²⁹. Da tale concezione discende che quello statale sia soltanto uno degli ordinamenti giuridici cui l'individuo può far riferimento per ottenere il riconoscimento dei propri diritti fondamentali, che sono al contempo tutelati tanto nell'ambito dell'Unione europea quanto nel sistema di protezione sviluppatosi a partire dalla Convenzione europea dei diritti umani. L'elezione

³²⁵ DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione*, cit., p. 415.

³²⁶ In argomento, VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; PRECHAL, VAN ROERMUND (eds.), *op. cit.*

³²⁷ V. *infra*, cap. 7.

³²⁸ GOODWIN-GILL, *The Extraterritorial Reach of Human Rights Obligations*, cit., p. 307.

³²⁹ V. IDI, *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*, Résolution du 13 septembre 1989 (Rapporteur, Professeur Giuseppe Sperduti), in *Annuaire*, 1989, vol. 63-II, p. 338 ss., art. 1: «Les droits de l'homme sont l'expression directe de la dignité de la personne humaine. L'obligation pour les Etats d'en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament déjà la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme».

di un paradigma multilivello di protezione comporta che l'individuazione del livello appropriato a garantire il rispetto di un determinato diritto avvenga sulla scorta di criteri selettivi – come l'adeguatezza della protezione, il margine di discrezionalità conservato dagli Stati e le clausole di compatibilità – volti a minimizzare il rischio di divergenze nella tutela approntata dai diversi livelli³³⁰.

Ovviamente, l'assenza di un criterio univoco di soluzione delle antinomie giuridiche non consente di mettere il sistema al riparo da tensioni strutturali, che si manifestano con maggior evidenza nei settori meno interessati dal processo di comunitarizzazione, ovvero in quelli in cui è storicamente più pregnante il rilievo della sovranità territoriale e della concezione tradizionale di confine.

Un ambito in cui si è materializzata una certa tensione tra la concezione escludente del confine e l'universalismo dei diritti è, per l'appunto, quello delle politiche relative al trattamento degli stranieri. Com'è emerso dall'analisi svolta, queste sono state, sin dall'origine, ispirate da una logica di "doppio binario", tesa a portare avanti congiuntamente gli obiettivi della protezione dei rifugiati e dei migranti regolarmente residenti nel territorio di uno degli Stati membri, d'un canto, e del contrasto all'immigrazione irregolare, dall'altro.

Di conseguenza, la condizione giuridica dello straniero in ambito europeo è stata modulata in funzione della regolarità del suo *status* amministrativo di residenza, ovvero della legittimità della propria presenza nel territorio dello Stato sulla base della normativa nazionale³³¹. Ne consegue che coloro che si trovano nel territorio dell'Unione da "clandestini" sono esclusi dal godimento della gran parte dei diritti fondamentali.

È chiaro, dunque, che in siffatto ambito la concezione escludente del confine ha mantenuto un rilievo preminente rispetto alla teoretica dei diritti universali. In questo contesto, si iscrivono gli sforzi portati avanti dalle due principali Corti europee nel senso di un avanzamento dei diritti dei rifugiati e dei richiedenti asilo nello spazio giuridico europeo.

È, dunque, dal diritto "vivente" elaborato dalla giurisprudenza delle due Corti europee, le più aperte alle suggestioni provenienti dall'evoluzione socio-giuridica dei diritti umani, che si è avuto finora, e può auspicarsi in futuro, un contributo efficace alla definizione di una sfera di posizioni giuridiche attive e

³³⁰ V. *infra*, cap. 7 in merito alla giurisprudenza CEDU sul concetto di "protezione equivalente". In merito alle considerazioni sulla salvaguardia dell'identità nazionale, v. art. 4, par. 2 TUE. Sulla teoria dei controlimiti, v. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, cit.

³³¹ NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, cit., p. 61 ss.

passive di cui siano titolari gli stranieri protetti dal divieto di respingimento, a partire da quel processo di osmosi e contaminazione giurisprudenziale, di cui si è dato conto in questo studio e che ha ispirato altresì i lavori, in materia di espulsione degli stranieri, della Commissione del diritto internazionale³³².

Ciò spinge a chiedersi, almeno in una prospettiva *de jure condendo*, se in base ai recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali intervenuti nel sistema multilivello di protezione dei diritti umani in Europa possa prefigurarsi la formazione di uno *status* di protezione internazionale autonomo in rapporto ai beneficiari del *non-refoulement*, che non siano titolari dello *status* di rifugiato e non siano eleggibili alla protezione sussidiaria. E, invero, la struttura del sistema di protezione internazionale dell'Unione europea, successivo all'adozione della Direttiva sulle qualifiche nel 2004, non preclude uno sviluppo in tale direzione.

³³² V. *supra*, cap. 4, ultimi paragrafi.

CAPITOLO VII

DAL REGOLAMENTO DUBLINO II AL REGOLAMENTO DUBLINO III ATTRAVERSO LA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO E DI LUSSEMBURGO

*We must take into account the case-law of the European Courts,
both in Strasbourg and in Luxembourg
and the Charter on Fundamental Rights.
I know that for Member States, it does sometimes represent a real challenge
as practice and legislation must be modified in certain cases.
But it is the choice also made by the EU,
in particular with the Lisbon Treaty.
It is particularly relevant for all matters related to the concepts of effective remedies,
non-discrimination and protection against refoulement.*

Cecilia Malmström,
Establishing the Common European Asylum System, 2010

SOMMARIO: 1. Il dialogo tra Lussemburgo e Strasburgo in materia di diritti umani. - 2. Il principio del mutuo riconoscimento e la clausola di sovranità del Regolamento "Dublino II". - 3. Il caso greco dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza *M.S.S. contro Belgio e Grecia*. - 4. (segue) L'abbandono del richiedente asilo in uno stato di indigenza come "trattamento inumano e degradante" ai sensi dell'articolo 3 CEDU. - 5. Il caso greco dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione: la sentenza *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*. - 6. (segue) Due test per valutare il rischio del trasferimento di un richiedente in base al Regolamento Dublino II? - 7. L'incidenza complessiva del dialogo tra le due Corti europee sulla riforma del sistema di Dublino.

1. Il dialogo tra Lussemburgo e Strasburgo in materia di diritti umani.

È a tutti noto il peculiare rilievo che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha assunto nella giurisprudenza "creativa" della Corte di giustizia dell'Unione europea a partire dagli anni Settanta¹, nonché la circostanza che sovente i richiami alla giurisprudenza di Strasburgo da parte di Lussemburgo

¹ V. ad es. *CGUE, Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, C-36/75, sent. 28 ottobre 1975, par. 32; *Elliniki Radiophonia Tiléorasi Anonimi Etairia (ERT AE) et al. c. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) et al.*, C-260/89, sent. 18 giugno 1991, par. 41; *Cinéthèque SA et al. c. Fédération nationale des cinémas français*, C-60/84 e C-61/84, sent. 11 luglio 1985, par. 26; *Meryem Demirel c. Schwaebisch Gmuend (Stadt)*, C-12/86, sent. 30 settembre 1987, par. 28. In argomento, MORANO-FOADI, ANDREADAKIS, *The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: the ECJ and ECtHR Jurisprudence*, *EJIL*, vol. 22, 2011, p. 1071 ss., pp. 1072-1075.

siano stati, in realtà, strumentali allo sviluppo di un filone giurisprudenziale autonomo in tema di diritti fondamentali².

Per parte sua, la Corte europea, dopo un'iniziale fase di *self-restraint*³, ha attuato un sempre più stringente monitoraggio del rispetto dei diritti sanciti nella CEDU da parte degli Stati appartenenti ad entrambi i sistemi giuridici, per un verso affermando, seppur in astratto, il principio di equivalenza della tutela, per l'altro, ribadendo la propria vigilanza rispetto alle ipotetiche deficienze del sistema di protezione dei diritti umani dell'Unione europea⁴.

Dunque, pur ricercando accomodamenti in grado di rendere coerenti le rispettive prassi giurisprudenziali⁵, le due Corti europee hanno finito per custodire la propria autonomia concettuale e argomentativa nella

² CGUE, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e al.*, C-159/90, sent. 4 ottobre 1991. In argomento, CANNIZZARO, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea sul contenuto della tutela dei diritti umani nell'Unione europea*, in FRAGOLA (a cura di), *op. cit.*, p. 39 ss., p. 40. In altri casi, a tali rimandi ha fatto seguito un effettivo rinvio all'*acquis jurisprudentiel* sviluppato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. In questa cornice non sono mancati casi, come la sentenza *Baustahlgewebe*, in cui la Corte di Lussemburgo si è espressamente pronunciata nel senso di una sostanziale equivalenza tra la protezione da essa garantita e quella derivante dalla giurisprudenza di Strasburgo. V. CGUE, *Baustahlgewebe GmbH c. Commission of the European Communities*, C-185/95 P, sent. 17 dicembre 1998, par. 1, in cui la CGUE ha enfatizzato l'importanza della propria funzione di giudice dei diritti umani e il peculiare rilievo della Convenzione europea. V. anche *Procédure pénale c. Maria Pupino*, C-105/03, sent. 16 giugno 2005, in cui ha esteso la propria competenza in materia di diritti umani all'allora terzo pilastro. In argomento, CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, *Studi int. eur.*, vol. 1, 2006, p. 157 ss. V. anche CGUE, *Grant c. South-West Trains Ltd.*, C-249/96, sent. 17 febbraio 1998.

³ SCHEECK, *The Relationship Between the European Courts and Integration through Human Rights*, *ZAÖRV*, vol. 65, 2005, p. 837 ss.

⁴ V. Corte EDU, *Matthews c. Regno Unito*, n. 24833/94, sent. 18 febbraio 1999, par. 32: «[t]he Convention does not exclude the transfer of competences to international organisations provided that Convention rights continue to be "secured"». V. anche Commissione EDU, *M & Co. c. Repubblica Federale di Germania*, n. 13258/87, dec. 9 febbraio 1990, DR. 64, p. 138 ss.; Corte EDU, *Procola c. Lussemburgo*, n. 14570/89, sent. 28 settembre 1995; *Cantoni c. Francia*, n. 17862/91, sent. 15 novembre 1996. Il principio della protezione equivalente è stato dichiarato nel caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, n. 45036/98, sent. 30 giugno 2005, parr. 165, 155-156. V. più di recente, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van den Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Olanda*, n. 13645, dec. 20 gennaio 2009. Sul tema cfr. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, *RDI*, vol. 88, 2005, p. 762 ss.; COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, *HRLR*, vol. 6, 2006, p. 87 ss.

⁵ V. CGUE, *Connolly c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-274/99 P, sent. 6 marzo 2001. Per qualche riferimento alla sconfinata letteratura sul tema dei profili di compatibilità della giurisprudenza delle due Corti v. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali nell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, *AIC*, *Annuario 1999*, *La Costituzione europea*, Padova, 2000, p. 297 ss., p. 315 ss.; TIZZANO, *The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights*, in ARNULL, EECKHOUT, TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of F. Jacobs*, Oxford, 2008, p. 125 ss.; PACIOTTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una cronaca*, *Riv. dir. cost.*, 2000, p. 190 ss., p. 203; CANOR, *Primus inter pares. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe*, *ELR*, vol. 25, 2000, p. 2 ss.

determinazione tanto del contenuto dei diritti garantiti, quanto dei limiti alla protezione⁶. L'interpretazione dei limiti alla protezione, ad esempio, è una cartina di tornasole delle disarmonie che hanno caratterizzato la tutela dei diritti umani offerta dalle due Corti⁷. Difatti, all'esistenza, nella CEDU, di diritti assoluti (costituenti il *noyau dur* della Convenzione e rispetto al cui *enforcement* la Corte di Strasburgo ha escluso qualsiasi ipotesi di contemperamento con gli interessi generali, pur legittimi, degli Stati membri), ha fatto da contraltare quella prassi della Corte di giustizia in cui tale bilanciamento ha avuto luogo a partire dal presupposto dell'insussistenza di diritti incomprimibili, almeno sino alla sentenza nel caso *Schmidberger*⁸.

D'altra parte, l'autonomia esistente tra queste due istanze giurisdizionali è genetica, derivando dalla loro appartenenza ad ordinamenti giuridici distinti⁹. In termini sistemici, poi, il *distinguo* tra le due Corti e tra i rispettivi sistemi di

⁶ GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in DE SIERVO (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 211 ss.; SIMON, *Des influences réciproques entre CJGE et CEDH: "je t'aime, moi non plus"?*, *Pouvoirs*, vol. 96, 2001, p. 31 ss.; GUILD, LESIEUR (eds.), *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights. Who Said What, When?*, Londra, 1998; ROSAS, *Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts*, in BAUDENBACHER ET AL. (eds.), *The EFTA Court: Ten Years On*, Oxford, 2005, p. 15 ss.

⁷ Per es., sulle divergenze nell'interpretazione dell'articolo 8 CEDU v. CGUE, *Hoechst A.G. c. Commissione delle Comunità europee*, C-46/87, C-227/88, sent. 21 settembre 1989; Corte EDU, *Niemietz c. Germania*, n. 13710/88, sent. 16 dicembre 1992; Tribunale di I grado delle Comunità europee, *Limburgse Vinyl Maatschappij et al. c. Commissione delle Comunità europee*, T-305, 306, 307, 313, 316, 318, 325, 328, 329, 335/94, sent. 20 aprile 1999, V. LAWSON, *Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg*, in LAWSON, DE BLOIS (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry Schermers*, Dordrecht, 1994, p. 219 ss. In merito all'articolo 6, par. 1 CEDU si rinvia a CGUE, *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba*, C-17/98, ord. 4 febbraio 2000, in cui la Corte conclude per l'inapplicabilità al caso di specie della giurisprudenza di Strasburgo nel caso *Vermeulen c. Belgio*, n. 19075/91, sent. 20 febbraio 1996. In argomento, CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, *RID*, vol. 13, 2000, p. 423 ss.

⁸ CGUE, *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria*, C-112/00, sent. 12 giugno 2003. Per un'enunciazione della c.d. "dottrina delle limitazioni ai diritti fondamentali", v. le due sentenze *Nold* e *Hauer* richiamate *supra*, in cui si afferma l'opportunità di un bilanciamento, effettuato in base al principio di proporzionalità, tra diritti fondamentali e interesse generale della Comunità. Per un commento v. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: "it's all balancing"*, *Ragion pratica*, n. 29, 2007, p. 383 ss.

⁹ Sull'autonomia e l'indipendenza delle due corti europee, v. CGUE, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, C-402/05 P e C-415/05 P, sent. 3 settembre 2008, parr. 281-284, in cui la Corte afferma che il proprio controllo della validità di qualsiasi atto comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico autonomo, che non può essere compromessa da un accordo internazionale. V. anche i parr. 311-315.

tutela dei diritti umani¹⁰ risiede nelle stesse logiche che sottendono alla protezione dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, inteso come sistema di protezione multilivello¹¹, risultato del concorso di una molteplicità di esperienze legislative e giurisdizionali, la cui prevalenza nel singolo caso di specie è determinata sulla scorta di criteri selettivi, come le clausole di compatibilità, l'adeguatezza della protezione, il principio di sussidiarietà. Difatti, giacché l'*enforcement* dei diritti contenuti nella Convenzione europea e la garanzia del rispetto del diritto dell'Unione europea riposano sul fondamentale ruolo di interprete assegnato alle corti interne degli Stati parte¹², cui peraltro è riconosciuto un certo margine di discrezionalità¹³, è chiaro che il sistema di protezione dei diritti umani in Europa sia un sistema dinamico, per il corretto funzionamento del quale è necessario che tutti gli attori coinvolti concorrano mutualmente alla determinazione del diritto vivente¹⁴.

Ciò detto, è indubbio che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona abbia inaugurato una nuova stagione nel dialogo tra le due corti, per un verso, liberando la Corte di Lussemburgo dall'esigenza di conseguire la tutela dei

¹⁰ In merito all'esistenza di due sistemi di diritti umani in Europa si veda la proposta della Commissione europea di decisione quadro in materia di mandato di arresto europeo (COM(2001) 522 final/2 2001/0215 (CNS), *Proposal for a Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between the Member States*, del 25 settembre 2001), par. 4.4, p. 5, dove si sostiene che: «*in the issuing and execution of European arrest warrants, the national courts will of course remain subject to the general norms relating to protection of fundamental rights, and particularly the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and the Charter of Fundamental Rights of the European Union*».

¹¹ Sono ancora valide in argomento le riflessioni di PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 3 ss. In argomento v. *amplius*, CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, spec. p. 165 ss.

¹² CdE, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Speech by the Secretary General of the Council of Europe*, Brighton, 19 April 2012, p. 5, accessibile online all'indirizzo: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8D587AC3-7723-4DB2-B86F-01F32C7CBC24/0/2012_BRIGHTON_Discours_Bratza_EN.pdf].

¹³ V. Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, cit., parr. 48-49: «*By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them*»; CGUE, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, sent. 14 ottobre 2004, par. 31: «*the specific circumstances which may justify recourse to the concept of public policy may vary from one country to another and from one era to another [...] [therefore, the competent national authorities must be allowed] a margin of discretion within the limits imposed by the Treaty*».

¹⁴ Sulla configurazione del sistema di tutela dei diritti umani nello spazio giuridico europeo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, v. la dichiarazione del commissario Cecilia Malmström, *Establishing the Common European Asylum System by 2010 – An Ambitious but Feasible Target. Ministerial Conference "Quality and Efficiency in the Asylum Process"*, Bruxelles, 14 settembre 2010.

diritti fondamentali meramente in via di deduzione logica¹⁵, per altro verso rendendo la giurisprudenza di Strasburgo un termine di paragone obbligato nella ricostruzione del contenuto e della portata dei diritti riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione¹⁶.

In attesa di ulteriori sviluppi normativi, che seguiranno all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Protocollo n. 16 allegato a tale trattato¹⁷, il dialogo tra le due Corti europee ha prodotto, recentemente, un risultato assai significativo proprio in materia di avanzamento della protezione dei richiedenti asilo contro il *refoulement* nello spazio giuridico europeo, portando alla riforma del sistema di Dublino. Come si è anticipato nel capitolo precedente, tale sistema stabilisce i meccanismi di allocazione, tra gli Stati membri dell'Unione, della responsabilità per l'esame delle domande di asilo provenienti dai cittadini di Paesi terzi, che si fonda su taluni criteri in base ai quali viene determinato lo Stato membro competente all'esame di una domanda di asilo (come la sussistenza di legami familiari in un determinato Stato o il rilascio di titoli di soggiorno o visti), il criterio residuale essendo quello del primo ingresso irregolare nello spazio Schengen. Prima della riforma

¹⁵ Come noto, ciò è avvenuto grazie all'attribuzione alla Carta di Nizza di valore vincolante e la sua collocazione nel rango di norma primaria mediante l'articolo 6 TUE. In merito alle recenti pronunce della CGUE, in cui si enfatizza il valore vincolante della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona, v. CGUE, *Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, sent. 19 gennaio 2010; *Mayor et autres c. Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila et al.*, C-323/08, sent. 10 dicembre 2009; *Aydin Salahadin Abdulla et al.*, cit.; *Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, C-578/08, sent. 4 marzo 2010; *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, C-407/08 P, sent. 1 luglio 2010; *Commission européenne c. Repubblica Federale di Germania*, C-271/08, sent. 15 luglio 2010, par. 37. Ovviamente la "costituzionalizzazione" della Carta di Nizza non deve essere intesa come "limite" alla possibilità per la Corte di giustizia dell'UE di esercizio di un'azione "creativa" e nomofilattica.

¹⁶ Il riferimento è all'articolo 52, par. 3 della Carta di Nizza, ma anche all'articolo 53 e al *cons.* 5 del Preambolo. V. FERRARI BRAVO, DI MAJO, RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali (commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti)*, Milano, 2001, p. 78.

¹⁷ Sul tema TIZZANO, *Le Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la Cedh, Il diritto dell'Unione europea*, vol. 16, 2011, p. 29 ss.; GAJA, *Accession to the ECHR*, in BIONDI, EECKHOUT, RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2013, p. 190 ss.; DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme, Il diritto dell'Unione europea*, vol. 14, 2009, p. 645 ss.; GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona, Il diritto dell'Unione europea*, vol. 14, 2009, p. 678 ss.; CHERUBINI, *I Protocolli 15 e 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, DUcb*, vol. 24, 2013, p. 30 ss., ID., *Pubblicata la bozza di Accordo fra il Consiglio d'Europa e l'Unione europea per l'adesione di quest'ultima alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Amministrazione in cammino, 2011, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/?p=16425>]; VEZZANI, *The EU and Its Member States before the Strasbourg Court: a Critical Appraisal of the Co-Respondent Mechanism*, in REPETTO (ed.), *op. cit.*, p. 221 ss., spec. pp. 223-224; VEZZANI, *Un altro passo avanti verso l'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, Sidiblog, 29 aprile 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=290>].

del 2013, il meccanismo poggiava su una presunzione di conformità pressoché assoluta dei sistemi di asilo degli Stati membri, che di fatto ha limitato fortemente il ricorso alla clausola di sovranità contenuta nell'art. 3, par. 2 del Regolamento Dublino II, consentendo il trasferimento del ricorrente in modo automatico, in base ai criteri gerarchici previsti dal regolamento stesso.

In seguito al caso greco e alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, seguita a distanza di un anno dalla sentenza della Corte di giustizia dell'UE nel caso *N.S. e M.E.*¹⁸, la schizofrenia di tale sistema è stata portata all'attenzione generale e nella rifusione del Regolamento (UE) n. 604/2013 si è tenuto conto del dato giurisprudenziale, attraverso l'introduzione di una limitazione all'obbligo di trasferimento in base ai criteri gerarchici in relazione al rischio reale che il richiedente subisca, a causa del trasferimento stesso, trattamenti inumani e degradanti, contrari all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Nelle pagine che seguono cercheremo di mettere in luce le disfunzioni e i problemi principali emersi dall'attuazione della cooperazione mediante il sistema di Dublino, per poi esaminare le "bonifiche" essenziali attuate dal nuovo regolamento e le criticità ancora esistenti, nonché la compatibilità dell'impianto del regolamento con gli obblighi che discendono dal rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951 e del principio della libertà di circolazione.

2. Il principio del mutuo riconoscimento e la clausola di sovranità del Regolamento "Dublino II".

Il Regolamento Dublino II ha istituito un regime integrato di cooperazione in materia di asilo, fondato su una serie di criteri gerarchici, che presiedono - in maniera automatica - alla determinazione dello Stato parte dell'Unione cui è assegnata la competenza all'esame di una determinata domanda d'asilo¹⁹. Questa determinazione produce effetti vincolanti, cosicché lo Stato membro competente è tenuto ad accettare il trasferimento del richiedente asilo nel

¹⁸ CGUE, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E., A.S.M., M.T., K.P., E.H. c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10, C-493/10, sent. 21 dicembre 2011. Per semplicità, nel prosieguo si farà riferimento a questo caso come "N.S."

¹⁹ Reg. Dublino II, articolo 3 e capo III, in particolare l'articolo 13, che sancisce il criterio residuale della competenza dello Stato in cui la domanda d'asilo è stata presentata allorché gli altri criteri si rivelino inapplicabili.

proprio territorio e a procedere all'esame della sua richiesta di protezione, anche qualora questi abbia presentato domanda in un altro Stato membro²⁰.

Il meccanismo di Dublino è stato pensato per una molteplicità di motivi. In primo luogo, avrebbe consentito di arginare il fenomeno del c.d. "*forum shopping*", ovvero la presentazione di domande multiple all'interno di diversi Stati dell'Unione, al fine di ottenere l'accesso alle migliori condizioni di protezione, evitando, così, il moltiplicarsi dei movimenti secondari di richiedenti asilo all'interno dello spazio giuridico europeo²¹. In secondo luogo, l'individuazione dello Stato responsabile, a partire da criteri oggettivi, aveva l'ambizione di evitare la creazione di rifugiati "in orbita", ovvero il *physical displacement* di richiedenti asilo che non fossero ammessi alle procedure di determinazione dello *status* in nessuno dei Paesi europei²². In terzo luogo, scongiurando il rischio che vi fossero domande d'asilo non esaminate da alcuno Stato membro, il sistema di Dublino avrebbe rafforzato la tutela contro il *refoulement* in Europa, assicurando che nessun richiedente asilo venisse respinto verso territori in cui la sua vita o la sua libertà potessero essere minacciate²³.

Il raggiungimento di questi obiettivi doveva rappresentare la prima tappa in vista della «*progressiva realizzazione di un regime europeo comune in materia di asilo*» che avrebbe condotto all'adozione «*di una procedura comune*»²⁴.

Invero, il meccanismo di Dublino ha incontrato ben presto un ostacolo, in un certo senso, preannunciato. Difatti, esso si basa su una presunzione di equipollenza degli apparati strumentali dedicati alla protezione dei rifugiati e dei richiedenti asilo nei diversi Stati dell'Unione, a sua volta fondata sul principio del mutuo riconoscimento. Tuttavia, siffatta presunzione non è stata supportata da un'armonizzazione delle discipline nazionali in materia di asilo,

²⁰ Ivi, articolo 19, par. 1. Si noti che, ai sensi del par. 4 del medesimo articolo, qualora il trasferimento non avvenga entro sei mesi, la competenza ricade sullo Stato membro nel quale è stata presentata la domanda d'asilo.

²¹ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo*, COM(2001)447 def. del 26 luglio 2001, p. 3.

²² Ivi, p. 18.

²³ V. Reg. Dublino II, *considerando 2*: «*Il Consiglio europeo, nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ha deciso di lavorare all'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo basato sull'applicazione, in ogni sua componente, della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, integrata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, e di garantire in tal modo che nessuno sia rinvio in un paese nel quale rischia di essere nuovamente esposto alla persecuzione, in ottemperanza al principio di non respingimento. Sotto tale profilo [...] gli Stati membri [...] sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi*». V. anche *considerando 15*, in cui si afferma che il Regolamento rispetta i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza, in particolare il diritto d'asilo di cui all'articolo 18.

²⁴ Reg. Dublino II, *considerando 5*.

giacché la prima fase di attuazione degli indirizzi politici indicati nel Consiglio europeo di Tampere si è concretizzata, come approfondito nel precedente capitolo, nell'adozione di atti comunitari recanti *standard* minimi in tema di accoglienza. Il riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di asilo, risultante dall'attuazione di tali atti, dunque, non è stato sufficiente a prevenire le distorsioni e le disparità di trattamento risultanti dall'automatismo di Dublino²⁵.

L'incoerenza di fondo²⁶ del sistema di Dublino è che, in esso, il richiamo alla "*confiance mutuelle*" stride con la funzione tradizionale del principio del mutuo riconoscimento nel diritto UE, che è quella di agevolare la circolazione di beni, servizi e persone²⁷. Nel sistema di Dublino, al contrario, il ricorso al principio del mutuo riconoscimento è servito a rendere operativo un sistema volto a ostacolare la libertà di circolazione dei richiedenti asilo nel territorio dell'Unione e a rafforzare le politiche statali di controllo delle frontiere esterne e dei flussi migratori²⁸.

Una sorta di argine all'incoerenza di fondo del sistema di protezione dei richiedenti asilo nell'Unione europea è stato rinvenuto nella disposizione di chiusura dell'impianto normativo del regolamento in questione, ovvero nella c.d. "clausola di sovranità" di cui all'articolo 3, par. 2, che consente a uno Stato membro che intenda esaminare una domanda d'asilo, rispetto alla quale non è

²⁵ LINDENBAUER, *The EU Procedures Directive: UNHCR's View, First Experiences with the Transposition of the Directive*, AEAJ, Meeting and Workshop of the Working Group "Asylum and Immigration", 14 dicembre 2007.

²⁶ In questi termini, REBASTI, *op. cit.*, p. 343. Per un commento sul rilievo attribuito alla prassi dell'UNHCR in materia di Regolamento Dublino II, v. MARCHEGIANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, DUDI, 2014, p. 159 ss., p. 172.

²⁷ V. ad es. PARISI, *I diritti fondamentali nell'Unione europea fra mutuo riconoscimento in materia penale e principio di legalità*, in DRAETTA, PARISI, RINOLDI (a cura di), *op. cit.*, 113 ss., a p. 136: «La premessa sulla quale si fonda l'operare del mutuo riconoscimento è l'esistenza di una *confiance mutuelle* che ciascuno Stato dovrebbe poter riporre negli ordinamenti degli altri Paesi membri dell'Unione da una duplice prospettiva: sul piano legislativo, quanto all'adeguatezza della normativa nazionale; sul piano esecutivo e giudiziario, in ordine alla corretta applicazione di quest'ultima da parte degli organi interni a ciò preposti [...]. Il fondamento di questa reciproca fiducia - capace di far funzionare la *full faith and credit clause* anche entro l'ordinamento dell'Unione, al pari di quanto avviene negli ordinamenti di tipo federale - viene individuato nei valori espressi dall'art. 6.1 del Trattato d'Unione [...], come rilevati dalla Corte di giustizia e condivisi da tutti gli Stati membri in quanto originati dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle norme internazionali pertinenti».

²⁸ Questo dato trova riscontro nella prassi recente. Nel 2011, la decisione italiana di attribuire un permesso di soggiorno per motivi umanitari e un titolo di viaggio per la libera circolazione ai sensi dell'art. 5 del Codice Frontiere Schengen ai migranti tunisini sbarcati in Sicilia e diretti in Francia ha portato all'aspra protesta di tutti gli Stati UE dell'Europa centrale, al contrario, il fatto che i richiedenti asilo in Grecia subissero dei procedimenti sommari e non fossero tutelati è stato stigmatizzato soltanto dall'UNHCR e da organizzazioni non governative.

competente, di derogare alla regola della competenza dello Stato individuato ai sensi dei criteri gerarchici, prendendo in carico la domanda²⁹.

Questa clausola di salvaguardia, la cui *ratio* risiede nell'importanza che il principio di sovranità riveste nelle questioni inerenti all'immigrazione e all'asilo³⁰, suggerisce l'esistenza di una volontà degli Stati di mantenere un certo grado di controllo nella valutazione dell'opportunità di dismettere una domanda d'asilo (tesi, peraltro, corroborata dai lavori preparatori del regolamento)³¹. Nella prassi più risalente, essa è stata utilizzata tanto in funzione di protezione del richiedente asilo (ad esempio nei casi in cui il trasferimento avrebbe potuto deteriorarne lo stato di salute fisica o mentale³²) quanto in funzione umanitaria (ad esempio in quelle situazioni in cui l'allontanamento dell'individuo avrebbe comportato l'interruzione di legami affettivi e sociali³³).

La norma in questione, tuttavia, è stata anche richiamata contro gli interessi del richiedente asilo, nei casi di (presunta) manifesta infondatezza dell'istanza d'asilo³⁴. In ogni caso, in quanto passibile di alterare il meccanismo di automatica allocazione delle domande d'asilo tra gli Stati membri dell'Unione, svuotando di significato il presupposto della reciproca fiducia e privando di qualsiasi "effetto utile" il Regolamento Dublino II, il ricorso alla norma contenuta nell'articolo 3, par. 2 è stato confinato ad ipotesi di *extrema ratio*³⁵. In

²⁹ V. Reg. Dublino II, articolo 3, par. 2: «*In deroga al paragrafo 1, ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d'asilo [...] anche se tale esame non gli compete [...]. In tale ipotesi, lo Stato membro diventa competente e assume gli obblighi connessi a tale competenza*».

³⁰ HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention: A Comprehensive Assessment*, IJRL, vol. 11, 1999, p. 646 ss., p. 667.

³¹ V. COM(2001)447 def. Si noti che, nel diritto dell'Unione, la presunzione di equipollenza degli apparati nazionali dedicati alla protezione dei rifugiati è di natura relativa tanto in relazione alla protezione dei cittadini di Paesi terzi quanto alla tutela dei cittadini dell'Unione. Difatti, se nell'ambito del sistema di protezione degli stranieri vi è la norma accolta all'articolo 3, par. 2 del Regolamento di Dublino (che svolge la funzione di clausola di salvaguardia atta a relativizzare la presunzione di cui si è detto), allo stesso modo, nell'ambito dell'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, vi è il Protocollo n. 24, allegato al Trattato di Lisbona (che assolve il medesimo compito).

³² *The Dublin II Regulation*, UNHCR Discussion Paper, April 2006, p. 31; ECRE, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe*, 2006, p. 155.

³³ UNHCR, *The Dublin II Regulation*, cit., p. 30.

³⁴ In tali casi, lo Stato in cui era stata presentata la domanda ha spesso fatto ricorso alla clausola di sovranità per procedere direttamente all'esame della stessa mediante una procedura accelerata, al fine di rigettarla, evitando così il trasferimento. V. UNHCR, *The Dublin II Regulation*, cit., pp. 36-37; ECRE, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe*, cit., pp. 155-156.

³⁵ FILZWIESER, *The Dublin Regulation vs. the ECHR – a Non-Issue or a Precarious Legal Balancing Act?*, FMO, 2006, p. 10, accessibile online all'indirizzo: [http://repository.forcedmigration.org/show_metadata.jsp?pid=fmo%3A5364].

tempi più recenti, la clausola di sovranità è stata diffusamente utilizzata per fronteggiare quelle situazioni di diniego di giustizia cui andavano incontro i richiedenti asilo trasferiti in Grecia in ossequio al suddetto meccanismo³⁶.

Il caso greco presenta indubbiamente aspetti paradigmatici in relazione alle *défaillances* del meccanismo di Dublino. La questione delle condizioni e delle conseguenze del ricorso alla norma accolta nell'articolo 3, par. 2 del Regolamento nel caso greco, in relazione al quale, nel giugno 2010, erano pendenti dinanzi alla Corte europea oltre settecento ricorsi³⁷, è stata esaminata, con particolare incisività, da entrambe le Corti europee, la cui prassi giurisprudenziale è esaminata nelle pagine che seguono.

3. Il caso greco dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza M.S.S. contro Belgio e Grecia.

Il caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* riguardava il trasferimento di un richiedente asilo afgano in Grecia, Stato membro competente all'esame della sua domanda d'asilo ai sensi del Regolamento Dublino II. L'esecuzione della misura di allontanamento del richiedente asilo era stata disposta ed eseguita nel 2009, ad opera delle competenti autorità belghe, alle quali questi aveva presentato istanza d'asilo. In seguito alla notifica dell'ordine di espulsione, il ricorrente aveva esperito un tentativo di impugnazione dell'atto in questione e, avendolo fallito³⁸, aveva presentato un ricorso alla Corte di Strasburgo, chiedendo l'adozione di una misura *ad interim* ex articolo 39 del Regolamento di procedura della Corte, per sospendere l'esecutività dell'ordine belga di allontanamento verso la Grecia³⁹. La Corte non aveva accolto tale richiesta, sulla base della

³⁶ *Deportations to Greece are Stopped in Most Countries of the EU, Welcome to Europe*, April 2012, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.w2eu.info/dublin2.en.html>]; *Updated UNHCR Information Note on National Practice in the Application of Article 3(2) of the Dublin II Regulation in particular in the Context of Intended Transfers to Greece*, Bruxelles, 31 gennaio 2011. Sui problemi della Grecia come Paese d'asilo, v. *UNHCR Position on The Return of Asylum-Seekers to Greece under the "Dublin Regulation"*, Bruxelles, 15 aprile 2008; *Observations on Greece as a Country of Asylum*, dicembre 2009 e Amnesty International, *The Dublin II Trap: Transfers of Asylum-Seekers to Greece*, 10 marzo 2010, EUR 25/001/2010.

³⁷ *Updated UNHCR Information Note on National Practice in the Application of Article 3(2) of the Dublin II Regulation*, cit., par. 46.

³⁸ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 9-30.

³⁹ *Ivi*, parr. 31-32.

presunzione che la Grecia avrebbe onorato i propri obblighi⁴⁰, derivanti tanto dalla CEDU quanto dalla disciplina comunitaria in materia di asilo⁴¹. Giunto in Grecia, e dopo un breve periodo di detenzione, il ricorrente era stato rimesso in libertà. Tuttavia, non gli era stata fornita alcuna assistenza materiale e, dunque, nelle more dell'esame della propria istanza d'asilo, si era trovato a vivere in condizioni di estrema miseria⁴². Aveva, quindi, lamentato dinanzi alla Corte di Strasburgo⁴³ che la propria detenzione e le condizioni di vita cui era stato costretto in Grecia fossero assimilabili a un trattamento inumano e degradante, contrario all'articolo 3 CEDU, e che in seguito al trasferimento in Grecia fosse stato esposto a un concreto rischio di *refoulement* "a catena"⁴⁴ verso la Turchia, paese con il quale la Grecia aveva sottoscritto un accordo di riammissione nel 2001⁴⁵. Inoltre, l'attore aveva sostenuto la violazione degli articoli 2 e 3 CEDU da parte del Belgio in relazione al proprio *refoulement* verso la Grecia, nonché dell'articolo 13 per l'assenza di un rimedio giurisdizionale effettivo opponibile alla misura esecutiva di espulsione.

⁴⁰ Si ricorda che nel 2006, la Commissione europea aveva attivato una procedura di infrazione contro la Grecia per la violazione del Regolamento Dublino II e che l'inadempimento della Grecia rispetto ai propri obblighi di recepimento della Direttiva 9/2003 sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, era stato dichiarato da una sentenza del 2007 (v. CGUE, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, C-72/06, sentenza 19 aprile 2007). Dal canto suo, la Grecia aveva adottato una serie di misure volte a conformare il proprio sistema d'asilo alla normativa europea, come, *inter alia*, i decreti presidenziali 220/2007 (sulla trasposizione della Direttiva "accoglienza"); 90/2008 (sulla trasposizione della Direttiva "procedure"); 96/2008 (sulla trasposizione della Direttiva "qualifiche"). Di conseguenza, erano state fatte decadere le procedure di infrazione già in corso. V. CGUE, *Commissione c. Grecia*, C-130/08, ord. 22 ottobre 2008; *Commissione c. Grecia*, C-220/08, ord. 26 novembre 2008; *Parliamentary Questions, answer given by Mr Barrot on behalf of the European Commission*, 10 dicembre 2009, E-5426/2009. In argomento, GRAGL, *The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg's M.S.S. Judgment and its Implications for the European Union's Legal Order*, in BENEDEK, BENOÎT-ROHMER, KARL, NOWAK (eds.), *EYHR 2012*, Wien, 2012, p. 123 ss., p. 133 ss.

⁴¹ La Corte EDU aveva, in altri casi simili, acconsentito ad adottare misure provvisorie. V. European Legal Network on Asylum (ELENA), *Research on ECHR Rule 39 Interim Measures*, aprile 2012, p. 99. Tuttavia, è stata richiamata dagli Stati parte a un utilizzo più parco delle misure provvisorie, la cui adozione dovrebbe (ad avviso degli Stati) essere riservata solo ai casi eccezionali e forse questo spiega la scelta nel caso in commento. V. CdE, Comitato dei Ministri, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, Izmir, 26-27 aprile 2011, par. 12.

⁴² Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 33 ss.

⁴³ In merito alle doglianze del ricorrente v. *ivi*, par. 204 ss.

⁴⁴ Sul concetto di *refoulement* indiretto v. Corte EDU, *T.I. c. Regno Unito*, cit.; *K.R.S. c. Regno Unito*, cit.; *NA c. Regno Unito*, cit. La questione è stata sollevata anche nella sentenza *Hirsi et al. c. Italia*, cit., parr. 139-158.

⁴⁵ *Protocol for the Implementation of Article 8 of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Hellenic Republic on Combating Crime, Especially Terrorism, Organized Crime, Illicit Drug Trafficking and Illegal Migration*, sottoscritto ad Atene l'8 novembre 2001.

La pronuncia *M.S.S.* ha aggiunto un altro tassello al consolidamento dell'obbligo di *non-refoulement* nello spazio giuridico europeo⁴⁶. Infatti, dopo aver condannato la Grecia per la violazione dell'articolo 3 CEDU⁴⁷, in ragione delle condizioni di vita inaccettabili cui era stato esposto il ricorrente in conseguenza delle carenze strutturali del suo sistema di asilo⁴⁸, la Corte ha imputato al Belgio la responsabilità "*par ricochet*" per la violazione del medesimo articolo, derivante dal trasferimento del ricorrente in Grecia, in conseguenza del quale questi aveva vissuto in condizioni degradanti⁴⁹ e sopportato il rischio di *refoulement* indiretto⁵⁰. Già in numerosi precedenti la Corte europea si era trovata a condannare la Grecia per le inefficienze del sistema d'asilo⁵¹, lanciando un segnale forte, dal momento che in tali pronunce si sanciva la violazione diretta del divieto di tortura e maltrattamenti da parte di uno Stato firmatario della CEDU⁵². Nel caso *M.S.S.*, la Corte di Strasburgo si

⁴⁶ V. International Commission of Jurists, *Non-Refoulement in Europe after M.S.S. v. Belgium and Greece*, Workshop on Migration and Human Rights in Europe, Summary and Conclusions, 2011.

⁴⁷ Come sottolineato nell'opinione concorrente del giudice Villiger, annessa alla sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, la Corte non opera una distinta valutazione delle responsabilità della Grecia per la violazione dell'articolo 3 CEDU, ovvero dell'obbligo sostanziale di non respingimento e del combinato disposto degli articoli 3 e 13 CEDU, occupandosi soltanto del secondo profilo. A proposito, si è parlato in dottrina di "proceduralizzazione" del divieto di *refoulement*. In argomento, REBASTI, *op. cit.*, pp. 348-349. V. Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 286-293. Sul consolidato orientamento di Strasburgo circa la necessità che i rimedi interni contro il *refoulement* siano dotati di effetto sospensivo v. Corte EDU, *Čonka c. Belgio*, cit., par. 81-83.

⁴⁸ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 235-264. V. anche l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Sajó.

⁴⁹ Ivi, par. 362-368, spec. par. 367. V. anche l'opinione dissenziente del giudice Bratza.

⁵⁰ Ivi, par. 342.

⁵¹ Si veda, in particolare, l'articolo 2, par. 8 del Decreto presidenziale 61/1999, che imponeva al richiedente asilo la tempestiva comunicazione alle autorità competenti del proprio domicilio e faceva dipendere dalla mancata ottemperanza a tale obbligo l'immediato decadimento dell'interesse del richiedente alla prosecuzione dell'*iter* procedurale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Tale decreto è stato abrogato dal Decreto presidenziale 114/2010 (GU greca, vol. 195, A/22.11.2010), emanato nelle more dell'esame del caso *M.S.S.* dinanzi ai giudici di Strasburgo, che ha unificato le procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria in Grecia. Per un approfondimento v. European Migration Network, *Practical Measures for Reducing Irregular Migration. Study carried out by the Greek Contact Point of the European Migration Network (EMN)*, 2012, p. 13; UNHCR, *The Return to Greece of Asylum-Seekers with "Interrupted" Claims*, 9 luglio 2007; SCORDAS, *The New Refugee Legislation in Greece*, *IJRL*, vol. 11, 1999, p. 678 ss.

⁵² V. ad es., Corte EDU, *Kaja c. Grecia*, n. 32927/03, sent. 27 luglio 2006; *Mohd c. Grecia*, n. 11919/03, sent. 27 aprile 2006; *John c. Grecia*, n. 199/05, sent. 10 maggio 2007; *S.D. c. Grecia*, n. 63541/07, sent. 11 giugno 2009; *Tabesh c. Grecia*, n. 8256/07, sent. 26 novembre 2009. Va ricordato, infatti, che per gli Stati membri del Consiglio d'Europa, in ragione dell'onta derivante dall'accertamento di una violazione dell'articolo 3 CEDU, la Corte di Strasburgo ha, sin dall'inizio, innalzato la soglia probatoria del rischio, in modo da far ricadere sotto il giudizio di condanna soltanto i casi in cui la violazione era avvenuta "al di là di qualsiasi ragionevole dubbio". V. Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 105.

è spinta oltre, stabilendo la responsabilità di uno Stato parte della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, della CEDU e dell'Unione europea – il Belgio – per l'espulsione di un richiedente asilo verso un altro Stato parte di questi trattati – la Grecia⁵³.

Nella decisione in parola sono rintracciabili numerosi profili innovativi, in parte segnalati nelle opinioni separate dei giudici Bratza e Sajò⁵⁴. Punto di partenza è l'argomentazione di cui si è servita la Corte europea al fine di condannare il Belgio per la violazione dell'articolo 3 CEDU, che si fonda sull'applicazione della propria giurisprudenza in tema di *non-refoulement*⁵⁵ al contesto della cooperazione europea fondata sul meccanismo di Dublino⁵⁶. Muovendo dalla natura assoluta del divieto di respingimento, la Corte europea ha concluso che la presa d'atto delle difficoltà fronteggiate dagli Stati che compongono la frontiera meridionale dell'Unione nella gestione dell'onere migratorio non possa assolvere il singolo Stato – nel caso di specie la Grecia – dagli obblighi che discendono dall'articolo 3 CEDU⁵⁷. Ciò premesso, la Corte si è soffermata sulla condotta del Belgio nella vicenda del ricorrente, condannandolo per non aver interrotto le procedure di trasferimento, pur non ignorando le inefficienze delle procedure d'asilo greche⁵⁸, e avendo a disposizione uno strumento all'uopo previsto nel Regolamento Dublino II, ovvero la clausola di sovranità⁵⁹. Il Collegio ha sanzionato lo scarico di responsabilità del Belgio, rispetto al rischio di *refoulement* del ricorrente, valorizzando il dato oggettivo – ovvero la c.d. "situazione generale" dello Stato ricevente il richiedente asilo⁶⁰ – ai fini del *risk assessment*. L'incidenza della

⁵³ Per un precedente in tema di estradizione, tuttavia, e non di espulsione, v. Corte EDU, *Shamayev et al. c. Georgia e Russia*, cit.

⁵⁴ In argomento, v. RAUX, *op. cit.*; BOSSUYT, *Belgium Condemned for Inhuman or Degrading Treatment Due to Violations by Greece of EU Asylum Law: M.S.S. v Belgium and Greece*, *Grand Chamber, European Court of Human Rights, January 21, 2011*, EHRLR, n. 5, 2011, p. 582 ss.

⁵⁵ In proposito, v. SUDRE, *Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in FULCHIRON (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, 1999, p. 61 ss.

⁵⁶ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 255.

⁵⁷ Ivi, parr. 216-223. V. anche Corte EDU, *Medvedyev e al. c. Francia*, cit., par. 81, in cui la Corte afferma, a proposito degli sforzi degli Stati membri nel contrasto dell'immigrazione clandestina che: «*the end does not justify the use of no matter what means*».

⁵⁸ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 358, 359, 360 e 313.

⁵⁹ Ivi, par. 366.

⁶⁰ Ivi, parr. 160; 194-196; 203; 295-296; 347-349. Similmente v. Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 157. Sulla valutazione della situazione generale del Paese di destinazione dello straniero nella determinazione del rischio di *refoulement* v. anche Corte EDU, *Al Hanchi c. Bosnia Erzegovina*, cit. Per un commento v. CARRERA, DE SOMER, PETKOVA, *The Court of Justice of the European Union as a Fundamental Rights Tribunal. Challenges for the Effective Delivery of*

“situazione generale” di degrado del sistema ellenico d’asilo sulla vicenda individuale del ricorrente è stata rilevata a partire dagli “elementi nuovi” emersi dai rapporti di diverse organizzazioni non governative e dell’Alto Commissariato per i rifugiati (di cui è stata significativamente potenziata la funzione *ad adiuvandum*)⁶¹. Il che si è tradotto, in concreto, in un significativo *adoucissement* dell’onere probatorio individuale⁶², dal momento che la Corte ha derivato l’esistenza di un rischio individuale di subire maltrattamenti dalla presenza di note “carenze strutturali” nel sistema d’asilo ellenico.

Si tratta di un passaggio tanto importante quanto brusco della sentenza, attraverso il quale la Corte ha compiuto un netto *revirement* rispetto al proprio precedente orientamento. Infatti, nel precedente *K.R.S. c. Regno Unito*⁶³, i cui presupposti fattuali erano complessivamente assimilabili a quelli del caso in commento e che era stato deciso dalla Corte sei mesi prima della data materiale in cui le autorità belghe avevano eseguito l’ordine di espulsione del signor M.S.S., il giudicante aveva dichiarato il ricorso manifestamente infondato. Una simile decisione sull’ammissibilità era stata raggiunta anche nel precedente caso *T.I. c. Regno Unito*⁶⁴, in cui il ricorrente lamentava che, qualora fosse stato trasferito dal Regno Unito in Germania⁶⁵ in ottemperanza alla Convenzione di

Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice, CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, No. 49, August 2012, p. 8 ss.

⁶¹ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 349. Com’è stato notato, il rilievo che va assumendo la prassi dell’Alto Commissariato nel *risk assessment* della Corte europea in relazione all’articolo 3 CEDU è testimoniato dalla circostanza che i suoi rappresentanti siano stati invitati a presentare le proprie osservazioni durante l’udienza pubblica che si è tenuta il 1° settembre 2010 a Strasburgo. V. RAUX, *op. cit.*, p. 1032. V. anche LICASTRO, *Le osservazioni dell’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati in occasione dell’anno giudiziario della Corte europea dei diritti umani, I diritti dell’uomo*, 2011, p. 72 ss.

⁶² Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 352. Il perfezionamento di questa argomentazione è avvenuto nel caso *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 151. Per un confronto tra le sentenze *M.S.S.* e *Hirsi*, v. GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at the Sea and the Principle of non-refoulement*, *IJRL*, vol. 23, 2011, p. 443 ss.

⁶³ Corte EDU, *K.R.S. c. Regno Unito*, cit.

⁶⁴ Corte EDU, *T.I. c. Regno Unito*, cit.

⁶⁵ Il problema era sorto in relazione a talune decisioni di corti britanniche di sospendere l’automatismo di Dublino nei confronti della Germania, in ragione del fatto che la normativa tedesca in materia di asilo accoglieva una nozione estremamente restrittiva del concetto di “agente di persecuzione”, tale da escludere di fatto dalla protezione i rifugiati che – in seguito all’espulsione – potessero incorrere in malversazioni da parte di enti non statuali. V. *Regno Unito, R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan, Ex parte Aitseguer*, (2000) UKHL 67, in cui si sostiene che la Germania e la Francia non possano essere considerati “Paesi terzi sicuri” a causa della interpretazione restrittiva della definizione di rifugiato accolta dalle rispettive giurisdizioni nazionali. In merito alla giurisprudenza tedesca in materia, si rinvia a ECRE, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect. The German Interpretation*, London, September 2000, pp. 9-15. In generale, v. FULLERTON, *Failing the Test: Germany Leads Europe in Dismantling Refugee Protection*, *Tex ILJ*, vol. 36, 2001, p. 231 ss., p. 265.

Dublino del 1990, avrebbe corso il concreto rischio di essere rimpatriato nello Sri Lanka, dove temeva di subire trattamenti contrari all'articolo 3 CEDU⁶⁶.

Seppur con i dovuti *distinguo*⁶⁷, in entrambi i casi, i giudici di Strasburgo avevano fondato la propria decisione su una presunzione di conformità alle disposizioni comunitarie in materia di asilo delle procedure operanti nello Stato verso cui doveva essere trasferito il richiedente. Inoltre, nel caso *K.R.S.*, il giudicante aveva espressamente sostenuto che, sebbene i rapporti dell'Alto Commissariato per i rifugiati e delle organizzazioni non governative impegnate nella difesa dei diritti umani avessero evidenziato uno stato di crescente deterioramento delle condizioni di accoglienza nel Paese competente – la Grecia – tale dato non costituiva una prova conferente che il ricorrente sarebbe andato incontro a un trattamento contrario all'articolo 3 CEDU a seguito del trasferimento.

La tesi che i “nuovi elementi” emersi in ordine alla situazione in Grecia⁶⁸ siano stati dirimenti nel *revirement* operato dalla Corte è, quindi, revocata in dubbio sia dalla tempistica delle due pronunzie, sia dalla circostanza che la Corte avesse negato al ricorrente l'attivazione della misura *ad interim* richiesta per evitare l'esecuzione dell'ordine di espulsione in Grecia⁶⁹. E, d'altra parte, pur tenendo conto della prassi di Strasburgo di abbandonare i propri precedenti quando contenenti soluzioni non più inverate nella realtà⁷⁰, c'è da rilevare che la Corte non ha spiegato quali fossero gli “elementi nuovi” del *risk assessment* suscettibili di fondare questa evoluzione giurisprudenziale.

L'assenza di argomenti giuridici dirimenti che giustifichino il differente approccio adottato dalla Corte europea nel caso *K.R.S.* e in quello *M.S.S.* spinge a ritenere che, in questo passaggio del giudicato, si sia espressa la volontà dei giudici di Strasburgo di abbandonare la presunzione di conformità alla CEDU delle procedure di asilo operanti negli Stati membri dell'Unione, in presenza di carenze strutturali rilevate nei rapporti di organismi internazionali

⁶⁶ In argomento, v. GUILD, *Seeking Asylum: Storm Clouds between International Commitments and EU Legislative Measures*, *ELR*, vol. 29, 2004, p. 198 ss.

⁶⁷ Sul punto si rimanda a DE SHUTTER, TULKENS, *Confiance mutuelle et droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme et la transformation de l'intégration européenne*, 6th European Framework Programme in Research and Development. *Reflexive Governance in the Public Interest*, European Commission Working Paper Series No. 32, 2010, p. 9 ss.

⁶⁸ Oltre ai rapporti dell'UNHCR e di diverse organizzazioni non governative, la Corte ha fatto riferimento anche alla proposta della Commissione per la riforma del Regolamento. V. Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 350.

⁶⁹ V. opinione dissenziente del giudice Bratza, cit. In argomento, REBASTI, *op. cit.*, pp. 350-351.

⁷⁰ V. da ultimo Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 175.

indipendenti⁷¹. La tesi che il *revirement* della Corte sia legato all'esigenza di porre rimedio a un *deficit* strutturale della protezione dei richiedenti asilo nello spazio giuridico europeo più che a valutazioni di tipo meramente giuridico è corroborata dalla replica del giudicante all'ipotesi avanzata dagli Stati terzi intervenienti di ricorrere al principio "*Bosphorus*" nel caso di specie⁷². Difatti, la Corte ha escluso siffatta possibilità sulla base dell'assunto che la clausola di sovranità contenuta all'articolo 3, par. 2 del Regolamento Dublino II attribuisce allo Stato membro interessato un ampio potere discrezionale nella decisione di trasferire un richiedente asilo, talché il principio di equivalenza non può essere chiamato in causa.

A riguardo, potrebbe sostenersi che, nell'escludere l'applicazione del principio "*Bosphorus*", la Corte abbia finito (seppur indirettamente) per imporre agli Stati convenuti la propria interpretazione di una norma che appartiene al diritto dell'Unione, ovvero quella contenuta nell'articolo 3, par. 2 del Regolamento Dublino II. Invero, un'interpretazione della clausola di sovranità come norma conferente un così ampio potere discrezionale agli Stati membri dell'Unione appare difficilmente conciliabile con le finalità e gli obiettivi che hanno presieduto all'elaborazione e all'*enforcement* del Regolamento, consistenti nella creazione di un meccanismo di coordinamento automatico nello smistamento delle domande di asilo tra gli Stati membri dell'Unione, sorretto da una "*blind mutual trust*"⁷³, ovvero dall'assunto che i valori comuni che informano le diverse legislazioni nazionali in materia di asilo e le norme minime in materia di accoglienza fossero sufficienti a garantire una sorta di equipollenza degli *standard* di tutela in tutti gli Stati membri dell'Unione. Una tale soluzione ermeneutica parrebbe contraddire la configurazione stessa del ricorso alla norma accolta all'articolo 3, par. 2 del Regolamento quale *ultima ratio*, esplicando un potenziale inibitorio notevole sul funzionamento del meccanismo di Dublino. D'altra parte, però, è incontestabile che la presenza di questa clausola di salvaguardia trasferisca la responsabilità in materia di protezione dei richiedenti dall'Unione agli Stati membri e che, nei paragrafi

⁷¹ Un'operazione simile - *mutatis mutandis* - è stata portata avanti dalla Corte EDU nel caso *Al Hanchi*, cit. Per un commento, ci sia consentito rinviare a VITIELLO, *L'obbligo di non-refoulement nella giurisprudenza di Strasburgo dopo la rivoluzione tunisina: considerazioni sul caso Al Hanchi*, UNIPG, 2012, par. 6.

⁷² Corte EDU, *M.S.S.*, cit., par. 338.

⁷³ DE SHUTTER, *The Division of Tasks between the Council of Europe and the European Union in the Promotion of Human Rights in Europe: Conflict, Competition and Complementarity*, 6th European Framework Programme in Research and Development. *Reflexive Governance in the Public Interest*, European Commission Working Paper Series No. 11, 2007, p. 27.

della sentenza *M.S.S.* concernenti il Belgio, il sindacato della Corte di Strasburgo riguardi non la compatibilità con la CEDU del Regolamento Dublino II, ma le modalità attraverso le quali tale normativa è stata attuata negli Stati membri dell'Unione⁷⁴. E siffatte modalità non sono state ritenute idonee a garantire il rispetto dei diritti riconosciuti nella Convenzione europea.

In particolare, l'argomentazione della Corte europea pare volta a stigmatizzare il *deficit* di solidarietà dimostrato dai Paesi dell'Europa centrale rispetto alla gestione dei flussi migratori diretti verso gli Stati della fascia costiera meridionale dell'Unione europea. Difatti, d'un canto va riconosciuto che la crescente pressione migratoria su questi ultimi Paesi, in parte legata al dato fattuale della costante espansione delle rotte marittime dell'immigrazione verso l'Unione europea, è anche conseguenza delle disposizioni del Regolamento Dublino II, in base alle quali la domanda di protezione deve radicarsi nel territorio del Paese in cui lo straniero ha effettuato il primo ingresso irregolare ogni qualvolta questi non possa vantare vincoli familiari o un collegamento sociale di altra natura in un determinato Stato membro⁷⁵. D'altro canto, però, l'esistenza stessa della clausola di sovranità avrebbe consentito ai paesi dell'Europa centrale di non aggravare la situazione dell'asilo in quelli dell'Europa meridionale, assumendo la responsabilità per l'esame delle domande.

4. (segue) *L'abbandono del richiedente asilo in uno stato di indigenza come "trattamento inumano e degradante" ai sensi dell'articolo 3 CEDU.*

Un punto delicato della giurisprudenza richiamata riguarda il contenuto degli obblighi positivi che discendono in capo agli Stati dal divieto di allontanamento dello straniero a rischio di trattamenti inumani e degradanti. Nella sentenza *M.S.S.*, per la prima volta, la Corte europea ha adottato

⁷⁴ Per simili rilievi v. RAUX, *op. cit.*, p. 1030.

⁷⁵ Reg. Dublino II, artt. 7-10. Così, ad esempio, il fatto che nel 2010 la Grecia sia stata il punto di ingresso (irregolare) del novanta per cento circa dei flussi migratori misti verso l'Europa si è tradotto, nell'ottica dei criteri gerarchici enunciati nel Regolamento Dublino II, nell'elezione della Repubblica ellenica a Stato competente in via principale per l'esame della gran parte delle domande d'asilo presentate nel territorio dell'Unione. Quindi, pur restando un mero punto di accesso e di partenza di flussi secondari diretti verso gli Stati dell'Europa continentale e settentrionale, tale Stato si è trovato di fatto a sopportare una mole di richieste d'asilo sproporzionata rispetto alle capacità di gestione del proprio sistema nazionale. V. CGUE, *N.S.*, par. 87.

un'interpretazione del concetto di "trattamento inumano e degradante"⁷⁶, tale da ricomprendere anche lo stato di indigenza in cui il richiedente asilo si era venuto a trovare in ragione delle distorsioni del sistema d'asilo greco⁷⁷. Partendo dalla qualificazione dei richiedenti come "gruppo particolarmente vulnerabile"⁷⁸, la Corte è sembrata voler porre in capo agli Stati parti della CEDU un obbligo positivo di protezione, consistente nell'adozione delle misure necessarie per evitare che questi vadano incontro a condizioni di vita o di detenzione inaccettabili⁷⁹. Al contempo, in linea con la propria consolidata giurisprudenza sul punto⁸⁰, il Collegio ha negato che da questa configurazione della nozione di "trattamento inumano e degradante" discenda un obbligo di assistenza finanziaria dei richiedenti asilo, ai sensi della CEDU⁸¹. L'onere in questione discenderebbe, bensì, dall'obbligo posto in capo agli Stati membri dell'Unione di dare corretta attuazione del diritto dell'Unione. E, invero, sebbene esclusi dal novero dei beneficiari dello *status* di "soggiornanti di lungo periodo"⁸², e quindi dalla parità di trattamento con i cittadini nazionali⁸³, i richiedenti asilo godono di specifiche condizioni materiali di accoglienza sancite nella Direttiva accoglienza⁸⁴.

Ciò detto, la Corte di Strasburgo non si è naturalmente pronunciata sulla questione del riparto degli oneri finanziari dell'accoglienza tra lo Stato *prima facie* competente ai sensi del Regolamento Dublino II e quello in cui si trova il richiedente in attesa del trasferimento, questione che si è prontamente riproposta - in ambito UE - come oggetto della domanda di pronunzia

⁷⁶ Sul concetto collegato di "interpretazione evolutiva" sviluppato dalla Corte di Strasburgo si rimanda a *Tyrer c. Regno Unito*, cit., par. 31. In argomento, MOWBRAY, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, HRLR, vol. 5, 2005, p. 57 ss., p. 60. Sulla definizione originaria di "trattamento disumano e degradante" v. Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., in particolare l'opinione separata del giudice Fitzmaurice (parr. 22, 27, 35). Per una critica all'interpretazione evolutiva del concetto operata dalla Corte nel caso *M.S.S.*, v. l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Sajò, che sostiene l'indispensabilità dell'*animus humiliandi* per configurare un comportamento statuale alla stregua di un maltrattamento contrario all'articolo 3 CEDU.

⁷⁷ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 250 e 263.

⁷⁸ Ivi, par. 263. V. per l'estensione di tale argomentazione al gruppo dei minori non accompagnati, Corte EDU, *Rahimi c. Grecia*, cit.

⁷⁹ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 231; 233.

⁸⁰ V. *supra*, cap. 5, par. 6.

⁸¹ Ivi, parr. 249-251. Sul punto la Corte ha seguito la sua precedente giurisprudenza: *Chapman c. Regno Unito*, n. 27238/95, sent. 18 gennaio 2001; *Müslim c. Turchia*, cit.; e, seppur con maggiori aperture, *Budina c. Russia*, ricorso n. 45603/05, dec. 18 giugno 2009.

⁸² Dir. beneficiari protezione, art. 3, par. 2, lett. d).

⁸³ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, art. 11.

⁸⁴ Dir. accoglienza 2003, art. 13 e Dir. accoglienza 2013, artt. 17-19.

pregiudiziale posta dal Consiglio di Stato francese alla Corte di giustizia nel caso *Cimade e Gisti*⁸⁵. Nell'ordinanza di rinvio⁸⁶, il giudice *a quo* aveva chiesto se le norme contenute nella Direttiva "accoglienza" dovessero essere applicate anche nei confronti di un richiedente che si trovasse nel territorio di uno Stato diverso da quello competente all'esame della propria istanza di protezione in base al Regolamento Dublino II, per il tempo necessario alla determinazione della propria destinazione in base ai criteri del regolamento stesso; e in caso di risposta positiva, di precisare a quale dei due Stati spettasse l'onere finanziario dell'accoglienza.

Partendo dalla constatazione che le norme della Direttiva "accoglienza" si propongono di salvaguardare il valore supremo della dignità umana⁸⁷ e che nessuna distinzione è in esse contenuta tra diverse tipologie di richiedenti⁸⁸, la Corte di giustizia dell'Unione ha concluso che le disposizioni della predetta direttiva si applicano a un richiedente nelle more del proprio trasferimento nello Stato competente per l'esame della sua domanda⁸⁹ e che l'onere finanziario correlato alle misure di accoglienza è senz'altro da collocarsi in capo allo Stato presso cui il richiedente si trova, sino al momento del trasferimento effettivo dello stesso⁹⁰. Dunque, la sentenza di Lussemburgo nel caso *Cimade e Gisti*, rimarcando l'importanza della continuità della protezione e dell'effettività della tutela⁹¹, nelle delicate fasi che precedono la conclusione dell'esame della

⁸⁵ CGUE, *CIMADE e GISTI c. Ministre de l'Intérieur et al.*, (2012), cit.

⁸⁶ CGUE, *CIMADE e GISTI c. Ministre de l'Intérieur et al.*, causa C-179/11, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Conseil d'État (Francia) 18 aprile 2011, V. anche *CIMADE e GISTI*, Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 15 maggio 2012; UNHCR, *UNHCR Statement on the Reception Conditions of Asylum-Seekers under the Dublin Procedure Issued in the Context of a Reference for a Preliminary Ruling Addressed to Court of Justice of the European Union by the French Council of State Lodged on 18 April 2011 – CIMADE and GISTI v. Ministry of the Interior (Case C-179/11)*.

⁸⁷ CGUE, *CIMADE e GISTI c. Ministre de l'Intérieur et al.*, (2012), cit., parr. 42 e 56.

⁸⁸ Ivi, par. 40.

⁸⁹ Ivi, par. 50. *Contra*, v. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, *Studi int. eur.*, 2012, p. 147 ss., p. 158.

⁹⁰ CGUE, *CIMADE e GISTI c. Ministre de l'Intérieur et al.*, (2012), cit., par. 61.

⁹¹ Sul concetto di effettività della tutela nella consolidata giurisprudenza della Corte europea, v. Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, n. 6833/74, sent. 13 giugno 1979, par. 41, in cui si afferma che le garanzie offerte dalla CEDU non devono essere "theoretical and illusory". Di recente, il problema dell'effettività della tutela approntata da Strasburgo si è posto in maniera interessante nella decisione del caso *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 211, in cui la Corte dopo aver condannato aspramente la prassi italiana dei respingimenti in alto mare come violazione fragrante del divieto di *refoulement*, non ha tratto da tali premesse l'obbligo dell'Italia di consentire l'accesso dei migranti respinti dal territorio della Repubblica per il regolare svolgimento delle procedure di esame delle domande di asilo. Sul punto v. l'opinione concorrente del giudice Pinto de

domanda di protezione internazionale, ha rappresentato una positiva integrazione della pronuncia di Strasburgo nel caso *M.S.S.*

Un'ulteriore precisazione in merito al contenuto delle condizioni materiali di accoglienza e del diritto all'assistenza sanitaria dei richiedenti asilo, previsto dalla Direttiva accoglienza⁹², è stata offerta dalla Corte di Lussemburgo nel recente caso *Saciri e Dordevic*⁹³, in cui ha stabilito che, qualora uno Stato membro, in ragione della saturazione delle strutture di accoglienza o per altri motivi, abbia deciso di fornire al richiedente le condizioni materiali di accoglienza in forma di sussidi economici⁹⁴, essi devono essere garantiti a partire dal momento della presentazione della domanda e devono assicurare il rispetto dello *standard* minimo imposto dalla medesima direttiva⁹⁵, corrispondente a «un livello di vita dignitoso e adeguato per la salute nonché il sostentamento dei richiedenti asilo»⁹⁶. Quindi, l'importo di questi sussidi deve essere sufficiente almeno a consentire loro, «di disporre di un alloggio, tenendo conto eventualmente della salvaguardia dell'interesse delle persone portatrici di particolari esigenze [...] [e] ai figli minori di convivere con i genitori in modo da poter mantenere l'unità familiare dei richiedenti asilo»⁹⁷. Analogamente, nell'impossibilità di dare accoglienza ai richiedenti, nelle strutture appositamente previste, lo Stato membro interessato potrà rinviarli «verso organismi appartenenti al sistema generale di assistenza pubblica, purché tale sistema garantisca ai richiedenti asilo il rispetto delle norme minime previste da detta direttiva»⁹⁸.

Situazione diversa è quella dei richiedenti nei confronti dei quali sono state revocate o ridotte le misure di accoglienza, in conseguenza del mancato adempimento di obblighi amministrativi a loro carico, o per altri motivi⁹⁹, anche se va rilevato che, nella nuova Direttiva accoglienza, sono estese le garanzie nei confronti di queste persone, anche in caso di inottemperanza agli obblighi amministrativi, e si prevede che «[g]li Stati membri assicurano in qualsiasi

Albuquerque annessa alla sentenza *Hirsi*. In argomento, v. DEMBOUR, *Hirsi (Part II): Another Side to the Judgment, Strasbourg Observers*, 2 marzo 2012.

⁹² Dir. accoglienza 2003, art. 13.

⁹³ CGUE, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Selver Saciri, Danijela Dordevic, Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Diest*, C-79/13, sent. 27 febbraio 2014.

⁹⁴ Tale possibilità è espressamente prevista dall'art. 13, par. 5 della Dir. accoglienza 2003.

⁹⁵ V. art. 13, par. 2.

⁹⁶ CGUE, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers*, cit., par. 52, punto 1.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ivi*, punto 2.

⁹⁹ Dir. accoglienza 2003, art. 16; Dir. accoglienza 2013, art. 20.

circostanza l'accesso all'assistenza sanitaria ai sensi dell'articolo 19 e garantiscono un tenore di vita dignitoso per tutti i richiedenti»¹⁰⁰.

Tali sviluppi sono pienamente in linea con il superamento, tipico del costituzionalismo del secondo dopoguerra¹⁰¹, della logica dell'indifferenza per la realtà delle condizioni materiali dell'individuo che, da mero "soggetto" diventa "persona" nella sua dimensione sociale e nella concretezza dei suoi bisogni¹⁰², superamento di cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, enunciando a fianco dei diritti di cui gode ciascun individuo anche diritti di cui beneficiano particolari gruppi sociali, rappresenta l'emblema.

Tali sviluppi inducono a prefigurare, almeno in una prospettiva *de lege ferenda*, la formazione di un nuovo *status* di protezione, residuale rispetto allo *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria, e inteso a tutelare coloro nei confronti dei quali non è ancora avvenuto l'accertamento della qualità di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione. Quanto al contenuto tutelare e di garanzia, potrebbe sostenersi che tale nuovo *status* debba essere uniformato a quello previsto per le altre forme di protezione internazionale, al fine di evitare un'illegittima disparità di trattamento tra categorie di stranieri in potenza o in atto meritevoli di tutela¹⁰³.

Altra situazione è quella di coloro che tale tutela non l'hanno "meritata", ai sensi del diritto dei rifugiati o di quello dell'Unione europea, in quanto non cittadini che non possono essere allontanati verso il Paese di origine, o verso uno Stato terzo sicuro, e si trovano in stato di detenzione, perché esclusi dalla protezione internazionale, ad esempio in base alle clausole eccezionali (c.d. "stranieri indesiderabili"). In relazione a quest'ultima ipotesi, va sottolineato che le eccezioni di cui all'articolo 1, lett. F) della Convenzione di Ginevra del 1951 sono state riprodotte, anche se in maniera non completamente sovrapponibile, nella Direttiva qualifiche, tanto in riferimento allo *status* di

¹⁰⁰ Ivi, art. 20, par. 5, ultimo capoverso.

¹⁰¹ Il riferimento è alle norme come quella contenuta nel par. 2 dell'art. 3 della Costituzione italiana, che segnano il passaggio dalla tutela formale alla protezione sostanziale dei diritti garantiti.

¹⁰² RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 140 ss.; SUDRE ET AL., *op. cit.*, p. 139.

¹⁰³ Si noti che l'articolo 3 della Dir. accoglienza 2013 esclude comunque dall'ambito applicativo dell'atto i beneficiari di forme di protezione temporanea e coloro che abbiano chiesto asilo territoriale o diplomatico presso le rappresentanze degli Stati membri, lasciando, tuttavia, agli Stati la possibilità di applicare le disposizioni in essa contenute «in relazione a procedimenti di esame di domande intese a ottenere forme di protezione diverse da quella conferita dalla direttiva 2011/95/UE». Invero, la Dir. protezione temporanea prevede espressamente uno *standard* minimo di tutela che deve essere riconosciuto ai beneficiari di questa forma di protezione ai sensi degli articoli 9-16 dell'atto stesso.

rifugiato¹⁰⁴, quanto in relazione alla protezione sussidiaria¹⁰⁵. Quindi, quest'ultima forma di protezione, pur discendendo dalla protezione complementare come elaborata nella giurisprudenza *Soering* della Corte di Strasburgo, prevede eccezioni come lo *status* di rifugiato. Ciononostante, le potenzialità di attrito tra la giurisprudenza della Corte EDU e la normativa dell'Unione in materia di *refoulement* sono disinnescate dall'articolo 21 della Direttiva qualifiche che, pur riproducendo le tipiche eccezioni al *non-refoulement* di cui all'articolo 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra, ne confina l'ambito di applicazione allo *status* di rifugiato¹⁰⁶. La stessa disposizione sancisce altresì il rispetto del principio di *non-refoulement* in base agli obblighi internazionali degli Stati membri¹⁰⁷, per cui non osta a che uno straniero escluso dalla protezione sussidiaria benefici dell'interdizione dal respingimento in base all'articolo 3 CEDU¹⁰⁸.

Ne consegue che anche a uno "straniero indesiderabile" dovrà essere garantito il *non-refoulement* verso un Paese in cui rischi di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti, sulla base degli obblighi che discendono in capo agli Stati membri della giurisprudenza di Strasburgo ex articolo 3 CEDU. In queste ipotesi, ci troviamo nondimeno dinanzi a fattispecie in cui la presenza sul territorio dello Stato ospitante dei beneficiari del divieto di respingimento è spesso meramente "tollerata". La giurisprudenza di Strasburgo ha chiarito che non può dedursi, dal divieto di respingimento dello straniero a rischio tortura e maltrattamenti in base all'articolo 3 CEDU, un obbligo positivo in capo allo Stato (cui tale divieto si impone) di regolarizzarne la presenza nel proprio territorio. Nel caso *A c. Paesi Bassi*¹⁰⁹, la Corte ha richiamato espressamente questa giurisprudenza, ricordando che:

¹⁰⁴ V. art. 12 della Dir. qualifiche 2004 e 2011.

¹⁰⁵ V. art. 17 della Dir. qualifiche 2004 e 2011. Sulle differenze tra le clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato e dalla protezione contro il *refoulement* in base alla Convenzione di Ginevra e quelle previste dall'articolo 17 v. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 234-235.

¹⁰⁶ V. Dir. qualifiche 2004 e 2011, art. 21, par. 2: «Qualora non sia vietato dagli obblighi internazionali previsti dal paragrafo 1, gli Stati membri possono respingere un rifugiato, formalmente riconosciuto o meno...». Quindi, sono fatti salvi gli altri obblighi internazionali di *non-refoulement* sottoscritti dagli Stati membri, subordinando, al rispetto di tali obblighi, l'attivazione delle eccezioni al divieto.

¹⁰⁷ V. Dir. qualifiche 2004 e 2011, art. 21, par. 1.

¹⁰⁸ Per simili rilievi e per una carrellata della prassi v. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 234.

¹⁰⁹ Corte EDU, *A c. Paesi Bassi*, n. 60538/13, dec. 12 novembre 2013 (ammissibilità).

«It may well be that the applicant's residence status remains precarious because [the applicant] is still obliged to leave [the host country] once a foreign country is found where he can settle in safety. However inconvenient this situation may be, it is not incompatible with the Court's ruling that the forcible expulsion of the applicant to Libya would violate Article 3. It should be remembered in this connection that neither Article 3 nor any other provision of the Convention and its Protocols guarantees, as such, a right to a lawful residence title (see *Bonger v. the Netherlands* (dec.), no. 10154/04, 15 September 2005; *I. v. the Netherlands* (dec.), no. 24147/11, § 39, 18 October 2011; *K. v. the Netherlands* (dec.), no. 33403, § 36, 18 October 2011; and *H. v. the Netherlands* (dec.), no. 37833/10, § 41, 18 October 2011)»¹¹⁰.

Come è stato anticipato nella seconda parte del lavoro¹¹¹, ciò non esclude, in principio, che la Corte EDU possa orientarsi, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, a sanzionare l'abbandono in uno stato di indigenza delle "tolerated persons" come un "trattamento degradante" contrario all'articolo 3 CEDU. Tuttavia, in pratica, tale esito è difficilmente immaginabile, non potendosi concretizzare nell'individuazione di obblighi in capo all'eventuale Stato convenuto, derivanti dal diritto dell'Unione¹¹². Infatti, sebbene il divieto di respingimento sia qui costitutivo di un vero e proprio *status* di protezione – quella sussidiaria, appunto¹¹³ – tale *status* non si estende *ratione personarum* a tutte le ipotesi in cui può prospettarsi un'interdizione dal respingimento sulla base degli obblighi internazionali degli Stati membri, come dimostrato proprio dalla previsione di clausole di esclusione dallo *status* di "persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria"¹¹⁴.

¹¹⁰ Ivi, par. 46.

¹¹¹ V. cap. 5, par. 1.

¹¹² Si è detto, infatti, che la Corte EDU ha escluso che tali obblighi possano derivare dalla CEDU e anche che la garanzia dei diritti da parte della Corte EDU non può essere "theoretical and illusory". V. *supra*, nota 91.

¹¹³ UE, COM(2001) 510 fin., 12.09.2001, p. 26: «Chapter IV. Qualification for subsidiary protection status. This Chapter further defines the international protection category of "subsidiary protection", which has been developed to complement the category of "refugee" interpreted in Chapter III. No specific EU acquis directly related to subsidiary or complementary protection exists but the ECHR and the case law of the European Court on Human Rights provides for a legally binding framework, which informed the choice of categories of beneficiary in this Proposal. The categories and definitions of persons listed in this Chapter do not create completely new classes of persons that Member States are obliged to protect but represent a clarification and codification of existing practice. The three categories listed below in paragraph 2 of this Article are drawn very much from the disparate Member State practices and are believed to encompass the best ones».

¹¹⁴ V. Dir. qualifiche 2011, art. 2, lett. f): «cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15, e al quale non si applica l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese».

Un caso limite si è presentato recentemente all'attenzione della Corte EDU, che, tuttavia, non ha potuto cogliere l'occasione per fare chiarezza su questa delicata questione¹¹⁵. Il caso riguardava un richiedente ceceno, il sig. Kadzoev, la cui domanda era stata rigettata in Bulgaria, in seguito all'impossibilità di stabilire l'esatta identità del richiedente, e che si trovava in stato di reclusione, non potendo essere allontanato né verso il Paese da cui proveniva, la Russia, in quanto a rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, né verso uno Stato terzo "sicuro", non essendovi nessun altro Stato disposto ad accoglierlo.

Il caso si era già posto all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione, che, in una sentenza del 2009, aveva chiarito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di una legislazione nazionale che consenta il trattenimento *sine die* di un cittadino di un Paese terzo in vista dell'espulsione¹¹⁶. Il ricorrente era, quindi, stato rimesso in libertà, ma non gli era stato riconosciuto alcuno *status* in base al diritto interno, né gli erano stati forniti documenti di viaggio o un titolo di soggiorno, né una forma di assistenza materiale, pur essendo questi privo di mezzi di sussistenza.

Aveva, quindi, lamentato, dinanzi a Strasburgo, che il trattamento riservatogli dal Paese ospitante era in violazione diretta di vari articoli della CEDU, oltre che in violazione indiretta dell'articolo 3 CEDU, ma poi di lui si erano perse le tracce. Come nel caso *Hussun*¹¹⁷, quindi, anche in questo la Corte EDU non ha proceduto all'esame delle doglianze nel merito, rilevando un vizio nella procedura, dovuto all'assenza di un contatto diretto tra i difensori e il ricorrente¹¹⁸.

¹¹⁵ Corte EDU, *Kadzoev c. Bulgaria*, n. 56437/07, dec. 1 ottobre 2013.

¹¹⁶ CGUE, *Kadzoev*, C-357/09, sent. 30 novembre 2009. In particolare, la Corte aveva stabilito che la durata massima del trattenimento del cittadino di un Paese terzo in un centro di permanenza temporanea ai fini dell'allontanamento dallo Stato membro dovesse rispettare rigorosi limiti temporali, fissati dalla Direttiva rimpatri.

¹¹⁷ V. *supra*, cap. 5, par. 5.

¹¹⁸ Da tale circostanza, la Corte ha dedotto che questi avesse perso interesse alla prosecuzione del procedimento a Strasburgo e aveva provveduto alla rimozione dal ruolo del ricorso, ai sensi dell'art. 37, par. 1, lett. c) della CEDU, senza peraltro ricorrere all'articolo 37, par. 1 *in fine* della Convenzione stessa, che consente la prosecuzione del ricorso quando la protezione dei diritti umani garantiti dalla CEDU e dai suoi Protocolli lo imponga.

5. Il caso greco dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione: la sentenza *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*.

Un altro nodo giuridico sollevato dalla pronuncia nel caso *M.S.S.* riguarda il concetto di “carenze strutturali” ai fini del ricorso alla clausola di sovranità che è stato centrale nel *reasoning* della Corte europea ma che, ciononostante non è stato sviscerato dalla stessa, ad esempio, mediante l’indicazione di fattispecie che possano essere ricomprese entro la nozione di “*systemic flaws*”¹¹⁹.

Ad un anno di distanza dalla sentenza *M.S.S.* della Corte europea, la questione si è posta all’attenzione della Corte di giustizia dell’Unione nella pronuncia resa in via pregiudiziale in merito alle cause riunite *N.S.* e *M.E.* I ricorsi presentati alle giurisdizioni nazionali riguardavano, ancora una volta, il trasferimento di richiedenti asilo verso la Grecia e il rischio di maltrattamenti che questi avrebbero corso in seguito alla finalizzazione della procedura di allontanamento¹²⁰. Prima di procedere al trasferimento, il giudice *a quo* aveva ritenuto opportuno interrogare la Corte di giustizia¹²¹ sulla possibilità di configurare la norma contenuta all’articolo 3, par. 2 del Regolamento n. 343/2003 come uno strumento preposto a ovviare alle distorsioni insite nel meccanismo di Dublino¹²² e sul rilievo assunto, in tale valutazione, dagli articoli della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione riguardanti l’asilo¹²³.

¹¹⁹ Si ricorda che, nel 2010, l’UNHCR aveva avanzato una proposta volta ad individuare i casi in cui dovesse ritenersi possibile e doveroso non procedere al trasferimento di un richiedente asilo verso lo Stato competente ai sensi del Regolamento di Dublino, per favorire il rispetto dei diritti umani. In essa si configurava un obbligo in capo allo Stato membro di avocare a sé la responsabilità per l’esame della domanda d’asilo nelle ipotesi in cui fosse possibile riscontrare un concreto rischio di *refoulement* del richiedente asilo, ostacoli gravi all’accesso alla procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato e condizioni di accoglienza irrispettose della dignità umana. V. UNHCR, *R (Saeedi) v. Secretary of State for the Home Department - Submissions by UNHCR*, 15 February 2010, par. 27, accessibile online all’indirizzo: [http://www.refworld.org/docid/4b83fceb2.html]. Si rimanda, inoltre, alla proposta del Meijers Committee di predisporre un meccanismo di stoccaggio e controllo dei dati statistici nazionali sulla durata delle procedure, nonché sulle condizioni di detenzione e di accoglienza dei richiedenti asilo, che coinvolga l’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo (EASO) e la Commissione. V. Meijers Committee, *The Recast of the Dublin Regulation (2008/0243 COD) and the Proposal for a Process for Early Warning, Preparedness and Management of Asylum Crisis, Letter of 26 March 2012 from the Meijers Committee to the European Parliament*, accessibile online all’indirizzo: [http://www.statewatch.org/news/2012/mar/meijers-cttee-letter-EP-dublin.pdf].

¹²⁰ Ivi, parr. 34-54.

¹²¹ Ivi, parr. 50 e 53.

¹²² In sostanza, i giudici remittenti hanno chiesto se il Regno Unito e l’Irlanda potessero, o dovessero, e a quali condizioni, farsi carico essi stessi, in forza del diritto dell’Unione,

La Corte di giustizia ha dapprima chiarito la natura del potere discrezionale conferito agli Stati membri dell'Unione dalla disposizione di cui all'articolo 3, par. 2 del Regolamento Dublino II, ovvero una questione sulla quale, come si è detto in chiusura del paragrafo che precede, si era soffermata anche la Corte di Strasburgo nel caso *M.S.S.* La giurisdizione di Lussemburgo ha sostenuto che l'attribuzione della discrezionalità in questione risulta strumentale rispetto al corretto funzionamento del meccanismo di determinazione dello Stato competente all'esame delle istanze di asilo, istituito dal diritto dell'Unione al fine di realizzare un sistema comune europeo di asilo¹²⁴. Ne ha dedotto che, nell'esercizio di siffatta discrezionalità, gli Stati membri attuano il diritto dell'Unione e, quindi, gli atti interni, adottati nell'ambito della cooperazione fondata sul Regolamento Dublino II, devono essere interpretati in conformità alle disposizioni della Carta di Nizza¹²⁵.

Con gli altri quesiti, i giudici del rinvio si domandavano se l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali, in capo allo Stato membro che effettua il trasferimento del richiedente asilo, dovesse tradursi in una verifica del rispetto dei diritti riconosciuti nella Carta di Nizza e nelle direttive europee sull'asilo da parte dello Stato membro competente¹²⁶. A tal proposito, si chiedevano se una normativa nazionale che imponga ai giudici interni di considerare un altro Stato dell'Unione come "Stato sicuro" ai fini dell'asilo, escludendo l'ipotesi di ricorso contro la decisione di espulsione, potesse ritenersi rispettosa del diritto ad un ricorso effettivo, sancito nell'articolo 47 della Carta¹²⁷. In ultima analisi, la questione posta dai giudici remittenti riguardava la possibilità di configurare una nuova condizione procedurale ai fini dell'esecuzione della misura di trasferimento di un richiedente, consistente nel verificare il rispetto del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro competente per l'esame della domanda¹²⁸.

dell'esame di domande d'asilo per le quali lo Stato competente ai sensi del Regolamento di Dublino era la Grecia.

¹²³ V. Carta di Nizza, articoli 1 (dignità umana), 4 (proibizione della tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti), 18 (diritto d'asilo), 19, par. 2 (obbligo di *non-refoulement*) e 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

¹²⁴ CGUE, *N.S.*, cit., parr. 68-69.

¹²⁵ Ivi, par. 77. Questa conclusione deriva dal combinato disposto dell'articolo 6, par. 3 del Trattato sull'Unione e dell'articolo 51, par. 1 della Carta di Nizza, in base al quale i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in qualità di principi generali.

¹²⁶ CGUE, *N.S.*, cit., par. 71.

¹²⁷ Ivi, par. 73.

¹²⁸ Ivi, par. 70; 72.

L'analisi dei punti sollevati dai giudici *a quo*, da parte della giurisdizione di Lussemburgo, ha preso le mosse da una lettura sistematico-teleologica delle disposizioni rilevanti, intese come strumenti volti a realizzare gli obiettivi posti dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato¹²⁹ e ispirati da una *ratio* umanitaria¹³⁰. Il Collegio ha riconosciuto che l'obiettivo principe del Regolamento Dublino II è assicurare la certezza del diritto in ordine alle dinamiche della cooperazione interstatale in materia d'asilo, nell'interesse tanto dei richiedenti asilo quanto degli Stati membri¹³¹. Ne ha dedotto che il principio di reciproca fiducia¹³², presupposto imprescindibile del funzionamento del meccanismo di Dublino, debba ritenersi operante ancorché in presenza di discrepanze nell'adattamento degli ordinamenti interni degli Stati membri dell'Unione alla normativa europea in materia di asilo. Di conseguenza, ha statuito che non sarebbe compatibile con le finalità del Regolamento n. 343/2003 la previsione che «*slightest infringement of Directives 2003/9, 2004/83 or 2005/85*» siano sufficienti a interdire il trasferimento di un richiedente asilo¹³³.

La Corte, tuttavia, non si è limitata ad affermare l'irrilevanza degli "*slightest infringements*" ai fini dell'operatività del meccanismo di Dublino. Essa ha, bensì, operato un *distinguo* tra le violazioni non qualificate e quelle sistematiche dei diritti umani degli stranieri in uno Stato membro dell'Unione, configurando, rispetto alle seconde, un diverso punto di bilanciamento tra i diritti fondamentali dei richiedenti asilo e gli interessi nazionali al funzionamento della cooperazione interstatale in materia. Invero, la Corte ha statuito che, nel caso in cui vi siano «*substantial grounds for believing that [in the receiving State] there are systemic flaws in the asylum procedure and reception conditions for asylum applicants [...] resulting in inhuman or degrading treatment, within the meaning of Article 4 of the Charter*», allora il trasferimento del richiedente deve essere

¹²⁹ I riferimenti alla Convenzione di Ginevra nel diritto europeo e nella giurisprudenza di Lussemburgo in materia di protezione internazionale sono numerosissimi, come si è detto nel capitolo che precede. Peraltro, tali richiami della CGUE sembrano svolgere una funzione meramente procedurale e discendere soprattutto dalla coincidenza di *membership* tra il trattato universale, la CEDU e l'UE più che dall'assunzione del primo quale parametro normativo sostanziale nella prassi di queste corti regionali. V. CGUE, *Aydin Salahadin Abdulla et al.*, cit., *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, cit., parr. 37-38. In argomento, CHERUBINI, *The Relationship between the EU Legal System and the Geneva Convention on the Status of Refugees*, *AWR Bulletin*, vol. 50, 2012, p. 176 ss.; ERRERA, *The CJEU and Subsidiary Protection. Reflections on Elgafaji – and After*, *IJRL*, vol. 23, 2011, p. 93 ss.

¹³⁰ CGUE, *N.S.*, cit., parr. 75-78.

¹³¹ *Ivi*, par. 79.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ivi*, par. 84.

interdetto¹³⁴. Tale conclusione è stata raggiunta attraverso una relativizzazione della nozione di “Stato membro sicuro”¹³⁵, operata a partire dall’analogia con il concetto di “paese terzo sicuro”, definito – all’articolo 36, par. 2, lett. a) e c) della Direttiva “procedure” – come un paese che non solo ha ratificato la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato e la CEDU, ma ne rispetta altresì le disposizioni.

Muovendo da queste premesse, la Corte ha ridimensionato la presunzione di conformità alla Carta di Nizza delle discipline interne di attuazione del diritto dell’Unione in materia di asilo, nel senso che tale presunzione viene meno ogni qualvolta lo Stato, che intende procedere al trasferimento di un richiedente ai sensi del Regolamento Dublino II, «cannot be unaware that systemic deficiencies in the asylum procedure and in the reception conditions of asylum seekers in that Member State amount to substantial grounds for believing that the asylum seeker would face a real risk of being subjected to inhuman or degrading treatment within the meaning of Article 4 of the Charter»¹³⁶. Quanto detto mostra il rilievo attribuito alla natura sistematica della violazione.

Un ultimo punto della sentenza N.S. appare di interesse nell’ottica dei rapporti tra i due sistemi di protezione dei diritti umani. Si tratta della quinta questione pregiudiziale, con la quale il giudice *a quo* aveva interrogato la Corte sulla portata della tutela approntata nei confronti di un richiedente asilo dalle norme accolte agli articoli 1 (rispetto della dignità umana) 18 (diritto d’asilo) e 47 (diritto ad un ricorso effettivo) della Carta di Nizza rispetto a quella garantita dall’articolo 3 CEDU¹³⁷. Su questo punto, la Corte di giustizia ha glissato senza troppo imbarazzo, limitandosi a sostenere l’irrelevanza della questione ai fini della soluzione della controversia materiale¹³⁸. E, d’altra parte, la Corte di giustizia aveva previamente circoscritto alla sola ipotesi di violazione del divieto di tortura e maltrattamenti, di cui all’articolo 4 della Carta, l’ambito

¹³⁴ CGUE, N.S., cit., par. 86. Sulla giurisprudenza della CGUE in materia di asilo ci sia consentito rimandare a VITIELLO, *The Jurisprudence of the European Court of Justice on Refugee Law. Analysis and Perspectives*, AWR Bulletin, vol. 50, 2012, p.183 ss.

¹³⁵ CGUE, N.S., cit., parr. 101-103.

¹³⁶ Ivi, parr. 94 e 104.

¹³⁷ CGUE, N.S., cit., par. 109.

¹³⁸ Ivi, parr. 114-115. Tale conclusione è stata giustificata alla luce del sopraggiunto intervento della sentenza M.S.S., *rectius* della circostanza che in tale pronuncia la Corte di Strasburgo sia ritornata sui suoi passi, modificando la precedente giurisprudenza K.R.S., alla luce di nuovi elementi probatori. V. CGUE, N.S., par. 112 : «*in the light of new evidence*». È verosimile, infatti, che il giudice nazionale abbia proposto tale questione proprio in ragione del fatto che, al momento del deposito dell’ordinanza di rinvio, la sentenza K.R.S. rappresentava l’ultima pronuncia della Corte di Strasburgo sul Regolamento Dublino II.

materiale delle condotte statuali che obbligano gli Stati membri a ricorrere alla clausola di sovranità, negando il rilievo dell'eventuale lesione dei diritti contenuti negli altri articoli richiamati dai ricorrenti (ovvero l'articolo 1, gli articoli 18 e 19, par. 2, e l'articolo 47) ai fini dell'interdizione del trasferimento. Una soluzione diversa era stata prospettata nelle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Trstenjak¹³⁹. Questi aveva inteso la quinta questione pregiudiziale come un'opportunità per pronunciarsi in merito al rapporto che intercorre tra gli articoli 3 e 13 della CEDU e le corrispondenti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, nonché tra la giurisprudenza di Strasburgo in materia di *non-refoulement* e la valutazione giudiziale di Lussemburgo in merito ai trasferimenti di richiedenti asilo in Grecia¹⁴⁰. L'Avvocato aveva risolto tali questioni valorizzando la clausola "orizzontale" contenuta all'articolo 52, par. 3 della Carta di Nizza¹⁴¹, che rappresenta un elemento di raccordo tra i due sistemi di protezione internazionale dei diritti, volto a rendere coerenti le prassi delle due Corti¹⁴². Questi aveva sostenuto un'interpretazione dinamica della clausola orizzontale¹⁴³, in base alla quale il livello di tutela derivante dalle disposizioni della Carta deve essere sempre equiparato o superiore rispetto a quello che discende dalla CEDU, intesa come "carta giurisdizionale", ovvero «*a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*»¹⁴⁴. Da tali premesse, aveva concluso che alla giurisprudenza della Corte europea debbano essere riservate, dalla Corte di giustizia, «*particular significance and high importance*»¹⁴⁵.

Il differente approccio della Corte e dell'Avvocato generale ai punti qui sopra esaminati merita sicuramente attenzione, anche alla luce della circostanza che la prima si sia largamente ispirata alle riflessioni del secondo nelle altre parti del giudicato¹⁴⁶. Questa discrasia interpretativa può essere letta come una manifestazione della cautela usata dai giudici di Lussemburgo rispetto all'ipotesi di apertura a un più diffuso utilizzo della clausola di sovranità,

¹³⁹ V. CGUE, *N.S.*, Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, 22 settembre 2011, parr. 137-148.

¹⁴⁰ Ivi, par. 142.

¹⁴¹ Ivi, par. 143.

¹⁴² Ivi, par. 144. Come noto, in base a tale norma, laddove la Carta accolga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il loro contenuto e la loro portata devono ritenersi assimilabili a quelli riconosciuti dalla Convenzione europea, salvo la possibilità del diritto dell'Unione di derogare *in melius*.

¹⁴³ V. Ivi, par. 145.

¹⁴⁴ V. da ultimo Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, cit., par. 175.

¹⁴⁵ V. Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, cit., par. 148.

¹⁴⁶ Ivi, parr. 116, 119, 122, 127.

nonché della reticenza di siffatta giurisdizione rispetto a questioni pregiudiziali la cui soluzione implichi una comparazione del livello di tutela approntato dalla Carta di Nizza rispetto alla CEDU¹⁴⁷.

6. (segue) *Due test per valutare il rischio del trasferimento di un richiedente in base al Regolamento Dublino II?*

La clausola di sovranità non è stata oggetto d'interpretazione solo da parte della Corte di giustizia dell'Unione e della Corte europea. Le *défaillances* del meccanismo di Dublino, generate dall'assenza di una genuina cooperazione tra gli Stati membri, erano già state condannate prima delle sentenze *M.S.S.* e *N.S.* nelle pronunce delle giurisdizioni nazionali che, pur con talune eccezioni¹⁴⁸, avevano fatto registrare una sostanziale convergenza sulla necessità di un approccio umanitario alle questioni relative all'asilo¹⁴⁹. Le due sentenze appena citate hanno nondimeno suscitato nuovo interesse nel giudice comune, anche in ragione dei punti non chiariti dalle stesse, che hanno posto la necessità di approfondire la delicata questione delle condizioni necessarie per la sospensione del meccanismo di Dublino.

¹⁴⁷ Sulla tendenza della Corte di giustizia a discostarsi dalle posizioni dell'Avvocato generale quando si tratta di comparare la portata dei diritti CEDU con la protezione dei medesimi al livello di diritto dell'Unione v., *mutatis mutandis*, il caso *Y e Z* sulla libertà religiosa, in cui, dopo aver sostenuto che il diritto alla libertà religiosa contenuto all'articolo 10, par. 1 della Carta di Nizza corrisponda al diritto garantito all'articolo 9 della CEDU, la Corte di giustizia ha svolto la propria argomentazione senza menzionare la giurisprudenza di Strasburgo in materia, pervenendo peraltro a conclusioni non dissimili da quelle della Corte europea sul rilievo della situazione generale del Paese. V. CGUE, *Repubblica federale di Germania c. Y e Z*, C-71/11, C-99/11, sent. 5 settembre 2012, par. 53-72-78. V. *ivi*, anche le Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 23 aprile 2012, par. 86. Sulla giurisprudenza di Strasburgo in materia v. *ex plurimis*, Corte EDU, *Z. e T. c. Regno Unito*, cit. Un'analisi interessante della giurisprudenza di Lussemburgo che opera un richiamo unilaterale alla Carta di Nizza è contenuta in SCHILLACI, *op. cit.*, p. 369 ss.

¹⁴⁸ V. ad es., Regno Unito, *R (on the application of Saeedi) v. Secretary of State for the Home Department*, (2010) EWHC 705 (Admin); Irlanda, *Mirza and Others v. Refugee Applications Commissioner and the Minister for Equality, Justice and Law Reform, Ireland*, (High Ct., Ir., Oct. 21, 2009); Francia, C-339478, "CE", *Section du Contentieux*, 20 mai 2010.

¹⁴⁹ V. ad es. Italia, Consiglio di Stato, Sez. VI, Ord. Sosp. del 26 giugno 2009, n. 666/09, 667/09, 668/09 e 3293/2009; T.A.R. Lazio, Reg. Ord. Sosp. del 15 luglio 2009, n. 03428/2009; T.A.R. Puglia, sentenza 24 giugno 2008, n. 1870; T.A.R. Lazio, sentenza 16 febbraio 2010, n. 2249; Germania, BVerwG, C-2 BvQ 56/09, 8 settembre 2009; VG, Frankfurt am Main, C-7 K 4376/07 F.A., 8 juli 2009; Francia, *Tribunal Administratif de Paris*, C-0912502/9-1, 31 juillet 2009 e C-0915828/9-1, 5 octobre 2009.

La Corte di Lussemburgo aveva sostenuto, nella sentenza *N.S.*, che il trasferimento non potesse avvenire in caso di potenziale violazione dell'articolo 4 della Carta di Nizza, ma aveva altresì aggiunto che non potesse neppure essere interrotto in presenza di inefficienze non sistematiche del sistema di asilo dello Stato competente. Aveva, inoltre, ritenuto che lo Stato ospitante non fosse *ipso facto* responsabile per l'esame la domanda, ben potendo operare una seconda determinazione dello Stato competente, facendo riferimento, in ordine di successione, ai criteri previsti dal regolamento¹⁵⁰. Aveva, infine, posto un limite a questa determinazione "in via secondaria"¹⁵¹, stabilendo che quando essa rischi di protrarsi per un lasso di tempo tale da compromettere i diritti fondamentali del richiedente asilo, lo Stato nel cui territorio questi si trova debba assumere la responsabilità per l'esame della sua domanda *ex* articolo 3, par. 2 del Regolamento Dublino II¹⁵².

Il richiamo operato dalla Corte di Lussemburgo alla sentenza *M.S.S.* ha svolto, in effetti, mera funzione di elemento di prova dell'esistenza di una carenza sistemica nella procedura d'asilo greca¹⁵³, alla medesima stregua dei rapporti dell'Alto Commissariato e di quelli di altri enti internazionali indipendenti¹⁵⁴. Infatti, assumendo come criterio probatorio, rilevante ai fini dell'interruzione dell'automatismo di Dublino, le "condizioni generali" del sistema d'asilo del Paese responsabile dell'esame della domanda, la Corte di giustizia non ha operato una valutazione integrata della situazione personale del ricorrente e di quella generale del Paese di destinazione, come avviene nella consolidata giurisprudenza di Strasburgo in materia di espulsione di

¹⁵⁰ CGUE, *N.S.*, cit., parr. 95-96.

¹⁵¹ È interessante notare che la Corte di giustizia, al par. 97, ha espressamente richiamato, ai fini dell'individuazione dello Stato responsabile in vece di quello *prima facie* competente, il criterio residuale contenuto all'articolo 13 del Reg. Dublino II, in base al quale, quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla scorta dei criteri gerarchici contenuti nel regolamento stesso, deve ritenersi competente lo Stato in cui è stata presentata per la prima volta la domanda d'asilo. Ne consegue che l'individuazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo in sostituzione di quello designato in via principale produrrà il medesimo risultato, tanto se essa sarà operata a partire dai presupposti indicati da Strasburgo, quanto se sarà condotta con il metodo suggerito da Lussemburgo, giacché, nella gran parte dei casi, il richiedente, in fuga dallo Stato in cui si è verificato il primo ingresso irregolare, presenterà la domanda presso le autorità dello Stato in cui si trova e desidera stabilirsi.

¹⁵² Ivi, par. 98.

¹⁵³ CGUE, *N.S.*, cit., parr. 88-89.

¹⁵⁴ Per i rilievi operati dalla Corte di Strasburgo nel caso *M.S.S.*, in merito all'importanza della prassi dell'Alto Commissariato, v. *supra*, par. 3. Nello stesso senso, v. CGUE, *N.S.*, cit., parr. 90-91. V. anche ivi, par. 92, in relazione al rilievo della proposta della Commissione europea di rifusione del Regolamento Dublino II, della quale alcuno Stato membro potrebbe essere all'oscuro, trattandosi di una trattativa tra Stati, appunto.

stranieri¹⁵⁵. Un chiarimento sul rilievo da attribuirsi alla “situazione generale” del sistema d’asilo nello Stato di destinazione, ai fini dell’interruzione dell’automatismo di Dublino, era stato domandato alla Corte di Lussemburgo dalla Corte d’appello amministrativa di Hesse nel caso *Puid*¹⁵⁶. Il giudice del rinvio aveva chiesto se potesse derivarsi, dalla sussistenza di un rischio reale legato alle condizioni materiali dell’asilo nello Stato membro responsabile per l’esame della domanda ai sensi del Regolamento Dublino II, un obbligo dello Stato membro, cui il richiedente ha presentato domanda, di attivare la clausola di sovranità e, in caso di risposta affermativa, se da tale obbligo potesse derivarsi un diritto soggettivo (e giustiziabile) del richiedente asilo a ottenere tale attivazione.

Il giudice interno ha, così, posto il problema della manifestazione di una “doppia volontà” ai fini dell’allocazione di una domanda d’asilo: quella dello Stato, di prendere in carico l’esame della domanda *ex* articolo 3, par. 2 del Regolamento Dublino II, e quella del richiedente asilo, di acconsentire a che le procedure si svolgano nello Stato che intende avocare a sé la competenza¹⁵⁷. Il che riporta alla memoria il fatto che, in un sistema certamente meno garantista di quello attuale e frutto della cooperazione intergovernativa di una ristretta cerchia di Stati – ovvero quello creato dalla Convenzione di Dublino del 1990 –, la possibilità per il richiedente asilo di incidere sulla determinazione dello Stato competente a esaminare la propria domanda d’asilo era, paradossalmente, prevista¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Ciò conferma che la CGUE si è limitata a richiamare gli *output* della sentenza *M.S.S.* in funzione confermativa, al fine di rafforzare una nozione probatoria di “notorietà” del rischio, ricostruita attraverso un *iter* logico autonomo. Il risultato è un’interpretazione della clausola di salvaguardia che appare, per così dire, più “sbilanciata” verso la tutela dell’interesse statale che verso la cooperazione in materia di asilo.

¹⁵⁶ V. CGUE, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta il 5 gennaio 2011 dallo Hessischen Verwaltungsgerichtshof, *Repubblica federale di Germania c. Kaveh Puid*, C-4/11.

¹⁵⁷ Sui limiti alla libertà di movimento dei richiedenti asilo e sull’impossibilità di scelta del Paese dove chiedere asilo v. LEGOMSKY, *Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection*, *IJRL*, vol. 15, 2003, p. 567 ss.

¹⁵⁸ V. Convenzione di Dublino, articolo 3, par. 4. In base al principio della “doppia volontà”, mutuato dalla prassi francese e svedese: «Each Member State shall have the right to examine an application for asylum submitted to it by an alien, even if such examination is not its responsibility under the criteria defined in this Convention, provided that the applicant for asylum agrees thereto». Il riferimento al principio della “doppia volontà” venne espunto dalla proposta di adozione del Regolamento Dublino II su istanza di numerosi Stati. V. COM(2001)447 def., cit., p. 15. In argomento, HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention: A Comprehensive Assessment*, cit., p. 659, spec. il testo corrispondente alla nota 64; LAMBERT, MESSINEO, TIEDEMANN, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy, and Germany: Requiescat In Pace?*, *RSQ*, vol. 27, 2008, p. 16 ss., a p. 20; HAILBRONNER, THIERY, *Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum Applications in Europe*, *CMLR*, vol. 34, 1997, p. 957 ss., a p. 965; MARINHO, HEINONEN, *Dublin after Schengen:*

Una risposta affermativa a siffatto quesito pregiudiziale da parte della Corte di giustizia appariva tutt'altro che agevole, stante il tenore delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Jääskinen¹⁵⁹, in cui si ribadiva che la *ratio* del Regolamento Dublino II non consiste nell'attribuire diritti ai singoli ma nel regolamentare i flussi di richiedenti asilo nello spazio giuridico dell'Unione¹⁶⁰ e si aggiungeva che non può essere dedotto dalla sentenza *N.S.* un obbligo in capo agli Stati membri di esercitare i poteri di cui all'articolo 3, par. 2 in caso di impossibilità del trasferimento¹⁶¹. E, invero, la sentenza della Corte di Lussemburgo, ha recepito in pieno le argomentazioni dell'Avvocato generale, concludendo che: «*l'impossibilità di trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro identificato inizialmente come competente non implica, di per sé, che lo Stato membro che procede alla determinazione dello Stato membro competente sia tenuto a esaminare esso stesso la domanda di asilo sul fondamento dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 343/2003*»¹⁶².

Piuttosto, ad avviso dell'Avvocato generale, la questione andrebbe posta in termini differenti, ovvero riconoscendo che non è possibile alcuna designazione di competenza sulla base dei criteri enumerati nel regolamento, per cui risulta competente lo Stato in cui la domanda è stata presentata per la prima volta¹⁶³. Peraltro, nel concludere in tal senso, l'Avvocato ha fatto riferimento alla recente pronuncia della Corte di giustizia nel caso *K*¹⁶⁴, ove si stabilisce, appunto, siffatto principio¹⁶⁵.

Allocating Responsibility for Examining Asylum Applications in Practice, EIPASCOPE, n. 3, 1998, p. 1 ss., p. 6. Si noti che il problema della "doppia volontà" è stata oggetto di un'altra domanda di pronuncia pregiudiziale che non ha ricevuto risposta dalla Corte, in quanto rimossa dal ruolo. V. CGUE, *CGUE, M e al. c. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, C-666/11, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, 30 dicembre 2011; *M e al. c. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, C-666/11, ord. 7 gennaio 2013, cancellazione dal ruolo.

¹⁵⁹ CGUE, domanda di pronuncia pregiudiziale, *Repubblica federale di Germania c. Kaveh Puid*, Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 18 aprile 2013.

¹⁶⁰ Ivi, par. 56-59, spec. par. 58.

¹⁶¹ Ivi, par. 68.

¹⁶² CGUE, *Repubblica federale di Germania c. Kaveh Puid*, C-4/11/11, sent. 14 novembre 2013.

¹⁶³ Si noti che, ad avviso dell'Avvocato generale, qualora si verifichi una situazione eccezionale come quella datasi nel caso *N.S.*, occorre operare una distinzione tra la posizione degli Stati membri - regolata dalle disposizioni regolamentari sulla competenza - e il diritto dei richiedenti asilo al *non-refoulement*, cui fa da contraltare il dovere del giudice nazionale, in sede di ricorso contro la decisione di trasferimento verso lo Stato competente (*ex* articolo 19, par. 2 del Regolamento), di considerare se sussistano le circostanze eccezionali di cui al caso *N.S.* e, in tal caso, di sospendere il trasferimento. V. *Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen*, cit., par. 72-81.

¹⁶⁴ CGUE, *K. c. Bundesasylamt*, C-245/11, sent. 6 novembre 2012.

¹⁶⁵ Ivi, par. 47, cit. al par. 25 delle conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen, cit.

La sentenza nel caso *K* ha rappresentato, anche in termini generali, un altro interessante banco di prova del rilievo attribuito alla giurisprudenza di Strasburgo da parte della Corte di giustizia. Difatti, il secondo dei due quesiti presentati dal giudice *a quo* riguardava la possibilità di configurare il ricorso alla clausola di sovranità di cui all'articolo 3, par. 2 del Regolamento Dublino II in termini obbligatori, nei casi in cui il trasferimento del richiedente asilo comportasse un rischio reale di lesione dei diritti di cui agli articoli 3 e 8 della Convenzione europea. E, in caso di risposta affermativa, di interpretare le nozioni di "trattamento inumano" (articolo 3 CEDU) e di "famiglia" (articolo 8 CEDU) in maniera diversa e maggiormente garantista rispetto a quelle scaturenti dalla giurisprudenza della Corte europea. È interessante notare che, come era avvenuto – *mutatis mutandis* – nella sentenza *N.S.*¹⁶⁶, la Corte di giustizia ha glissato su entrambe le questioni, a differenza dell'Avvocato generale Trstenjak che, nelle sue conclusioni, aveva cercato di offrire qualche chiarimento sul punto¹⁶⁷, sostenendo che «*the concept of 'inhuman or degrading treatment' within the meaning of Article 4 of the Charter essentially corresponds to the same term in Article 3 of the ECHR*»¹⁶⁸ e precisando che la nozione di "famiglia" sviluppata nella giurisprudenza CEDU «*can be transposed directly to the right to respect for family life guaranteed by Article 7 of the Charter*»¹⁶⁹.

È di recente stata resa dalla Corte di giustizia un'altra sentenza, emblematica di come il giudice dell'Unione percepisce il rapporto tra la propria funzione e la tutela dei diritti fondamentali. Si tratta del caso *Halaf*¹⁷⁰, in cui, per la prima volta, un tribunale remittente aveva chiesto alla Corte di chiarire il contenuto del diritto di asilo ai sensi dell'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁷¹. Sul punto, la pronuncia della Corte non ha introdotto

¹⁶⁶ V. il paragrafo precedente.

¹⁶⁷ CGUE, *K. c. Bundesasylamt*, Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, 27 giugno 2002, parr. 27-32.

¹⁶⁸ Ivi, par. 83.

¹⁶⁹ Ivi, par. 92.

¹⁷⁰ CGUE, *Zuheyr Freyeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerski savet*, C-528/11, sent. 30 maggio 2013.

¹⁷¹ Il Tribunale amministrativo di Sofia aveva, altresì, chiesto se potesse ritenersi sussistente un obbligo in capo agli Stati membri dell'Unione di chiedere un parere all'UNHCR in merito alla compatibilità con il diritto derivato dell'Unione in materia di asilo del trasferimento di un richiedente nello Stato competente in base al Regolamento Dublino II. Sul punto, ai parr. 43-47 della sentenza *Halaf*, cit. alla nota precedente, la Corte ha negato la sussistenza di un siffatto obbligo. In merito alla posizione dell'UNHCR, si rimanda alla Dichiarazione resa dall'UNHCR in veste di *amicus curiae* nel caso *Halaf*: '*UNHCR Statement on the Right to Asylum, UNHCR's Supervisory Responsibility and the Duty of States to Cooperate with UNHCR in the Exercise of its Supervisory Responsibility, Issued in the Context of a Reference for a Preliminary Ruling Addressed to Court of Justice of the European Union by the Administrative Court of Sofia lodged on 18 October 2011* –

chiarimenti sostanziali. La Corte ha, in primo luogo, ribadito che la clausola di sovranità contenuta nel Regolamento Dublino II attribuisce agli Stati membri dell'Unione un potere discrezionale pieno e che l'attivazione di tale clausola non è soggetta a limiti procedurali (come la verifica del rispetto del diritto di asilo da parte dello Stato competente all'esame della domanda ai sensi del regolamento). Quindi, partendo dal presupposto che l'interesse del giudice del rinvio all'interpretazione dell'articolo 18 della Carta fosse strumentale a delimitare l'ampiezza della deroga contenuta al par. 2 dell'articolo 3 del Regolamento Dublino II, la Corte non ha ritenuto necessario pronunciarsi sulla portata del diritto di asilo nel diritto dell'Unione¹⁷².

Quanto detto sembra confermare che la Corte di Lussemburgo ha inteso confinare strettamente alle potenziali violazioni dell'articolo 4 della Carta di Nizza l'ipotesi di sospensione della cooperazione di Dublino. Ciò è peraltro confermato da una recente sentenza resa nel caso *Abdullahi*¹⁷³, che riguardava la possibilità del richiedente di contestare la scelta di un determinato criterio, elencato nel Regolamento Dublino II, ai fini della designazione dello Stato competente all'esame della propria domanda¹⁷⁴. Su questo punto, la Corte ha concluso che «*nelle circostanze in cui uno Stato membro abbia accettato la presa in carico di un richiedente asilo [...] quale Stato membro del primo ingresso del richiedente asilo nel territorio dell'Unione, tale richiedente può contestare la scelta di tale criterio soltanto deducendo l'esistenza di carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro che costituiscono motivi seri e comprovati di credere che detto richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'articolo 4 della Carta*»¹⁷⁵. La Corte di

Zuheyr Freyeh Halaf v. the Bulgarian State Agency for Refugees (C-528/11), accessibile online all'indirizzo [<http://www.refworld.org/type,AMICUS,,,5017fc202,0.html>].

¹⁷² V. CGUE, *Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerski savet*, cit., parr. 36-42.

¹⁷³ CGUE, *Shamsu Abdullahi c. Bundesasylamt*, C-394/12, sent. 10 dicembre 2013. Il caso oggetto di domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE da parte dell'Asylgerichtshof austriaco riguardava una cittadina somala, la sig.ra Abdullahi, che aveva effettuato il primo ingresso irregolare nel territorio dell'Unione in Grecia, dopo essere transitata attraverso la Siria e la Turchia. Eludendo i controlli di frontiera, aveva attraversato l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia, la Serbia e l'Ungheria, con l'obiettivo di arrivare in Austria e di presentare qui domanda di asilo. Tuttavia, era stata intercettata dalle autorità di frontiera ungheresi e fermata dalla polizia austriaca. In Austria, la sig.ra Abdullahi aveva visto respingere la propria domanda di protezione dalla competente autorità amministrativa, il Bundesasylamt, che aveva dichiarato la propria incompetenza e predisposto il trasferimento della richiedente in Ungheria.

¹⁷⁴ L'art. 19, par. 2, del regolamento (CE) n. 343/2003 stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo.

¹⁷⁵ CGUE, *Shamsu Abdullahi c. Bundesasylamt*, cit., par. 62.

giustizia ha voluto, così, consolidare il risultato della sentenza *N.S. e M.E.*, senza spingersi un passo più in là¹⁷⁶.

È chiaro, quindi, che possa crearsi un terreno di attrito tra questa giurisprudenza, che interrompe il trasferimento solo in situazioni strettamente similari a quelle tipizzate in *M.S.S.* e in *N.S.* e gli sviluppi giurisprudenziali di Strasburgo¹⁷⁷. Infatti, la Corte EDU nella sentenza *M.S.S.* si era limitata ad affermare che lo Stato che intenda trasferire un richiedente asilo ai sensi del Regolamento Dublino II debba astenersi dal procedere in tal senso, prendendo su di sé la responsabilità per l'esame della sua domanda, qualora l'allontanamento dello stesso verso il Paese competente in via principale rischi di condurre a una violazione dell'articolo 3 CEDU. Nel più recente caso *Mohammed Hussein et al. c. Paesi Bassi e Italia*¹⁷⁸, sulla base del precedente nel caso *M.S.S.*, la Corte EDU ha escluso che il trasferimento verso l'Italia del ricorrente fosse contrario all'articolo 3 CEDU, sulla scorta dell'assenza di una situazione di carenza "sistemica" del sistema di asilo italiano, adottando tale decisione all'unanimità, a differenza di due decisioni più recenti, sempre riguardanti l'Italia ma adottate a maggioranza, in cui il requisito della "sistematicità" delle carenze del sistema di asilo è apparso come una condizione meno stringente ai fini dell'interruzione del trasferimento¹⁷⁹. In realtà, nella giurisprudenza della Corte EDU, l'inesistenza di una carenza sistemica non esime dall'esame della specifica situazione del ricorrente per verificare l'esistenza di un rischio individuale e concreto.

È interessante, a tal proposito, l'orientamento giurisprudenziale adottato dalla Corte suprema britannica con una pronuncia del 19 febbraio 2014, in un caso riguardante il trasferimento in Italia di una donna eritrea¹⁸⁰. Il Supremo tribunale inglese ha affermato che, ai fini dell'interruzione del trasferimento, l'insufficienza della protezione garantita dal sistema di asilo e dalle condizioni di accoglienza nello Stato membro competente ai sensi del regolamento Dublino II deve essere valutata anche a partire dalle specifiche contingenze legate al caso

¹⁷⁶ Si rinvia ai rilievi svolti nell'ultimo paragrafo del presente capitolo, in merito alla compatibilità di quest'approccio con il nuovo Regolamento di Dublino.

¹⁷⁷ BENOÏT XEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*, Oxford, 1993, pp. 78-79.

¹⁷⁸ Corte EDU, *Mohammed Hussein et al. c. Paesi Bassi e Italia*, n. 27725/10, dec. (ammissibilità) del 2 aprile 2013. V. anche *Mohammed c. Austria*, n. 2283/12, sent. 6 giugno 2013.

¹⁷⁹ Corte EDU, *Halimi c. Austria e Italia*, n. 53852/11, dec. (ammissibilità) del 18 giugno 2013; *Abubeker c. Austria e Italia*, n. 73874/11, dec. (ammissibilità) del 18 giugno 2013.

¹⁸⁰ Regno Unito, *R (on the application of EM (Eritrea)) v. Secretary of State for the Home Department*, (2014) UKSC 12.

di specie¹⁸¹, peraltro precisando che la protezione contro l'inadeguatezza del sistema di protezione internazionale di uno Stato membro non debba riguardare solo i richiedenti ma anche i rifugiati¹⁸². In questo modo, la Supreme Court, a una settimana di distanza dall'udienza pubblica della Grande Camera della Corte EDU nel caso *Tarakhel c. Svizzera*¹⁸³, che riguarda la compatibilità con l'articolo 3 CEDU del trasferimento in Italia dalla Svizzera di una famiglia afgana sulla base del meccanismo di Dublino, ha operato una lettura conforme alla giurisprudenza di Strasburgo (da *Soering* in poi¹⁸⁴) del precedente contenuto nella sentenza *N.S.* di Lussemburgo e nella sentenza *M.S.S.* di Strasburgo. È chiaro, quindi, che, in assenza di un criterio uniforme di valutazione del rischio, possono sorgere dubbi al giudice interno sulla soglia di protezione del richiedente asilo contro il rischio di trasferimento e possono svilupparsi due orientamenti differenti in relazione al *test* per il trasferimento di un richiedente da uno Stato membro all'altro dell'UE sulla base del meccanismo di Dublino.

¹⁸¹ Ivi, par. 70: «*The court must examine the foreseeable consequences of sending a claimant to the receiving country bearing in mind both the general situation there and the claimant's personal circumstances, including his or her previous experience*».

¹⁸² Ivi, par. 5.

¹⁸³ Corte EDU, *Tarakhel c. Svizzera*, n. 29217/12, udienza pubblica in Grande Camera 12 febbraio 2014. Forse un chiarimento dei criteri della valutazione del rischio, che va di volta in volta accertato, potrà venire dalla decisione di questo caso, pendente dinanzi alla Corte. Nel caso di specie, i ricorrenti erano arrivati in Italia, via mare e avevano trascorso alcuni giorni in un centro di prima accoglienza a Bari, dove avrebbero assistito a scene di violenza e vissuto in condizioni precarie a causa del sovraffollamento e del discontinuo accesso all'acqua. Si erano poi recati prima in Austria e poi in Svizzera da dove era partita la procedura di Dublino per trasferirli in Italia. La Corte EDU dovrà quindi pronunciarsi sulla compatibilità con il rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU delle condizioni di accoglienza del sistema italiano di asilo. Si segnala che, comunque, durante l'udienza non sono state affrontate questioni rilevanti, come il contenuto degli obblighi procedurali, derivanti dall'art. 3 CEDU, il cui rispetto deve essere garantito nell'ambito della cooperazione di Dublino (es. la durata delle procedure). Tali aspetti erano stati incidentalmente esaminati dalla Corte di Lussemburgo nella pronuncia in via pregiudiziale nel caso *Migrationsverket c. Edgar Petrosian et al.*, C-19/08, sent. 29 gennaio 2009.

¹⁸⁴ Invero, come è emerso dall'esame della giurisprudenza di Strasburgo in materia di espulsione di stranieri, condotto nel capitolo 5 del presente lavoro, il rilievo della situazione generale del Paese di destinazione dello straniero, nell'ambito del *risk assessment* operato dalla Corte EDU, è funzionale ad ampliare la protezione dell'individuo e non può essere inteso come esimente dalla valutazione della situazione personale dello stesso.

7. *L'incidenza complessiva del dialogo tra le due Corti europee sulla riforma del sistema di Dublino.*

Al di là dei profili disarmonici evidenziati nella disamina sopra condotta, e delle lacune ancora da colmare, ciò che rileva, se ci si pone nell'ottica del progressivo avanzamento della protezione internazionale in Europa¹⁸⁵, è il precipitato della cooperazione tra le due Corti, come riflesso nella lente del giudice interno. Indipendentemente dal reale grado di coerenza, raggiunto dalla giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo nella determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali, il dato quantitativo dei richiami incrociati alle rispettive prassi ha certamente contribuito a cementare un *idem sentire* attorno all'esigenza di contenere le tendenze alla divaricazione dei sistemi processuali nazionali in materia di tutela dei richiedenti asilo¹⁸⁶.

Sotto questo aspetto, le due pronunzie sopra considerate lanciano un segnale decisamente positivo. Per un verso, la Corte di Lussemburgo, nella parte della sentenza *N.S.* relativa all'inquadramento normativo della fattispecie¹⁸⁷, ha attribuito peculiare risalto all'obiettivo della costruzione di un sistema comune europeo di asilo mediante l'istituzione di «una politica comune in materia di asilo [...] fondata sulla solidarietà tra Stati membri»¹⁸⁸, obiettivo che,

¹⁸⁵ Nello specifico, il riavvicinamento dell'approccio delle due Corti in tema di immigrazione e asilo appare auspicabile per fronteggiare con maggiore coerenza le sfide poste dall'attuale volume dei movimenti transfrontalieri di persone bisognose di protezione internazionale e per contenere le spinte centrifughe degli Stati rispetto alla creazione di un sistema comune europeo di asilo.

¹⁸⁶ Corte EDU, *Dialogue entre juges. Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ?*, Actes du séminaire 27 janvier 2012, Strasburgo, 2012, accessibile online all'indirizzo: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E046BC64-B4AC-4CD0-83DE-A39FC0CCCE62/0/DIALOGUE_2012_FR.pdf]. V. spec. p. 31, per l'intervento di Thomas Hammarberg, in cui si sottolinea come «[l]es conclusions de la Cour ont aussi suscité une multiplication des appels à la révision du règlement "Dublin" au sein de l'Union européenne». In prospettiva, il riavvicinamento delle dotazioni dei singoli apparati strumentali di tutela potrebbe agevolare la ridefinizione dei rapporti giurisdizionali tra i due sistemi di protezione dei diritti fondamentali, nella misura in cui essa si renda necessaria in vista dell'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Come sostenuto dall'Avvocato generale Poyares Maduro nelle conclusioni rese in merito al caso *Elgafaji*, le giurisdizioni europee devono sforzarsi, pur nel rispetto della propria autonomia, di comprendere come le altre corti interpretano e sviluppano gli stessi diritti fondamentali, al fine di ridurre i rischi di conflitto e di impegnarsi in un informale processo di costruzione di uno spazio europeo di protezione dei diritti fondamentali. V. CGUE, *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, cit., Conclusioni dell'Avvocato generale Poyares Maduro, par. 19-22. In tema v. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": I diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 17, 2012, p. 23 ss.

¹⁸⁷ CGUE, *N.S.*, cit., par. 3-33.

¹⁸⁸ V. articolo 67, par. 2 del TFUE (GUUE C 83/47, 30.03.2010), che fa parte del Titolo V, dedicato al rafforzamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

con il Trattato di Lisbona, è stato espressamente previsto dal diritto primario dell'Unione¹⁸⁹. Per l'altro, il rilievo della solidarietà tra gli Stati membri, riconosciuto altresì nell'articolo 80 del Trattato sul funzionamento dell'Unione come cruciale per la realizzazione di tale obiettivo, è stato enfatizzato da entrambe le Corti nelle sentenze richiamate.

La sentenza *M.S.S.* ha fatto da apripista nel condannare l'atteggiamento scarsamente cooperativo degli Stati dell'Unione rispetto alle esigenze di *burden sharing* in ambito migratorio¹⁹⁰ e l'assenza di un meccanismo di temporanea sospensione dell'automatismo di Dublino¹⁹¹.

La sentenza *N.S.* ha sottolineato come questa circostanza abbia aggravato le già precarie condizioni del sistema d'asilo greco, rendendolo praticamente incapace di fronteggiare la mole di domande d'asilo "di ritorno"¹⁹². Per questa via, le due Corti hanno per così dire "smascherato" la distorsione insita nel meccanismo di Dublino che, per funzionare in modo non abusivo, necessita della leale cooperazione tra gli Stati membri¹⁹³. È questo un aspetto in relazione al quale le implicazioni delle due sentenze trascendono ampiamente la sfera soggettiva dei destinatari materiali, inserendosi in un più ampio mosaico giurisprudenziale, che ha gradualmente rimodellato l'intera impalcatura delle politiche europee di asilo¹⁹⁴.

¹⁸⁹ V. articolo 78 del TFUE.

¹⁹⁰ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 352.

¹⁹¹ *Ivi*, par. 350.

¹⁹² CGUE, *N.S.*, cit., parr. 10-12. In particolare, al par. 87 della sentenza, la Corte menziona, a suffragio di quanto sostenuto, la reazione negativa degli altri Stati membri alla proposta della Commissione di sospendere l'applicazione del Reg. Dublino II e di modificarlo attenuando il criterio del primo ingresso. Sulla valutazione delle *performances* del sistema di Dublino si rinvia alla Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM (2007) 299 def. (GUUE C 191, 17.8.2007).

¹⁹³ Il principio di leale cooperazione è sancito all'articolo 4, par. 3 del TUE. Sull'assenza di condivisione dell'onere migratorio, si rimanda agli sviluppi del progetto EUREMA, di ricollocazione dei beneficiari di protezione internazionale e dei richiedenti asilo da Malta ad altri Stati dell'Unione. V. *Flussi migratori nel Mediterraneo, in particolare i tragici eventi a Lampedusa*, Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sui flussi migratori nel Mediterraneo, con particolare attenzione ai tragici eventi al largo di Lampedusa, P7_TA-PROV(2013)0448, (2013/2827(RSP)).

¹⁹⁴ Questo dato emerge, per esempio, con particolare chiarezza dalle dichiarazioni rese nel gennaio 2011 dal Commissario europeo agli Interni, Malmström sul caso *M.S.S.*, nelle quali si riconosce che: «[The] ruling by the European Court of Human Rights (ECtHR) clearly shows the EU's need to urgently establish a Common European Asylum System and to support Member States in meeting their obligations to provide adequate international protection. The EU's commitment to continue its humanitarian tradition in providing shelter to those in need of international protection can only be fulfilled if all its Member States contribute and take their responsibilities». V. Commissione europea, *Statement of Cecilia Malmström, European Commissioner For Home Affairs, Following the Judgement of the European Court of Human Rights on the Transfer of Asylum Seekers under the EU Dublin Regulation*, MEMO/11/35, Bruxelles, 21 gennaio 2011. V. anche Commissione europea,

Le indicazioni giurisprudenziali emerse dal confronto tra le due Corti sul caso greco sono state, infatti, recepite nella proposta della Commissione europea per la riforma del Regolamento Dublino II¹⁹⁵, che ha previsto un meccanismo di temporanea sospensione dei trasferimenti dei richiedenti asilo verso uno Stato membro, nel caso in cui quest'ultimo sia soggetto a un'eccessiva pressione migratoria o si tema che non sia in grado di onorare i propri obblighi in materia di rispetto degli *standard* di protezione stabiliti dal diritto dell'Unione, in conformità con la Convenzione di Ginevra e la CEDU¹⁹⁶.

Tale impostazione è riflessa nel nuovo Regolamento Dublino III¹⁹⁷, che, accanto all'ipotesi di attivazione della clausola di salvaguardia¹⁹⁸, che è mantenuta inalterata e inserita in un apposito capitolo insieme alla clausola umanitaria¹⁹⁹, prevede una nuova ipotesi di sospensione del rinvio, in base alla quale:

«Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente»²⁰⁰.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Terza relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2011), Bruxelles, 30.5.2012, COM(2012) 250 def., p. 16.

¹⁹⁵ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide*, COM(2008)820 def., del 3 dicembre 2008. Si noti che l'opposizione del Consiglio ha indotto la Commissione a una revisione sostanziale dell'iniziale proposta. Un esempio è dato dalle regole di detenzione amministrativa dei richiedenti, che la Commissione aveva rigidamente confinato a una durata massima di tre mesi, mentre nel regolamento finale non si esclude la possibilità di detenere il richiedente nelle more della decisione sul suo ricorso contro una decisione di trasferimento (art. 28).

¹⁹⁶ COM(2008)820 def., par. 31.

¹⁹⁷ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), GUUE L 180/31, 29.6.2013. Per un commento v. FERACI, *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, Osservatorio sulle fonti, n. 2, 2013, accessibile online all'indirizzo: [http://www.osservatoriosullefonti.it/component/docman/cat_view/199-note-e-commenti/241-note-e-commenti-n-22013].

¹⁹⁸ Regolamento Dublino III, art. 17, par. 1.

¹⁹⁹ Ivi, art. 17, par. 2.

²⁰⁰ Ivi, art. 3, par. 2, secondo capoverso.

Questa disposizione, contenuta all'articolo 3, par. 2, secondo capoverso, recepisce l'avanzamento giurisprudenziale ottenuto dal dialogo tra le due Corti europee, imponendo alle autorità competenti degli Stati membri di effettuare una verifica caso per caso del rischio cui il ricorrente va incontro in seguito al trasferimento, come *conditio sine qua non* per la legittima esecuzione dello stesso. Il successivo capoverso, chiude il cerchio stabilendo che, qualora anche la seconda procedura di determinazione dello Stato competente, sulla base dei criteri indicati dal Regolamento, non renda possibile l'esecuzione materiale del trasferimento, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa "competente" all'esame della domanda²⁰¹.

In linea di principio, la verifica che i richiedenti non vadano incontro a trattamenti degradanti nello Stato membro competente ai sensi del Regolamento accresce la protezione degli stessi contro il *refoulement* durante la procedura di Dublino. Tuttavia, il rischio è che, per com'è stata concepita, tale verifica finisca per rendere ancor più macchinoso, e quindi inefficiente il sistema, introducendo un'ulteriore "procedura" nella già complessa procedura di trasferimento. Infatti, come si è detto in apertura del presente capitolo, il sistema di "smistamento" dei richiedenti basato sul Regolamento Dublino II funzionava proprio perché si fondava su una presunzione di equipollenza delle tutele offerte dai sistemi di asilo degli Stati membri, che eliminava gli ostacoli a un (più o meno) celere trasferimento.

Al contempo, non è certo che la verifica introdotta all'articolo 3, par. 2, secondo capoverso sia sufficiente a garantire il corretto funzionamento del sistema di Dublino, ponendolo al riparo da effetti distortivi gravi²⁰². Invero, la

²⁰¹ Regolamento Dublino III, art. 3, par. 2, terzo capoverso.

²⁰² Si noti che nel nuovo Regolamento Dublino III è all'uopo previsto anche un "*meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi*", disciplinato all'articolo 33. In base a tale disposizione «[q]ualora, sulla base in particolare delle informazioni ottenute dall'EASO a norma del regolamento (UE) n. 439/2010, la Commissione stabilisca che l'applicazione del presente regolamento può essere ostacolata da un rischio comprovato di speciale pressione sul sistema di asilo di uno Stato membro e/o da problemi nel funzionamento del sistema di asilo di uno Stato membro, in cooperazione con l'EASO, rivolge raccomandazioni a tale Stato membro invitandolo a redigere un piano d'azione preventivo». Stupisce, tuttavia, che l'ipotesi in cui il cattivo funzionamento della cooperazione di Dublino discenda da un'eccessiva pressione sul sistema di asilo di uno Stato membro sia assimilata, ai fini della risposta dell'Unione, a quella in cui uno Stato membro non abbia adeguato il proprio apparato strumentale di protezione internazionale allo *standard* europeo. Si tratta, invero, di due ipotesi distinte, dal momento che l'eccessiva pressione sul sistema di asilo di uno Stato membro ben può discendere dai criteri di allocazione delle domande di protezione (contenuti nel Regolamento stesso), criteri che non sono stati adeguati al mutamento delle rotte migratorie, oramai prevalentemente marittime. Nondimeno, una distorsione generata dal Regolamento di Dublino viene, di fatto, "scaricata" sullo Stato che la subisce, senza previsione di forme di

norma ivi contenuta si limita a cristallizzare il disposto della sentenza della Corte di giustizia nel caso *N.S.*, senza tradurre in termini generali e astratti i principi stabiliti dalla Corte in riferimento alla decisione pregiudiziale del caso di specie e senza toccare la delicata questione degli aspetti procedurali inerenti alla verifica *de qua*²⁰³.

Significativamente, ai richiedenti non è riconosciuta la libertà di circolazione nell'Unione²⁰⁴. Una diversa previsione, oltre ad essere più in linea con la Convenzione di Ginevra del 1951²⁰⁵, avrebbe, ad esempio, consentito al richiedente il ricongiungimento con conoscenti o amici, in grado di assisterlo nell'integrazione, alleggerendo anche i costi delle politiche europee di asilo.

Inoltre, il richiedente non ha la possibilità di influenzare la decisione discrezionale dello Stato membro nel prendere in carico da propria domanda. Questo dato appare confermato dal tenore delle norme del Regolamento Dublino III accolte nel nuovo articolo 17, rubricato "clausole discrezionali", che riformula la c.d. "clausola di sovranità" (precedentemente contenuta al par. 2 dell'art. 3) e la c.d. "clausola umanitaria". La nuova clausola di sovranità prevede una deroga ai criteri del capo III del regolamento che consente a ciascuno Stato membro di avocare a sé la responsabilità per l'esame di una domanda, ma non contempla alcuna forma di presa in considerazione della volontà del richiedente²⁰⁶.

"burden sharing". Simili rilievi sono alla base di una recente risoluzione adottata dall'Assemblea parlamentare dell'OSCE, che ha (già) chiesto la riforma del Regolamento Dublino III. V. *Resolution on Comprehensive Immigration Reform, Baku Declaration and Resolutions Adopted by the OSCE Parliamentary Assembly at the Twenty-Third Annual Session, Baku, 28 June to 2 July 2014*, spec. par. 1, punto 1, lett. g) e par. 19.

²⁰³ In ciò potrebbe intravedersi l'intenzione del Legislatore europeo di costringere la Corte di giustizia a un'interpretazione restrittiva di siffatti principi e di siffatta verifica. D'altra parte, come si è visto commentando la sentenza della CGUE nel caso *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, non pare che, almeno per ora, la Corte di Lussemburgo sia intenzionata ad estendere la giurisprudenza *N.S.* a casi in cui la potenziale violazione non riguardi l'articolo 4 della Carta di Nizza.

²⁰⁴ Ciò è confermato dalla Dir. accoglienza 2013 che, all'articolo 7, par. 1 statuisce: «*I richiedenti possono circolare liberamente nel territorio dello Stato membro ospitante o nell'area loro assegnata da tale Stato membro*».

²⁰⁵ Invero, molti dubbi permangono sulla compatibilità della struttura stessa del sistema di Dublino con gli obblighi che discendono dalla Convenzione di Ginevra del 1951, in particolare in relazione al fatto che tale Convenzione non prevede limiti alla possibilità del richiedente asilo di presentare la domanda nello Stato nel quale si trova né esclude la possibilità per il richiedente di presentare una domanda di asilo in uno Stato dopo che una precedente domanda di asilo del medesimo richiedente sia stata rigettata in un altro Stato. Per l'esame di tali profili si rinvia alla prima parte del lavoro.

²⁰⁶ Regolamento Dublino III, art. 17, par. 1.

Analogamente, in base alla clausola umanitaria, uno Stato membro competente o uno Stato membro che ha intrapreso la procedura di designazione dello Stato competente può, in ogni momento precedente all'adozione di una decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro la presa in carico del richiedente per ragioni umanitarie fondate su motivi familiari e culturali o al fine di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela²⁰⁷, ma il richiedente interessato non ha modo di influenzare siffatto sviluppo.

In ultima analisi, in assenza di strumenti "preventivi" nelle disponibilità del richiedente per assicurarsi che l'esame della sua domanda sia condotto in un determinato Stato membro, il rispetto dei suoi diritti è rimesso alla leale cooperazione degli Stati nella corretta attuazione del diritto dell'Unione in materia di protezione internazionale.

Il funzionamento del Regolamento Dublino III dovrà, quindi, essere testato sul campo e si scontrerà, probabilmente almeno in una prima fase, con l'incredibile discrasia esistente tra le prassi degli Stati membri, tanto in materia di accettazione delle domande di asilo quanto di condizioni di accoglienza²⁰⁸.

Com'è emerso da uno studio comparativo, recentemente realizzato da organizzazioni non governative che si occupano dei rifugiati e cofinanziato dalla Commissione europea²⁰⁹, il Regolamento Dublino II è stato applicato dai diversi Stati membri dell'Unione in maniera troppo asimmetrica e i richiedenti asilo soggetti alla procedura di Dublino sono stati vittime di ingiustificabili disparità di trattamento quanto all'accesso effettivo alla protezione, tanto nelle more del trasferimento quanto in seguito allo stesso. L'accoglienza materiale, riservata a tale categoria di richiedenti è stata generalmente peggiore rispetto a quella garantita agli altri richiedenti, e in taluni casi essi sono stati addirittura penalizzati per aver presentato la domanda in uno Stato membro non competente ai sensi del Regolamento²¹⁰.

A ciò si è aggiunto l'utilizzo sistematico della detenzione nei confronti dei richiedenti da trasferire in base ai criteri stabiliti dal Regolamento di Dublino e,

²⁰⁷ Ivi, par. 2.

²⁰⁸ CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 270-271.

²⁰⁹ *The Dublin II Regulation: Lives on Hold. European Comparative Report*, February 2013, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.dublin-project.eu/dublin/Dublin-news/New-report-Dublin-II-regulation-lives-on-hold>]. Il Rapporto è stato realizzato nell'ambito del Progetto FER transnazionale "European network for technical cooperation on the application of the Dublin II Regulation", finanziato con il Fondo europeo per i rifugiati 2010.

²¹⁰ Ivi, p. 8 dell'*Executive Summary*.

ciononostante, la percentuale dei trasferimenti effettivamente eseguita si è rivelata alquanto bassa, svelando la sostanziale inefficacia del sistema²¹¹.

Con il Regolamento Dublino III, il problema dell'equipollenza degli apparati di protezione degli Stati membri è traslato dal dato normativo a quello dell'applicazione delle norme, prevedendo in capo allo Stato membro, nella cui giurisdizione il richiedente si trova, un obbligo procedurale di effettuare una verifica, nel singolo caso di specie, del rispetto del divieto di trattamenti inumani e degradanti da parte dello Stato membro competente, verifica concepita come passaggio obbligato ai fini del trasferimento²¹². Inoltre, pur non avendo modo di influire sulla decisione discrezionale di presa in carico di una domanda di asilo, ai sensi del nuovo Regolamento, il richiedente ha diritto, entro un termine ragionevole, «a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale»²¹³ e, nell'adempiere all'obbligo di garantire il diritto di

²¹¹ *Ibid.*

²¹² In merito allo scivolamento della questione della equipollenza degli apparati di protezione degli Stati membri dal dato normativo a quello dell'applicazione delle norme, occorre segnalare che il preambolo del nuovo regolamento di esecuzione della procedura Dublino III (Regolamento di esecuzione (UE) n. 118/2014 della Commissione europea che modifica il Regolamento (CE) n. 1560/2003 recante modalità di applicazione del Regolamento n. 343/2003 sostituito dal regolamento (UE) 603/2013) afferma espressamente che l'obiettivo sotteso all'adozione del Regolamento Dublino III è quello di «accrescere l'efficienza del sistema [di Dublino] e migliorare la cooperazione tra le autorità nazionali» assicurando, nella prassi, «l'effettiva applicazione» da parte degli Stati membri delle disposizioni contenute nel Regolamento Dublino III. In ossequio al diritto all'informazione dei richiedenti, di cui all'art. 4 del Regolamento Dublino III, vi è inoltre un opuscolo comune su Dublino/Eurodac ed un opuscolo per i minori non accompagnati richiedenti protezione internazionale (allegati X e XI), oltre che svariati moduli standard per lo scambio di informazioni sui minori non accompagnati e sulle cartelle cliniche dei richiedenti. Ciononostante, il regolamento di attuazione non prevede alcuno strumento di partecipazione attiva del richiedente all'esame della domanda di asilo, non diversamente dall'art. 17 del Regolamento Dublino III. Inoltre, le disposizioni in esso contenute e destinate ad armonizzare le procedure di trasferimento non paiono idonee a raggiungere l'obiettivo che si prefissano. E ciò non tanto in relazione a quelle che riguardano il ricongiungimento delle persone «legate da qualsiasi vincolo di parentela» (artt. 11-12), che impongono chiaramente agli Stati membri la cooperazione nello scambio delle informazioni al fine di determinare i legami familiari comprovati o il vincolo di dipendenza tra il richiedente e il figlio, fratello o genitore, nonché la capacità dell'interessato di occuparsi della persona a carico, quanto in relazione alla ipotesi (disciplinata dall'art. 29, par. 2 del Regolamento Dublino III) in cui il trasferimento non avvenga entro sei mesi e la responsabilità passi dallo Stato membro richiesto allo Stato membro richiedente. Infatti, ai sensi del nuovo art. 9, par. 2 del regolamento di attuazione, lo Stato membro richiedente può scongiurare la possibilità che il suo ritardo nel trasferimento si traduca nell'obbligo di assunzione della responsabilità per l'esame della domanda *de qua* meramente comunicando tale ritardo allo Stato richiesto, prima della scadenza del termine dei sei mesi. Il sistema consente ancora, dunque, non solo *de facto* ma anche *de jure*, a uno Stato membro di paralizzare l'esame di una richiesta meramente non effettuando il trasferimento e non assumendo la responsabilità per l'esame della stessa.

²¹³ Ivi, art. 27.

ricorso, gli Stati membri sono tenuti a prevedere nel diritto nazionale l'effetto sospensivo dello stesso²¹⁴. Nulla, nella lettera della norma, esclude che il ricorso riguardi l'applicazione dei criteri di allocazione delle domande di protezione internazionale, al contrario la norma in commento precisa che il ricorso ben può riguardare un elemento di diritto della decisione di trasferimento²¹⁵.

Dunque, ancor più di prima, nel prossimo futuro, il rispetto di un genuino "human rights approach" alle questioni inerenti il trattamento delle persone bisognose di protezione internazionale nello spazio europeo dipenderà dalla costante supervisione delle Corti europee²¹⁶.

²¹⁴ Ivi, par. 3.

²¹⁵ Viceversa, nell'interpretazione offerta dalla CGUE nella sentenza *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt* del diritto di ricorso del ricorrente, si esclude che esso possa riguardare qualsivoglia dei criteri di cui al capo III del Regolamento e quindi anche quelli posti a salvaguardia dell'unità familiare, con un atteggiamento di timido attendismo che stride con l'attitudine creativa e nomofilattica da sempre rivendicata dalla Corte di Lussemburgo.

²¹⁶ A seguito della riforma degli strumenti giuridici in materia di asilo in dotazione dell'Unione europea, il commissario europeo Cecilia Malmström ha dichiarato: «*The EU will have a common European asylum system [2] by the fall of 2015! We are now putting years of hard negotiations behind us after today's positive vote by the European Parliament on the Asylum Package – the framework legislation that will give the EU a common system for asylum. [...] The next step is to make sure that all Member States will implement these rules. [...] Only when this system is implemented throughout the EU, we can truthfully say that we have a common asylum system that is characterised by dignity and legal certainty*». V. MALMSTRÖM, *A Common European Asylum System is Here*, cit.

CONCLUSIONI

*Immigrati morti in mare,
da quelle barche
che invece di essere una via di speranza
sono state una via di morte...
Il pensiero vi è tornato continuamente,
come una spina nel cuore che porta sofferenza...
[...] Oggi nessuno si sente responsabile.
Ritorna la figura dell'Innominato di Manzoni.
La globalizzazione dell'indifferenza
ci rende tutti "innominati",
responsabili senza nome e senza volto...*

Papa Francesco,
Lampedusa, 8 luglio 2013

Dall'analisi del contenuto e della portata delle norme di diritto internazionale che vietano il *refoulement* emerge l'ampiezza delle dinamiche evolutive che ne hanno caratterizzato lo sviluppo. Emergono, altresì, i rischi insiti in un'eccessiva semplificazione analitica del dato giuridico, che sfoci nella riconduzione all'interno della nozione di "principio" di *non-refoulement* di una pluralità di norme, diverse per struttura e operanti in contesti giuridici distinti.

Tale formulazione onnicomprensiva, cui pur si attribuisce il merito di mettere in luce le sovrapposizioni e le interconnessioni esistenti tra i diversi regimi in cui rileva il divieto di *refoulement*, può condurre a un'assimilazione della funzione cui esso presiede nel diritto dei rifugiati con quella cui il divieto assolve nell'ambito dei diritti umani, nonché nel diritto umanitario e nella cooperazione giudiziaria in materia penale. Siffatta assimilazione può, a sua volta, indurre l'interprete in errore circa l'estensione e i limiti della protezione da riconoscere nel caso di specie.

Invero, la ricostruzione di un principio consuetudinario di *non-refoulement*, in assenza di un'interpretazione condivisa dei criteri di eleggibilità alla protezione, come la "persecuzione" o il "trattamento degradante", rischia di andare a detrimento dei potenziali beneficiari, finendo per lasciare, alle autorità nazionali competenti a esaminare le domande di asilo, un ampio margine di

discrezionalità nel “riempire” di contenuto tali nozioni e nel sostenere che la propria interpretazione della norma sia quella più “ortodossa”.

Com'è emerso dall'analisi svolta nel presente lavoro, inoltre, tale logica può alimentare l'idea che il contenuto e la portata del *non-refoulement* siano, allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale, indeterminati e che l'aulico richiamo al rispetto del “principio” da parte degli Stati, più che una manifestazione dell'*opinio juris* internazionale, sia in realtà strumentale a legittimare l'adozione di politiche restrittive in materia di immigrazione e asilo.

In opposizione a questa tendenza, e al conseguente *revival* delle tesi che vedono nel *non-refoulement* null'altro che un “*wishful legal thinking*”, nel presente lavoro abbiamo analizzato separatamente gli sviluppi della norma *de qua* nel diritto dei rifugiati e negli altri ambiti in cui rileva, *in primis* in quello dei diritti umani, evidenziando i tratti caratterizzanti di tali *trend* evolutivi.

In relazione alla norma accolta nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, *conditio sine qua non* dell'accesso alle procedure nazionali di esame delle domande di asilo, si è detto che essa ha rappresentato per lungo tempo il principale baluardo a difesa del diritto del rifugiato ad essere libero dalla persecuzione e a vedersi riconoscere uno *status* di protezione nel territorio degli Stati parti del trattato. Tale norma ha svolto una funzione preliminare rispetto all'attuazione delle disposizioni di contenuto sostanziale sul trattamento dei rifugiati, nonché di quelle sull'accoglienza, ragion per cui è stata sistematicamente riprodotta negli strumenti di protezione dei rifugiati successivamente adottati a livello regionale.

In tali strumenti, il divieto di *refoulement* è stato esteso a nuove ipotesi di *displacement*, tra cui quella di afflusso in massa di profughi. L'estensione per analogia della portata del divieto, ben oltre l'originario *limes*, ha riguardato anche la prassi dell'Alto Commissariato per i rifugiati, che ha altresì sostenuto la natura consuetudinaria e inderogabile del “principio” di *non-refoulement*.

Invero, sebbene vi sia ancora una parte, tanto autorevole quanto minoritaria, della dottrina che nega l'esistenza di una norma sul *non-refoulement* che trascenda l'obbligo pattizio contenuto nella Convenzione di Ginevra, al momento in cui si scrive, la formazione di una norma consuetudinaria che vieta il *refoulement* in presenza di una minaccia qualificata all'integrità fisica e psichica dello straniero appare difficilmente confutabile. Anche il *Rapporteur* speciale delle Nazioni Unite in materia di espulsione degli stranieri ha riconosciuto la natura generale dell'obbligo, sostenendo che «[t]he arguments

drawn from universal instruments and convergent regional rights offer a sufficient basis for codifying this rule in the context of the law on the expulsion of aliens».

Quanto alla possibilità di derivare un contenuto tutelare positivo dalla norma che vieta il *refoulement*, è stato autorevolmente sostenuto che, in ossequio allo scopo umanitario della Convenzione del 1951, le disposizioni in essa contenute debbano essere estese ai beneficiari della protezione contro il respingimento, per così dire “extraconvenzionali”, in modo da equipararne la condizione giuridica a quella dei rifugiati.

Pur promettente in un’ottica di sviluppo progressivo del diritto internazionale, tale posizione non ha incontrato il favore degli Stati e, peraltro, non trova riscontro nella sistematica della Convenzione di Ginevra. Si fonda, invero, su un’argomentazione giuridica la cui debolezza è stata ben evidenziata in dottrina. Difatti, l’evoluzione della norma che vieta il *refoulement* nell’alveo del diritto dei rifugiati non è andata di pari passo con lo sviluppo di uno specifico statuto giuridico di protezione degli stranieri che non possono essere allontanati perché a rischio, ma che nondimeno non rientrano nei criteri elettivi per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, enunciati dalla Convenzione di Ginevra. Né tale vuoto normativo può essere “riempito” prendendo a prestito il regime giuridico derivante dal riconoscimento dello *status* di rifugiato in base alla Convenzione del 1951; ossia “facendo dire” a tale trattato ciò che esso non dice e deducendo dall’obbligo di leale collaborazione degli Stati parti con l’Alto Commissariato per i rifugiati e dal principio di interpretazione del trattato in buona fede, obblighi giuridici non sottoscritti dalle parti contraenti.

Più pregnante, per lo meno *de lege ferenda*, appare a nostro avviso la tesi per cui la previsione di uno *standard* differenziato (ovvero meno garantista) di trattamento degli stranieri cui non può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato e che, al contempo, non possono essere “*refoulés*”, possa configurare una violazione del principio di non discriminazione. Difatti, in anni recenti, si sta assistendo alla graduale compressione delle ipotesi in cui il diritto internazionale reputa legittima, ovvero ragionevole e proporzionata, la distinzione tra cittadini e non cittadini in relazione all’applicazione dei diritti umani fondamentali e, *a fortiori*, tra diverse categorie di stranieri. Esempio, a riguardo, è la prassi della Corte interamericana dei diritti dell’uomo in relazione al trattamento dei migranti irregolari.

Al contrario, meno fondata e utile, in un’ottica di avanzamento della protezione degli stranieri contro il *refoulement*, appare la ricostruzione dell’obbligo in termini di *jus cogens*, così come non sembra potersi dedurre, dal

trend verso lo svuotamento delle eccezioni contenute al paragrafo 2 dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, la formazione di una *consuetudo superveniens* che liberi la protezione contro il *refoulement* a rischio "persecuzione" dai limiti che essa presenta negli strumenti pattizi che si occupano dei rifugiati, tenendo anche conto del moltiplicarsi, nella prassi degli Stati, di strategie volte ad "aggirare" o a depotenziare l'obbligo.

A ciò occorre aggiungere che il divieto di respingimento a rischio persecuzione è divenuto gradualmente una coperta sempre più corta, non in grado di garantire una protezione effettiva in numerose ipotesi di *displacement* che costituiscono un problema "di natura internazionale" nell'attuale contesto storico. La formulazione accolta nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, collegando la protezione contro l'allontanamento a una minaccia qualificata in base a determinanti specifiche, riflette una visione della protezione internazionale ancorata a esigenze storiche largamente differenti da quelle che caratterizzano le attuali dinamiche dei movimenti forzati di popolazione. Si pensi ai c.d. "*climate refugees*", ossia a coloro che sono costretti ad abbandonare le proprie case e il proprio Paese per sopravvivere, ad esempio, a disastri naturali o indotti dall'attività umana, situazione rispetto alla quale è stata da più parti invocata, in una prospettiva *de lege ferenda*, l'applicazione del divieto di respingimento, ma in cui la "minaccia" non può essere ricondotta a nessuna delle qualificanti elencate nell'articolo 33.

Non crediamo, in ultima analisi, che un avanzamento della protezione contro il *refoulement*, nell'accezione appena descritta, possa essere ottenuto con il solo ausilio dell'interpretazione analogica, né ci appare praticabile l'ipotesi, di recente al vaglio dell'Alto Commissariato, di riformare il sistema di Ginevra attraverso l'adozione di un nuovo protocollo addizionale che si occupi dei c.d. "*conflict refugees*" e riconosca una forma di protezione "temporanea" ai profughi in fuga da guerre civili. Tale nuovo protocollo, quand'anche entrasse in vigore, sarebbe integrativo di un trattato che riflette una visione obsoleta del problema del rifugio.

Molto più estese ci sembrano le potenzialità di sviluppo del divieto di *refoulement* come forma di protezione "*par ricochet*" dei diritti umani. Nell'ambito della c.d. protezione "complementare", il divieto di respingimento è stato liberato da molti dei *constraints* che ne caratterizzano la formulazione nel diritto dei rifugiati, divenendo un fondamentale strumento di tutela indiretta principalmente, ma non solo, del diritto a non subire tortura o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Giova sottolineare che la tutela contro il *refoulement* a rischio “tortura” e “maltrattamenti” è stata sovente associata a quella del supremo valore della dignità umana, che rientra nel novero di quei diritti definiti dalla moderna giuspubblicistica come “diritti aperti”, il cui contenuto risulta dal costante adattamento della regola alle dinamiche sociali che caratterizzano l’evoluzione del bene giuridico in essa tutelato, sicché un’interpretazione giurisprudenziale che tenda a preservarne l’effetto utile non può che incorporare nel diritto stesso l’avanzamento normativo necessario a garantirne l’effettività nel mutato contesto storico-sociale.

La portata della norma è stata, quindi, adattata al mutare delle esigenze di tutela in relazione al modificarsi delle problematiche di *displacement*. Ciò è stato reso possibile dall’azione nomofilattica degli organi di controllo di talune convenzioni sui diritti umani, che hanno contribuito, con le specificità legate al differente bagaglio giurisprudenziale, a imprimere una sostanziale accelerazione alla dinamica evolutiva della norma.

Un apporto non meno rilevante al consolidamento di siffatti sviluppi ermeneutici è stato offerto dalla partecipazione al controllo e alla formazione normativa di attori non statali, portatori di istanze di avanzamento della protezione, all’interno dei *fora* all’uopo creati nell’ambito dei sistemi internazionali di protezione dei diritti umani.

Da ultimo, al fine di elevare il grado di effettività della tutela dei diritti garantiti in fattispecie in cui il *jurisdictional link* con il territorio dello Stato appare marginale, la prassi analizzata al riguardo ha esteso il divieto di respingimento al contesto delle operazioni di interdizione dell’immigrazione irregolare in acque internazionali.

Tali sviluppi hanno fatto da volano per la formazione di una norma consuetudinaria che vieta, in termini assoluti e senza possibilità di contemperamento con i pur legittimi interessi statali, il respingimento a rischio “tortura o maltrattamenti”. Come si è sottolineato diffusamente nel presente lavoro, la natura umanitaria del divieto di respingimento, e soprattutto lo stretto rapporto in cui esso viene a trovarsi con il divieto assoluto e inderogabile di tortura e maltrattamenti, hanno favorito siffatto sviluppo normativo.

Allo stato attuale dell’evoluzione dell’ordinamento internazionale, pochi dubbi possono essere sollevati sul fatto che tale norma sia diffusamente accettata e riconosciuta come corrispondente al diritto internazionale generale. Peraltro, proprio in virtù della funzione ancillare del *non-refoulement* rispetto al divieto di tortura, in quanto preposto ad assicurare l’integrale applicazione di

una norma che rappresenta il *noyau dur* del c.d. ordine pubblico internazionale, parte della dottrina ha configurato tale divieto come cogente e ha ricondotto le conseguenze giuridiche della sua violazione al regime della responsabilità “aggravata” degli Stati.

Ora, senza tornare sulla questione più pacifica dell’estendibilità *per relationem* del valore imperativo del divieto di tortura alla norma che vieta il *refoulement*, ci preme ribadire che gli sforzi di tale dottrina intesi a ricostruire in termini di *jus cogens* il divieto di respingimento nell’accezione sopra indicata non ci appaiono di immediato impatto, ad esclusione di alcune ipotesi per così dire “di nicchia”, di cui pure si è dato conto nei capitoli che precedono, che riguardano la soluzione di conflitti normativi.

Si è anche accennato all’esistenza di una prassi, invero assai scarsa, in cui il valore imperativo del divieto di *refoulement* ha inciso in maniera determinante nel processo di formazione normativa di livello costituzionale. Nondimeno si è sottolineato come la natura consuetudinaria del divieto di respingimento possa rappresentare un altrettanto solido limite materiale all’adozione di norme interne in contrasto con il divieto stesso, soprattutto negli ordinamenti giuridici in cui è previsto l’adattamento automatico al diritto internazionale generale.

Inoltre, come si è cercato di chiarire nel corso del presente lavoro, il richiamo al valore imperativo del *non-refoulement* non consente un avanzamento della protezione individuale sul piano delle conseguenze giuridiche dell’illecito internazionale. Più in generale, gli strumenti tradizionali, forniti dal regime della responsabilità internazionale degli Stati, quand’anche venissero in uso in funzione complementare rispetto al regime di protezione internazionale dei rifugiati, non sarebbero idonei a garantire una via di ricorso alle vittime, né a sanzionare i Paesi “produttori” di rifugiati e sfollati. Diverso è, naturalmente, il caso dei sistemi pattizi di protezione dei diritti umani, nell’ambito dei quali gli Stati parti assumono obblighi solidali, il cui rispetto è assicurato da meccanismi di controllo all’uopo previsti, che approntano una tutela diretta e tangibile all’individuo allontanato o in via di allontanamento.

Come già sottolineato, quindi, più che indugiare nella ricostruzione di un evanescente principio di *non-refoulement* in una gerarchia di norme sui diritti umani, occorre semmai consolidare gli sviluppi del divieto di respingimento a rischio tortura e maltrattamenti nel diritto internazionale generale. Tale soluzione ci sembra l’unica in grado di preservare l’effettività e il corretto funzionamento della norma *de qua* nell’alveo dei diritti umani, nonché di spiegarne le interconnessioni con le altre norme sul non respingimento,

operanti nei diversi contesti normativi in cui sono previste forme di tutela internazionale contro l'allontanamento coatto degli stranieri.

Quest'ultima operazione risulta fondamentale nell'attuale fase storica, anche per fronteggiare un apparente paradosso, consistente nel fatto che, al di là della natura consuetudinaria della regola di *non facere*, i "contorni" di tale norma restano indefiniti. In altri termini, non è possibile ricavare in modo preciso dalla norma di carattere generale il contenuto e la portata degli obblighi *di facere* a carico delle autorità statali. Tali obblighi variano da un ordinamento giuridico all'altro e da un sistema internazionale di protezione dei diritti umani all'altro, così come i rimedi giurisdizionali statali e le modalità di ricorso individuale dinanzi ai *monitoring treaty bodies* dei trattati sui diritti umani. Si tratta, naturalmente, di un paradosso apparente, dal momento che quella di dettagliare gli obblighi positivi derivanti in capo agli Stati da norme di carattere più generale è una caratteristica precipua degli strumenti internazionali specializzati nella tutela dei diritti umani. In tali strumenti, o nella prassi dei rispettivi organi di controllo, gli Stati parti sono chiamati ad agire secondo *due diligence* nell'adottare e nel far applicare le misure necessarie alla prevenzione e alla repressione delle violazioni dei diritti umani ivi sanciti.

In questa dinamica di sviluppo normativo è, nondimeno, insito un rischio di frammentazione. In relazione alla norma che vieta il respingimento, ciò potrebbe accentuare la divaricazione tra le istanze internazionali che la considerano alla stregua di un "contenitore" di soluzioni normative all'interno del quale "pescare" lo *standard* di tutela che meglio si attaglia al caso di specie e la prassi statale. Siffatta divaricazione emerge, ad esempio, con particolare pregnanza in relazione alla situazione dei richiedenti protezione internazionale, ai quali, peraltro, lo stesso diritto di accesso effettivo alla protezione internazionale, logico corollario del *non-refoulement*, viene di fatto garantito in maniera diversa e discontinua nei diversi contesti geografici e in relazione alle diverse situazioni storiche in cui la protezione si colloca. Tali rilievi possono essere estesi alla questione del trattamento degli stranieri che sono meramente beneficiari del *non-refoulement*, durante il periodo di permanenza nel territorio dello Stato ospitante. Come si è detto, infatti, spesso a tale categoria di stranieri è al più concesso lo *status* di persona "legalmente presente" sul territorio, se non addirittura una mera "presenza tollerata".

In opposizione a questa tendenza, si sta assistendo, in anni recenti, agli sforzi di quegli organismi internazionali e di quegli *stakeholders* che, muovendo da una visione moderna della condizione dello straniero, "spingono" alla

rimozione delle disparità di trattamento, in termini di accesso ai diritti sociali ed economici di base, almeno nei confronti dei richiedenti protezione internazionale, che sempre più spesso sono stranieri in fuga da guerre e da violazioni gravi dei propri diritti fondamentali, entrati in modo irregolare nel territorio dello Stato ospitante.

Nello spazio giuridico europeo, a partire dalle direttive comunitarie sull'asilo della prima metà degli anni Duemila, e con maggiore evidenza in seguito alla recente rifusione delle stesse, tali sforzi hanno trovato un "appiglio", perlomeno *de jure*, nella previsione di disposizioni generali volte al riavvicinamento delle normative nazionali sulle condizioni di accoglienza, cui lo straniero ha diritto dal momento stesso in cui manifesta la volontà di presentare una istanza di protezione internazionale.

Tuttavia, come si è rilevato nell'analisi svolta nel presente scritto, siffatte "disposizioni generali", oltre a presentare limiti ed eccezioni, volti a restringere la portata degli obblighi positivi in capo agli Stati, lasciano a questi ultimi un'ampia discrezionalità nel determinare, in concreto, il contenuto della protezione. Non stupisce, quindi, che non siano state sufficienti, di fatto, a porre un argine al proliferare di macroscopiche disparità di trattamento, nei diversi Stati membri dell'Unione, dei non cittadini che non possano essere allontanati verso il Paese di origine o un Paese terzo sicuro. Una più uniforme attuazione delle disposizioni sulle condizioni di accoglienza potrebbe essere favorita da un'armonizzazione degli obblighi positivi che dal *non-refoulement* discendono in capo agli Stati, nonché dal riconoscimento della titolarità di una precisa sfera di diritti, anche economici e sociali, ai beneficiari del divieto di allontanamento.

In tal senso, il sistema multilivello di protezione dei diritti umani in Europa potrebbe fungere da "laboratorio" per lo sviluppo di un nuovo *status* di protezione, residuale rispetto allo *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria. Invero, in questo sistema, il divieto di respingimento è configurato in modo da operare tanto all'interno del regime giuridico posto a tutela dei rifugiati e delle persone "altrimenti bisognose di protezione internazionale" - e quindi in un momento successivo al riconoscimento di una di queste forme di protezione internazionale - tanto in modo autonomo, a garanzia della conformità del diritto dell'Unione agli obblighi internazionali in materia di non respingimento, incombenti sugli Stati membri.

In una prospettiva *de jure condendo*, a questa disposizione di chiusura potrebbe "agganciarsi" un nuovo *status* di protezione, il cui sviluppo sarebbe giustificato dalla riconduzione all'interno della nozione di "trattamento

degradante” della condizione (spesso di indigenza, di abbandono o di privazione della libertà personale) in cui versano gli stranieri che non possono essere allontanati in base al *non-refoulement*, ma che non godono di alcuna forma di protezione internazionale. E, invero, seppur tra slanci e ritirate, i recenti sviluppi del diritto “vivente” elaborato dalla giurisprudenza delle due Corti europee non escludono siffatto scenario.

In ultima analisi, è ancora una volta dall’azione “creativa” di queste Corti, le più aperte alle suggestioni provenienti dall’evoluzione socio-giuridica dei diritti umani, che può auspicarsi un contributo efficace alla definizione di una sfera di posizioni giuridiche di cui siano titolari gli stranieri protetti dalle norme che vietano il respingimento, a partire da quel processo di osmosi e contaminazione giurisprudenziale, di cui si è dato conto in questo studio e che ha ispirato altresì i lavori, in materia di espulsione degli stranieri, della Commissione del diritto internazionale.

GLOSSARIO

Rifugiato.

Il rifugiato è colui che è costretto a lasciare il proprio paese a causa di persecuzione per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le opinioni politiche. La posizione giuridica del rifugiato è regolamentata all'articolo 1 A, par. 2 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951, come novellata dal Protocollo di New York del 1967, che riconosce a questa categoria di individui un regime giuridico di protezione molto avanzato. La Convenzione e il Protocollo sono strumenti pattizi, cui non aderiscono tutti gli Stati della comunità internazionale. La protezione di coloro che, pur rispettando i requisiti previsti da siffatti strumenti pattizi, si trovano in uno Stato che non li ha ratificati è garantita dall'Alto Commissariato per i rifugiati, che li riconosce come rifugiati statutari (*mandate refugees*) sulla base del proprio Statuto e delle rilevanti risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Tutti gli Stati della comunità internazionale sono tenuti a cooperare lealmente con l'Alto Commissariato, in quanto organo sussidiario dell'Assemblea Generale. La definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra si riferisce solo a individui che temono di essere perseguitati. A livello regionale sono state previste definizioni di rifugiato che includono gli spostamenti di massa che si verificano in conseguenza di conflitti o altri eventi esterni (v. Convenzione africana e Dichiarazione di Cartagena). Un'altra estensione della definizione di rifugiato è stata ottenuta in via interpretativa attraverso un'interpretazione estensiva delle qualificanti del rischio persecutorio, al fine di ampliare la tutela, ad esempio, alle persecuzioni di genere, e di proteggere specifici gruppi considerati particolarmente vulnerabili, come i minori non accompagnati o le donne rifugiate o coloro che si trovano in una "*refugee-like situation*".

Apolide.

Ai sensi della Convenzione di New York del 1954, l'apolide è colui che nessuno Stato considera come suo cittadino. La posizione giuridica dell'apolide è ugualmente considerata e tutelata dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dal Protocollo di New York del 1967.

Richiedente asilo.

Il richiedente asilo è colui che fugge dal proprio paese a causa di un rischio di persecuzione individuale, di aggressione o a causa di un rischio generalizzato, derivante da situazioni di conflitto o di violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani e inoltre, in un altro Stato, una domanda di asilo per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione complementare. Il richiedente asilo rimane tale sino al momento della decisione in merito alla sua domanda di protezione internazionale, che può dare luogo al riconoscimento della

protezione o al rigetto dell'istanza. Ne consegue che un rifugiato è sempre inizialmente un richiedente asilo, ma un richiedente asilo può anche non essere un rifugiato, bensì un migrante economico la cui richiesta di protezione è infondata. La posizione giuridica dei richiedenti asilo non è presa in considerazione dalla Convenzione di Ginevra del 1951. Essa si trova regolata in diversi strumenti dell'Alto Commissariato per i rifugiati, che ha garantito la protezione dei richiedenti asilo attraverso la norma che vieta il *refoulement*, accolta all'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra (v., ad es., UNHCR, 2009 Global Trends, p. 23). La posizione giuridica dei richiedenti asilo è tutelata anche nel diritto derivato dell'Unione europea, che riconosce ai richiedenti asilo, che non possano essere deportati nel paese di origine senza incorrere nella violazione del divieto di *refoulement*, la c.d. "protezione sussidiaria". In particolare, l'articolo 2, lett. (c), della Direttiva 2003/9/CE (GUCE L 31/18, 6.2.2003), definisce il "richiedente" o "richiedente asilo" come: «qualsiasi cittadino di un paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di asilo in merito alla quale non sia ancora stata presa una decisione definitiva». La direttiva sull'accoglienza è stata recentemente rifiuta nella Direttiva 2013/33/UE (GUUE L 180/96, 29.6.2013), che all'articolo 2, lett (b) definisce come richiedente: «il cittadino di un paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di protezione internazionale sulla quale non è stata ancora adottata una decisione definitiva».

Rifugiato de facto o persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale.

Un rifugiato *de facto* (o persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale) è un individuo che non può vedersi riconoscere lo *status* di rifugiato, per carenza di uno dei requisiti connessi a tale *status* ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, ma che non può o non vuole fare ritorno nel paese di origine per motivi politici, razziali, religiosi, o per altri validi motivi esterni. In quest'ultimo caso, si parla di "profughi" o *displaced persons* o *personnes déplacées*, locuzioni che indicano quei soggetti che condividono con i rifugiati tradizionali due caratteristiche - la costrizione alla fuga dallo Stato di origine e la privazione della protezione del proprio Stato - ma che non rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951, dal momento che la fuga dallo Stato di origine non è determinata dal timore di persecuzione "*for reasons of race, nationality, membership of a particular social group or political opinion*", ma da conflitti internazionali, guerre civili, occupazione straniera, violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani, gravi turbamenti dell'ordine pubblico. In ambito regionale, i rifugiati *de facto* sono tutelati attraverso il regime della c.d. "protezione complementare" in seno al Consiglio d'Europa, all'Unione africana e all'Organizzazione degli Stati americani. Questa forma di protezione internazionale, alternativa al riconoscimento dello *status* di rifugiato, trae il proprio fondamento giuridico dalla norma internazionale che vieta il *refoulement*, così come interpretata dagli organi di controllo dei trattati internazionali in materia di diritti umani (v. *Recommendation 773 (1976) on the Situation of de Facto Refugees*, adottata dall'Assemblea

parlamentare del Consiglio d'Europa il 26 gennaio 1976 e il *Report of the Committee on Population and Refugees*, Doc. 3642). Nell'Unione europea, la protezione complementare è stata introdotta con la dizione di "protezione sussidiaria" nella Direttiva 2004/83/CE (GUCE L 304/12, 30.9.2004), ai sensi della quale essa spetta a ciascun cittadino di paese terzo o apolide la cui condizione, pur non rispondendo ai requisiti per l'attribuzione dello *status* di rifugiato (disciplinato come *status* riconosciuto a chi fugge da una persecuzione), è tale da far fondatamente ritenere che, qualora egli venga respinto verso il paese di origine, corra un rischio effettivo di subire un "danno grave" (articolo 2), definito come situazione che può derivare da: a. una condanna a morte o l'esecuzione di una pena capitale; b. tortura e trattamenti inumani e degradanti; c. minaccia grave e individuale alla vita o all'incolumità della persona derivante da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno/internazionale (art. 15). La direttiva sulle qualifiche è stata recentemente rivista nella Direttiva 2011/95/UE (GUUE, L 337, 20.12.2011), nella quale la protezione sussidiaria è definita all'articolo 2, lett. (f).

Rifugiati prima facie.

I rifugiati *prima facie* o sfollati sono coloro che fuggono a causa di eventi esterni, nell'ambito di un "esodo di massa", che si traduce in un "afflusso massiccio" di sfollati nel Paese di destinazione. Nelle fughe di massa, sarebbe impossibile esaminare singolarmente ciascuna domanda d'asilo e d'altra parte è palese la situazione di rischio indipendentemente da un'individuazione individuale. Alle persone che arrivano con questa modalità viene riconosciuta, a livello regionale, una forma di protezione immediata e temporanea per ragioni umanitarie. Nel diritto dell'Unione europea, l'articolo 78, par. 3 del TFUE (GUUE C 115/47, 9.5.2008), stabilisce che: «[q]ualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo». Si vedano anche gli articoli 1 e 5 della Direttiva 2001/55/CE (GUCE L 212/12, 7.8.2001).

Sfollati interni.

Gli sfollati interni ("*Internally Displaced Persons - IDPs*") sono persone o gruppi di individui costretti a lasciare le loro case o luoghi di residenza abituale, a causa di situazioni di violenza generalizzata, violazioni dei diritti umani o naturali, o di conflitti armati, e che non hanno attraversato un confine internazionale riconosciuto, non integrando, quindi, il requisito della transnazionalità della migrazione, necessario per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 (v. *Colombian-Peruvian Asylum Case*, sentenza del 20 novembre, 1950, in *ICJ Reports*, 1950, p. 266 ss., a p. 274; UNHCR, 1998 *Guiding Principles on Internal Displacement*, par. 2). Gli sfollati interni non sono protetti dal diritto internazionale

consuetudinario o pattizio, tuttavia è loro riconosciuta una forma di protezione attraverso l'azione dell'Alto Commissariato per i rifugiati, che ha esteso il proprio mandato alla protezione di questa categoria di persone sulla base di risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (c.d. "*persons of concern to UNHCR*").

Vittime di tratta.

La tratta di esseri umani, definita nell'art. 3 del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, è «*il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento*». È, dunque, una forma di sfruttamento che comprende «*come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi*» (art. 4 della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'azione contro la tratta di esseri umani, adottata il 16 maggio 2005). Il Comitato dei diritti umani ritiene che la tratta di esseri umani sia una violazione degli artt. 3 (uguaglianza di genere), 8 (lavoro forzato), e 24 (diritti dei bambini) del Patto ONU sui diritti civili e politici del 1966 (v. UN Doc. CCPR/CO/83/GRC, 25 aprile 2005, par. 10). Il Comitato contro la tortura ha dichiarato che la tratta di esseri umani per lo scopo di sfruttamento sessuale o lavorativo ricade tra le pratiche proibite dall'art. 16 (trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti) della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti (UN Doc. CAT/C/ESP/CO/5, 9 dicembre 2009, par. 28). Alle vittime della tratta di esseri umani non è riconosciuto *tout court* lo status di rifugiato. Tuttavia, in alcuni casi, il fondato timore di essere sottoposti a tratta, per la prima volta o nuovamente, in seguito alla deportazione nel Paese di origine, può consentire il riconoscimento dello status, se il timore è collegato a una delle cause qualificanti il rischio persecutorio ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951. Inoltre, anche qualora la sussunzione dello specifico caso di tratta in una delle ipotesi previste dalla Convenzione per il riconoscimento dello status di rifugiato non sia possibile, le potenziali vittime possono comunque essere protette contro l'espulsione in virtù dell'obbligo di *non-refoulement*.

Migrante.

Il migrante è colui che si sposta da un paese a un altro, avendo una buona motivazione per migrare. Il migrante economico è il migrante che lascia il proprio paese d'origine in cerca di migliori condizioni di vita. Il "clandestino", migrante illegale o irregolare è il migrante che si trova nel territorio dello Stato in cui ha deciso di emigrare senza essere in possesso di regolare

visto o permesso di soggiorno. A questa categoria di stranieri il diritto internazionale non riconosce alcuna forma di protezione contro il rischio di espulsione o di respingimento alla frontiera, giacché la decisione di migrare è ritenuta volontaria e non forzata e si vuole evitare che i migranti usino il canale dell'asilo per raggiungere un miglioramento delle proprie condizioni economiche. Inoltre, come già si è detto, in base al diritto consuetudinario, le politiche migratorie rientrano nel dominio riservato degli Stati (v. ad es., nel diritto primario dell'Unione europea, l'articolo 79, par. 5 TFUE, in base al quale: «Il presente articolo non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo»). Nel caso dei clandestini, l'irregolarità dello *status* amministrativo di residenza può essere sanzionata attraverso l'irrogazione di una pena detentiva, di un'ammenda, o la deportazione verso il paese d'origine. Ciò detto, le migrazioni pongono svariati problemi nell'ottica della tutela di individui vulnerabili, che rischiano di non vedersi riconoscere la protezione di alcuno Stato.

(i) Un primo problema si pone in relazione alla ipotesi in cui un migrante integri i requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale in un momento successivo alla fuga dal paese d'origine. Un migrante irregolare può diventare rifugiato dopo aver lasciato il paese d'origine in seguito a un mutamento radicale delle circostanze in tale paese. È il caso dei rifugiati c.d. "*sur place*", ovvero individui che non possono essere più allontanati, per motivi individuali (come l'aver svolto, durante il soggiorno clandestino nel paese di rifugio, attività politiche contrarie al regime dittatoriale del paese d'origine) o esterni (in quanto nel paese di destinazione è in atto un colpo di stato o un conflitto o vengono perpetrate violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani). I rifugiati "*sur place*" godono della protezione contro il *refoulement*.

(ii) Un secondo problema si pone rispetto all'esigenza di contemperare le esigenze statali di controllo e contrasto all'immigrazione irregolare con la protezione dei rifugiati e delle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, che non viene meno in ragione dell'irregolarità dello *status* amministrativo (v. Convenzione di Ginevra, art. 31, par. 1). Si pensi alla decisione di respingimento alla frontiera di gruppi di migranti, nell'ambito di "flussi migratori misti", in cui alcuni componenti sono rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra o rifugiati *de facto* ai sensi degli strumenti sulla protezione sussidiaria e complementare. Questi migranti vengono a trovarsi in una situazione di "peculiare vulnerabilità" in conseguenza di eventi che occorrono nella fase di transito dal paese di origine a quello di destinazione. Per tale ragione sono definiti come "*stranded migrants*", ovvero: «*those who leave their own country [...] and become destitute and/ or in some cases vulnerable to human rights abuses in the course of their journey. With some possible exceptions, they are unable or unwilling to return to their country of origin, are unable to regularize their status in the country where they are [...] and do not have access to legal migration opportunities that would enable them to move on to another state*» (UNHCR, *Trapped in*

Transit: The Plight and Human Rights of Stranded Migrants, Working Paper No. 156, Geneva, 2007, p. 4). Le autorità competenti del paese di destinazione, nel condurre le operazioni di interdizione dell'immigrazione irregolare, non possono respingere questi migranti senza consentire loro l'accesso alle procedure di riconoscimento dello *status* o della protezione sussidiaria (Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, par. 206). Allo stesso modo, un individuo che tenti di raggiungere uno Stato di rifugio per inoltrare una richiesta di asilo, imbarcandosi su un naviglio mercantile senza il permesso delle autorità dello Stato di bandiera - ovvero uno "*stowaway asylum seeker*" - è protetto dall'obbligo di *non-refoulement*. Gli ufficiali presenti a bordo non possono in ogni caso consegnarlo alle autorità del successivo porto di scalo, qualora in tale luogo la vita e la libertà del richiedente asilo possano essere minacciate a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza a un gruppo sociale o opinione politica (v. UNHCR, *Note on Stowaway Asylum-Seekers*, EC/SCP/51, 22 July 1988, par. 1).

(iii) Un terzo problema è quello di stabilire in modo oggettivo cosa debba intendersi per migrazione "volontaria" e per migrazione "forzata". Infatti, se è vero che i rifugiati e richiedenti asilo fuggono da una persecuzione, è pur vero che spesso coloro che vengono definiti come "migranti economici" non fuggono semplicemente per migliorare le proprie condizioni di vita, bensì per sopravvivere (c.d. *survival migrants*). Si pone, in altri termini, il problema di qualificare coloro che fuggono da un estremo stato di indigenza e di povertà (v. *The Right to Food - Note by the Secretary General*, UN Doc. A/62/289, 22 agosto 2007, p. 20). Quando poi la lesione grave dei diritti economici e sociali di un individuo nel paese d'origine è conseguenza di catastrofi naturali non causate dall'uomo, si pone il problema della tutela dei c.d. "eco-profughi" o "rifugiati ambientali", un particolare sottogruppo dei quali, è costituito dai c.d. "rifugiati climatici", ovvero da coloro che sono costretti a lasciare il proprio paese in conseguenza di catastrofi naturali, carestie, siccità, generate dal cambiamento climatico. Infine, si noti che quand'anche un migrante presenti una domanda di asilo in modo abusivo, al solo fine di vedersela accogliere per restare nel paese di destinazione e avere l'opportunità di migliori condizioni di vita e lavoro, le competenti autorità di tale paese sarebbero tenute a istruire la procedura e a rispettare l'obbligo di *non-refoulement* nelle more dell'esame della domanda. L'obbligo di *non-refoulement*, infatti, è un limite di natura procedurale, che rappresenta la *conditio sine qua non* per l'accesso alle procedure nazionali di esame delle richieste di asilo. L'attivazione della garanzia da esso prescritta dipende meramente dall'esistenza di un rischio reale che lo straniero subisca un pregiudizio irreparabile alla propria incolumità psico-fisica in conseguenza dell'esecuzione della decisione di allontanamento. Quindi, tutela anche i migranti, nella misura in cui chiedano asilo o si trovino in condizioni oggettive di vulnerabilità tali per cui il loro respingimento sia inquadrabile nell'ambito di applicazione della norma (Corte EDU, *Hirsi et al. c. Italia*, parr. 125 e 155).

ELENCO DEI PRINCIPALI CASI CITATI

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Ahmadou Sadio Diallo (Repubblica di Guinea c. Repubblica Democratica del Congo), sent. 30 novembre 2010, ICJ Reports 2010, p. 639 ss.

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia c. Federazione Russa), sent. 1 aprile 2011, ICJ Reports 2011, p. 70 ss.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Repubblica Democratica del Congo c. Ruanda), sent. 3 febbraio 2006, ICJ Reports 2006, p. 6 ss.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda), sent. 19 dicembre 2005, ICJ Reports 2005, p. 168 ss.

Asylum Case (Colombia c. Perù), sent. 20 novembre 1950, ICJ Reports 1950, p. 266 ss.

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua c. Honduras), sent. 20 dicembre 1988, ICJ Reports 1988, p. 69 ss.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon c. Nigeria), sent. 11 giugno 1998, ICJ Reports 1998, p. 275 ss.

Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio), sent. 14 febbraio 2002, ICJ Reports 2002, p. 3 ss.

Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgio c. Spagna), sent. 5 febbraio 1970, ICJ Report 1970, p. 3 ss.

Fisheries Case (Regno Unito c. Norvegia), sent. 18 dicembre 1951, ICJ Reports 1951, p. 116 ss.

LaGrand Case (Germania c. Stati Uniti), sent. 27 giugno 2001, ICJ Reports 2001, p. 466 ss.

Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti), sent. 27 giugno 1986, ICJ Report 1986, p. 14 ss.

North Sea Continental Shelf Cases (Repubblica Federale di Germania c. Olanda/Danimarca), sent. 20 febbraio 1969, ICJ Reports 1969, p. 3 ss.

Notteböhmer Case (Liechtenstein c. Guatemala), sent. 6 aprile 1955, ICJ Reports 1955, p. 4 ss.

Jurisdictional Immunities of the State (Germania c. Italia), sent. 3 febbraio 2012, ICJ Reports 2012, p. 99 ss.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libia c. Regno Unito), ord. 14 aprile 1992, ICJ Reports 1992, p. 114 ss.

ELENCO DEI PRINCIPALI CASI CITATI

Questions Relating To The Obligation To Prosecute or Extradite (Belgio c. Senegal), sent. 20 luglio 2012, ICJ Reports 2012, p. 422 ss.

The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina c. Serbia e Montenegro), sent. 26 febbraio 2007, ICJ Reports 2007, p. 43 ss.

CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE

Panevezys-Saldutiskis Railway Case, Serie A/B, No. 76, sent. 28 febbraio 1939

The Case of the S.S. "Lotus", Serie A, No. 10, sent. 7 settembre 1927

CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Procuratore c. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, dec. 30 settembre 2008

TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER LA EX IUGOSLAVIA

Procuratore c. Anto Furundžija, IT-95-17/1-T, sent. 10 dicembre 1998

Procuratore c. Kupreskić et al., IT-95-16-T, sent. 14 gennaio 2000

Procuratore c. Limaj et al., IT-03-66-T, sent. 30 novembre 2005

GIURISPRUDENZA DEGLI ORGANI DI CONTROLLO DEI TRATTATI SUI DIRITTI UMANI

COMITATO DEI DIRITTI UMANI

A. R. J. c. Australia, n. 692/1996, dec. 28 luglio 1997, CCPR/C/60/D/692/1996

Alzery c. Svezia, n. 1416/2005, dec. 25 ottobre 2006, CCPR/C/88/D/1416/2005

Baboeram et al. c. Suriname, n. 146/1983 e 148-154/1983, dec. 4 aprile 1985, CCPR/C/24/D/154/1983

Celiberti de Casariego c. Uruguay, n. 56/1979, dec. 29 luglio 1981, CCPR/C/13/D/56/1979

Chitat Ng c. Canada, n. 469/1991, dec. 5 novembre 1993, CCPR/C/49/D/469/1991

Judge c. Canada, n. 829/1998, dec. 5 agosto 2003, CCPR/C/78/D/829/1998

Kindler c. Canada, n. 470/1991, dec. 30 luglio 1993, CCPR/C/48/D/470/1991

Kwok Yin Fong c. Australia, n. 1442/2005, dec. 23 ottobre 2009, CCPR/C/97/D/1442/2005

Lopez Burgos c. Uruguay, n. 52/1979, dec. 29 luglio 1981, CCPR/C/13/D/52/1979

Mansour Ahani c. Canada, n.1051/2002, dec. 29 marzo 2004, CCPR/C/80/D/1051/2002

Marais c. Madagascar, n. 49/1979, dec. 24 marzo 1983, CCPR/C/18/D/49/1979

Mrs G.T. c. Australia, n. 706/1996, dec. 4 novembre 1997, CCPR/C/61/D/706/1996

COMITATO CONTRO LA TORTURA

A.A.M. c. Svezia, n. 413/2010, dec. 23 maggio 2012, CAT/C/48/D/413/2010
A.F. c. Svezia, n. 89/1997, dec.8 maggio 1998, CAT/C/20/D/89/1997
A.S. c. Svezia, n. 149/1999, dec. 24 novembre 2000, CAT/C/25/D/149/1999
Abichou c. Germania, n. 430/2010, dec. 21 maggio 2013, CAT/C/50/D/430/2010
Aemei c. Svizzera, n. 34/1995, dec.9 maggio 1997, CAT/C/18/D/34/1995
Agiza c. Svezia, n. 233/2003, dec. 20 maggio 2005, CAT/C/34/D/233/2003
Attia c. Svezia, n. 199/2002, dec. 17 novembre 2003, CAT/C/31/D/199/2002
Ayas c. Svezia, n. 97/1997, 1 dec. 2 novembre 1998, CAT/C/21/D/97/1997
Dadar c. Canada, n. 258/2004, dec. 23 novembre 2005, CAT/C/35/D/258/2004
Elmi c. Australia, n. 120/1998, dec. 14 maggio 1999, CAT/C/22/D/120/1998
Haydin c. Svezia, n. 101/1997, dec. 16 dicembre 1998, CAT/C/21/D/101/1997
Josu Arkauz Arana c. Francia, n. 63/1997, dec. 9 novembre 1999, CAT/C/23/D/63/1997
Karoui c. Svezia, n.185/2001, dec. 8 maggio 2002, CAT/C/28/D/185/2001
Khan c. Canada, n. 15/1994, dec. 15 novembre 1994, CAT/C/13/D/15/1994
Kisoki c. Svezia, n. 41/1996, dec. 8 maggio 1996, CAT/C/16/D/41/1996
Korban c. Svezia, n. 88/1997, dec. 16 novembre 1998, CAT/C/21/D/088/1997
Mutombo c. Svizzera, n. 13/1993, dec. 27 aprile 1994, CAT/C/12/D/013/1993
Pelit c. Azerbaijan, n. 281/2005, 1 maggio 2007, CAT/C/38/D/281/2005
Rios c. Canada, n. 133/1999, dec. 23 novembre 2004, CAT/C/33/D/133/1999
T.A. c. Svezia, n. 226/2003, dec. 27 maggio 2005, CAT/C/34/D/226/2003
Tala c. Svezia, n. 43/1996, dec. 15 novembre 1996, CAT/C/17/D/43/1996
Tapia Paez c. Svezia, n. 39/1996, dec. 28 aprile 1997, CAT/C/18/D/39/1996

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

A c. Paesi Bassi, n. 60538/13, dec. 12 novembre 2013
A et al. c. Regno Unito [GC], n. 3455/05, sent. 19 febbraio 2009
A. c. Regno Unito, n. 25599/94, sent. 23 settembre 1998
A.A. et al. c. Turchia, n. 30015/96, sent. 27 luglio 2004
Abdelhedi c. Italia, n. 2638/07, sent. 24 marzo 2009
Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito, n. 9214/80, 9473/81, 9474/81, sent. 28 maggio 1985
Abubeker c. Austria e Italia, n. 73874/11, dec. 18 giugno 2013
Aden Ahmed c. Malta, n. 55352/12, sent. 23 luglio 2013
Ahmed c. Austria, n. 25964/94, sent. 17 dicembre 1996.

Al Hanchi c. Bosnia Erzegovina, n. 48205/09, sent. 15 novembre 2011
Al-Adsani c. Regno Unito, n. 35763/97, sent. 21 novembre 2001
Algür c. Turchia, n. 32574/96, sent. 3 luglio 2001
Ali c. Svizzera, n. 69/1997/853/1060, sent. 5 agosto 1998
Al-Moayad c. Germania, n. 35865/03, dec. 20 febbraio 2007
Al-Sadoon e Mufdhi c. Regno Unito, n. 61498/08, sent. 2 marzo 2010
Al-Skeini et al. c. Regno Unito [GC], n. 55721/07, sent. 7 luglio 2011
Amuur c. Francia, n. 19776/92, sent. 25 giugno 1996
Andric c. Svezia, n. 45917/99, sent. 23 febbraio 1999
Aoulmi c. Francia, n. 50278/99, sent. 17 gennaio 2006
Askoy c. Turchia, n. 21987/93, sent. 18 dicembre 1996
Aydin c. Turchia, n. 23178/94, sent. 25/09/1997
Bader e Canbor c. Svezia, n. 13284/04, sent. 8 novembre 2005
Bahaddar c. Paesi Bassi, n. 25894/94, sent. 22 maggio 1995
Banković et al. c. Belgio et al. [GC], n. 52207/99, sent. 12 dicembre 2001
Baysakov et al. c. Ucraina, n. 54131/08, sent. 18 febbraio 2010
Ben Khemais c. Italia, n. 246/07, sent. 24 febbraio 2009
Ben Salah c. Italia, n. 38128/06, sent. 24 marzo 2009
Bensaid c. Regno Unito, n. 44599/98, sent. 6 febbraio 2001
Biao c. Danimarca, n. 38590/10, sent. 25 marzo 2014
Bosphorus Hava Yollari c. Irlanda, n. 45036/98, sent. 30 giugno 2005
Boujlifa c. Francia, n. 25404/94, sent. 21 ottobre 1997
Bouyahia c. Italia, n. 46792/06, sent. 24 marzo 2009
Bozano c. Francia, n. 9990/82, sent. 18 dicembre 1986
Budina c. Russia, ricorso n. 45603/05, dec. 18 giugno 2009
C. c. Belgio, n. 21794/93, sent. 7 agosto 1996
C.B.Z. c. Italia, n. 44006/06, sent. 24 marzo 2009
Cantoni c. Francia, n. 17862/91, sent. 15 novembre 1996
Chahal c. Regno Unito [GC], n.22414/93, sent. 15 novembre 1996
Chapman c. Regno Unito, n. 27238/95, sent. 18 gennaio 2001
Cherif et al. c. Italia, n. 1860/07, sent. 7 aprile 2009
Christine Goodwin c. Regno Unito [GC], n. 28957/95, sent. 11 luglio 2002
Čonka c. Belgio, n. 51564/99, sent. 5 febbraio 2002
Cruz Varas et al. c. Svezia, n. 15576/89, sent. 20 marzo 1991
D. c. Regno Unito, n. 30240, sent. 2 maggio 1997
Daoudi c. Francia, n. 19576/08, sent. 3 dicembre 2009
Dikme c. Turchia, n. 20869/92, sent. 11 luglio 2000

Drozd e Janousek c. Francia e Spagna, n. 12747/87, sent. 26 giugno 1992

El-Masri c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia [GC], n. 39630/09, sent. 13 dicembre 2012

F. c. Regno Unito, n. 17341/03, dec. 22 giugno 2004

Fatgan Katani et al. c. Germania, n. 67679/01, dec. 31 maggio 2001

G.H.H. et al. c. Turchia, n. 43258/98, sent. 31 agosto 1999

Gäfgen c. Germania [GC], n. 22978/05, sent. 1 giugno 2010

Gasayev c. Spagna, n. 48514/06, sent. 17 febbraio 2009

Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia, n. 25389/05, dec. 10 ottobre 2006

Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia, n. 25389/05, sent. 26 aprile 2007

Georgia c. Russia (II), n. 38263/08, adozione di misure provvisorie, dec. 13 dicembre 2011

Gillan e Quinton c. Regno Unito, n. 4158/05, sent. 12 gennaio 2010

H.L.R. c. Francia [GC], n. 24573/94, sent. 29 aprile 1997

Halimi c. Austria e Italia, n. 53852/11, dec. 18 giugno 2013

Hamraoui c. Italia, n. 16201/07, sent. 24 marzo 2009

Handyside c. Regno Unito, n. 5493/72, sent. 7 dicembre 1976

Hirsi et al. c. Italia, n. 27765/09, sent. 23 febbraio 2012

Hurtado c. Svizzera, n. 17549/90, sent. 28 gennaio 1994

Hussun et al. c. Italia, nn. 10171/05, 10601/05, 11593/05, 17165/05, sent. 19 gennaio 2010

I.M. c. Francia, n. 9152/09, sent. 2 febbraio 2012

Ilaşcu et al. c. Moldavia e Russia, [GC], n. 48787/99, sent. 8 luglio 2004

Indelicato c. Italia, n. 31143/96, dec. 6 luglio 2000

Irlanda c. Regno Unito, n. 5310/71, sent. 18 gennaio 1978

Isaak c. Turchia, n. 44587/98, dec. 28 settembre 2006

Ismaili c. Germania, n. 58128/00, dec. 15 marzo 2001

Ismoilov c. Russia, n. 2947/06, sent. 24 aprile 2008

Issa et al. c. Turchia, n. 31821/96, sent. 16 novembre 2004

Istratii et al. c. Moldavia, nn. 8721/05, 8705/05, 8742/05, sent. 27 marzo 2007

Jabari c. Turchia, n. 40035/98, sent. 11 luglio 2000

Jalloh c. Germania [GC], n. 54810/00, sent. 11 luglio 2006

John c. Greece, n. 199/05, sent. 10 maggio 2007

K. c. Paesi Bassi, n. 33403/11 dec. 25 settembre 2012

K.A.B. c. Svezia, n. 886/11, sent. 5 settembre 2013

K.R.S. c. Regno Unito, n. 32733/08, dec. 2 dicembre 2008

Kadzoev c. Bulgaria, n. 56437/07, dec. 1 ottobre 2013

Kaja c. Grecia, n. 32927/03, sent. 27 luglio 2006

Klaas c. Germania, n. 15473/89, sent. 22 settembre 1993

Labita c. Italia, n. 26772/95, sent. 6 aprile 2000

Letellier c. Francia, n. 12369/86, sent. 26 giugno 1991
Loizidou c. Turchia [GC], n. 15318/89, sent. 23 marzo 1995
Louled Massoud c. Malta, n. 24340/08, sent. 27 luglio 2010
M.S.S. c. Belgio e Grecia [GC], n. 30696/09, sent. 21 gennaio 2011
Mamatkulov e Askarov c. Turchia [GC], nn. 46827/99 e 46951/99, sent. 4 febbraio 2005
Mamedova c. Russia, n. 7064/05, sent. 1 giugno 2006
Mannai c. Italia, n. 9961/10, sent. 27 giugno 2012
Marckx c. Belgio, n. 6833/74, sent. 13 giugno 1979
Matthews c. Regno Unito, n. 24833/94, sent. 18 febbraio 1999
McElhinney c. Irlanda, n. 31253/96, sent. 21 novembre 2001
Medvedev et al. c. Francia [GC], n. 3394/03, sent. 29 marzo 2010
Mikolenko c. Estonia, n. 16944/03, sent. 8 gennaio 2010
Mohammed c. Austria, n. 2283/12, sent. 6 giugno 2013
Mohammed Hussein et al. c. Paesi Bassi e Italia, n. 27725/10, dec. 2 aprile 2013
Mohd c. Grecia, n. 11919/03, sent. 27 aprile 2006
Mouisel c. Francia, n. 67263/01, sent. 14 novembre 2002
Muminov c. Russia [GC], n. 42502/06, sent. 4 novembre 2010
Müslim c. Turchia, n. 53566/99, sent. 26 aprile 2005
N. c. Finlandia, n. 38885/02, sent. 26 luglio 2005
N. c. Svezia, n. 23505/09, sent. 20 ottobre 2010
N.A. c. Regno Unito, n. 25904/07, sent. 17 luglio 2008
NA c. Regno Unito, n. 25904/07, sent. 17 luglio 2008
Niemietz c. Germania, n. 13710/88, sent. 16 dicembre 1992
O. c. Italia, n. 37257/06, sent. 24 marzo 2009
Öcalan c. Turchia [GC], n° 46221/99, sent. 12 maggio 2005
Osman c. Regno Unito, n. 23452/94, sent. 28 ottobre 1998
Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito, n. 8139/09, sent. 17 gennaio 2012
Paladi c. Moldavia [GC], n. 39806/05, sent. 10 marzo 2009
Pančenko c. Lettonia, n. 40772/98, dec. 28 ottobre 1999
Plattform Ärztefür das Leben c. Austria, n. 10126/82, sent. 21 giugno 1988
Popov c. Russia, n. 26853/04, sent. 13 luglio 2006
Pretty c. Regno Unito, n. 2346/02, sent. 29 aprile 2002
Price c. Regno Unito, n. 33394/96, sent. 10 luglio 2001
Procola c. Lussemburgo, n. 14570/89, sent. 28 settembre 1995
R.U. c. Grecia, n. 2237/08, sent. 7 giugno 2011
Rahimi c. Grecia, n. 8687/08, sent. 5 aprile 2011
Ramirez Sanchez c. Francia [GC], n. 59450/00, sent. 04 luglio 2006

Ramishvili e Kokhraidze c. Georgia, n. 1704/06, sent. 27 gennaio 2009
Ramzy c. Paesi Bassi, n. 25424/05, dec. 27 maggio 2008
Rantsev c. Cipro e Russia, n. 25965/04, sent. 10 maggio 2010
Riad e Idiab c. Belgio, nn. 29787/03, 29810/03, sent. 24 gennaio 2008
Rigopoulos c. Spagna, n. 37388/97, sent. 12 gennaio 1999
Ryabikin c. Russia, n. 8320/04, sent. 19 giugno 2008
S.D. c. Grecia, n. 63541/07, sent. 11 giugno 2009
Saadi c. Italia [GC], n. 37201/06, sent. 28 febbraio 2008
Saadi c. Regno Unito, n. 13229/03, sent. 29 gennaio 2008
Said c. Paesi Bassi, n. 2345/02, sent. 5 luglio 2005
Salah Sheekh c. Paesi Bassi, n. 1948/04, sent. 11 gennaio 2007
Sellem c. Italia, n. 12584/08, sent. 5 maggio 2009
Selmouni c. Francia [GC], n. 25803/94, sent. 28 luglio 1999
Shamayev et al. c. Georgia e Russia, n. 36378/02, sent. 12 aprile 2005
Siliadin c. Francia, n. 73316/01, sent. 26 ottobre 2005
Soering c. Regno Unito, n. 14038/88, sent. 7 luglio 1989
Soldatenko c. Ucraina, n. 2440/07, sent. 23 ottobre 2008
Solomou et al. c. Turchia, n. 36832/97, sent. 24 giugno 2008
Soltana c. Italia, n. 37336/06, sent. 24 marzo 2009
Sufi ed Elmi c. Regno Unito, nn. 8319/07, 11449/07, sent. 28 giugno 2011
Sultani c. Francia, n. 45223/05, dec. 20 settembre 2007
Suso Musa c. Malta, n. 42337/12, sent. 23 luglio 2013
T.I. c. Regno Unito, n. 43884/98, dec. 7 marzo 2000
Tabesh c. Grecia, n. 8256/07, sent. 26 novembre 2009
Tomasi c. Francia, n. 12850/87, sent. 27 agosto 1992
Toumi c. Italia, n. 25716/09, sent. 5 aprile 2011
Trabelsi c. Italia, n. 50163/08, sent. 13 aprile 2010
Tubajika c. Paesi Bassi, n. 6864/06, dec. 30 giugno 2009
Tyrer c. Regno Unito, n. 5856/72, sent. 25 aprile 1978
Vermeulen c. Belgio, n. 19075/91, sent. 20 febbraio 1996
Vilvarajah et al. c. Regno Unito, nn. 13163/87- 13165/87, 13447/87, 13448/87, sent. 30 ottobre 1991
Voulfovitch e Oulianova c. Svezia, n. 19373/92, dec. 13 gennaio 1993
Xhavara et al. c. Italia e Albania, n. 39473/98, dec. 11 gennaio 2001
Yefimova c. Russia, n. 39786/09, sent. 19 febbraio 2013
Z. e T. c. Regno Unito, n. 27034/05, dec. 28 febbraio 2006

COMMISSIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

- Altun c. Repubblica federale tedesca*, n. 10308/83, dec. 3 maggio 1983, D.R. 36, p. 209 ss.
Becker c. Danimarca, n. 7011/75, dec. 3 ottobre 1975, D.R. 4, p. 215 ss.
Kirkwood c. Regno Unito, n. 10479/83, dec. 12 marzo 1984, D.R. 37, p. 192 ss.
Lynas c. Svizzera, n. 7317/75, dec. 6 ottobre 1976, D.R. 6, p. 141 ss.
M & Co. c. Repubblica Federale di Germania, n. 13258/87, dec. 9 febbraio 1990, DR. 64, p. 138 ss.
X c. Repubblica federale tedesca, n. 6038/73, dec. 11 luglio 1973, Coll. 44, p. 115 ss.

CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO

- Baena-Ricardo et al. c. Panama*, sent. 2 febbraio 2001, Serie C No. 72
Baldeón García c. Peru, sent. 6 aprile 2006, Serie C No. 147
Barrios Altos c. Perú, sent. 14 marzo 2001, Serie C No. 75
Bueno Alves c. Argentina, sent. 11 maggio 2007, Serie C No. 164
Caesar c. Trinidad e Tobago, sent. 11 marzo 2005, Serie C No. 123
Cantoral Benavides c. Peru, sent. 18 agosto 2000, Serie C No. 69
Case of Plan de Sánchez Massacre c. Guatemala, sent. 29 aprile 2004, Serie C No. 105
Case of the 19 Merchants c. Colombia, sent. 5 luglio 2004, Serie C No. 109
Case of the Moiwana Community c. Suriname, sent. 15 giugno 2005, Serie C No. 145
Familia Pacheco Tineo c. Bolivia, sent. 25 novembre 2013, Serie C No. 272
Gutiérrez Soler c. Colombia, sent. 12 settembre 2005, Serie C No. 132
Hermanos Gómez Paquiyauri c. Peru, sent. 8 luglio 2004, Serie C No. 110
Hilaire, Constantine, Benjamin et al. c. Trinidad e Tobago, sent. 21 giugno 2002, Serie C No. 94
James et al. c. Trinidad e Tobago, ord. 25 e 27 maggio, 25 settembre 1999, Serie E
James et al., ord. 3 aprile 2009, Serie E
Loayza Tamayo c. Peru, sent. 17 settembre 1997, Serie C No. 33
Mapiripán Massacre c. Colombia, sent. 15 settembre 2005, Serie C No. 134
Maritza c. Guatemala, sent. 27 novembre 2003, Serie C No. 103
Miguel Castro-Castro Prison c. Peru, sent. 25 novembre 2006, Serie C No. 160
Myrna Mack Chang c. Guatemala, sent. 25 novembre 2003, Serie C No. 101
Neira Alegria et al. c. Peru, sent. 19 gennaio 1995, Serie C No. 20
Suárez Rosero c. Ecuador, sent. 12 novembre 1997, Serie C No. 35
Tibi c. Ecuador, sent. 7 settembre 2004, Serie C No. 114
Vargas Areco c. Paraguay, sent. 26 settembre 2006, Serie C No. 155
Velásquez-Rodríguez c. Honduras, sent. 29 luglio 1988, Series C, No. 4
Vélez Loor c. Panama, sent. 23 novembre 2010, Serie C No. 218

COMMISSIONE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI

- Coard et al. c. Stati Uniti*, n. 10.951, Report n. 109/99, 29 settembre 1999
Djamel Ameziane c. Stati Uniti, n. P-900-08, Report n. 17/12, 20 marzo 2012
Domingues c. USA, n. 12.285, Report n. 62/02, 22 ottobre 2002
Familia Pacheco Tineo c. Bolivia, n. 12.474, Report n. 136/11, 31 ottobre 2011
Familia Pacheco Tineo c. Bolivia, n. 301/02, Report n. 53/04, 13 ottobre 2004
Haitian Centre for Human Rights et al c. USA, n. 10.675, Report n. 51/96, 13 marzo 1997
Jean Michel Richardson c. Haiti, n. 12.389, Report n. 129/01, 3 dicembre 2001
Jorge Fernando Grande c. Argentina, n. 11.498, Report n. 3/02, 27 febbraio 2002
Juan Carlos Abella c. Argentina, n. 11.137, Report n. 55/97, 18 novembre 1997
Marcela Andrea Valdés Díaz c. Cile, n. 12.337, Report n. 57/03, 10 ottobre 2003
Mario Alberto Jara Oñate et al. c. Cile, n. 12.195, Report n. 31/03, 7 marzo 2003
Villareal c. USA, n. 11.753, Report n. 52/02, 10 ottobre 2002
X et Z c. Argentina, n.11.676, Report n. 71/00, 3 ottobre 2000

COMMISSIONE AFRICANA

- Amnesty International c. Zambia*, n. 212/98, 1999
Good c. Botswana, n. 313/05, 2010
Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Esmaila Connateh & 13 others) c. Angola, n. 292/04, 2008
Malawi African Association et al. c. Mauritania, nn. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98, 2000
Modise c. Botswana, n. 97/93, 2000
Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad c. Gibuti, n. 383/2010, 2011
Organisation Mondiale contre la Torture c. Ruanda, nn. 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, 1996

GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- Abed El Karem El Kott Mostafa et al. c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-364/11, sent. 19 dic. 2012
Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, C-285/12, sent. 30 gennaio 2014

ELENCO DEI PRINCIPALI CASI CITATI

Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie, C-534/11, sent. 30 maggio 2013

Aziz Melki e Sélim Abdeli, C-188/10, C-189/10, sent. 22 giugno 2010

Baustahlgewebe GmbH c. Commission of the European Communities, C-185/95 P, sent. 17 dicembre 1998

Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, C-69/10, sent. 28 luglio 2011

CIMADE e Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, C-179/11, sent. 27 settembre 2012

Cinéthèque SA et al. c. Fédération nationale des cinémas français, C-60/84 e C-61/84, sent. 11 luglio 1985

Commission européenne c. Repubblica Federale di Germania, C-271/08, sent. 15 luglio 2010

Commissione c. Grecia, C-130/08, ord. 22 ottobre 2008

Commissione c. Grecia, C-220/08, ord. 26 novembre 2008

Commissione delle Comunità europee c. Grecia, C-72/06, sentenza 19 aprile 2007

Connolly c. Commissione delle Comunità europee, causa C-274/99 P, sent. 6 marzo 2001

Dörr e Ünal, C-136/03, sent. 2 giugno 2005

Elliniki Radiophonia Tiléorasi Anonimi Etairia (ERT AE) et al. c. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) et al., C-260/89, sent. 18 giugno 1991

Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba, C-17/98, ord. 4 febbraio 2000

Factortame Ltd et al., C-213/89, sent. 19 giugno 1990

Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Selver Saciri, Danijela Dordevic, Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Diest, C-79/13, sent. 27 febbraio 2014

Grant c. South-West Trains Ltd, C-249/96, sent. 17 febbraio 1998

Hassen El Dridi alias Soufi Karim, C-61/11 (PPU), sent. 28 aprile 2011

Hoechst A.G. c. Commissione delle Comunità europee, C-46/87, C-227/88, sent. 21 settembre 1989

Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70, sent. 17 dicembre 1970

K. c. Bundesasylamt, C-245/11, sent. 6 novembre 2012

Kadzoev, C-357/09 (PPU), sent. 30 novembre 2009

Knauf Gips KG c. Commissione europea, C-407/08 P, sent. 1 luglio 2010

Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07, sent. 19 gennaio 2010

ELENCO DEI PRINCIPALI CASI CITATI

- M e al. c. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, C-666/11, ord. 7 gennaio 2013
- Mayor et autres c. Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila et al.*, C-323/08, sent. 10 dicembre 2009
- Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-465/07, sent. 17 febbraio 2009
- Meryem Demirel c. Schwaebisch Gmuend (Stadt)*, C-12/86, sent. 30 settembre 1987
- Migrationsverket c. Edgar Petrosian et al.*, C-19/08, sent. 29 gennaio 2009
- Minister voor Immigratie en Asiel c. X (C-199/12) e Y (C-200/12) e Z c. Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12)*, sent. 7 novembre 2013
- N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E., A.S.M., M.T., K.P., E.H. c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10, C-493/10, sent. 21 dicembre 2011
- Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivata*, C-31/09, sent. 17 giugno 2010
- Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, C-4/73, sent. 14 maggio 1974 *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, C-44/79, sent. 13 dicembre 1979
- Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, sent. 14 ottobre 2004
- Procédure pénale c. Maria Pupino*, C-105/03, sent. 16 giugno 2005
- Repubblica Federale di Germania c. B. e D.*, C-57/09, C-101/09, sent. 9 novembre 2010
- Repubblica federale di Germania c. Kaveh Puid*, C-4/11, dom. di pronuncia pregiudiziale, 5 gennaio 2011
- Repubblica federale di Germania c. Kaveh Puid*, C-4/11/11, sent. 14 novembre 2013
- Repubblica federale di Germania c. Y e Z*, C-71-11, C-99/11, sent. 5 settembre 2012
- Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, C-578/08, sent. 4 marzo 2010
- Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, C-36/75, sent. 28 ottobre 1975
- Salahadin Abdulla et al. c. Repubblica Federale di Germania*, C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08, sent. 2 marzo 2010
- Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria*, C-112/00, sent. 12 giugno 2003
- Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, C-394/12, sent. 10 dicembre 2013
- Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e al.*, C-159/90, sent. 4 ottobre 1991
- Stauder c. Ville d'Ulm – Sozialamt*, C-29/69, sent. 12 novembre 1969
- Stork & Cie c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, C-1/58, sent. 4 febbraio 1959

Unibet Ltd, C-432/05, sent. 13 marzo 2007

Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, C-506/04, sent. 19 settembre 2006

Virallinen syyttäjä c. Gataev e Gataeva, C-105/10 PPU, ord. 3 aprile 2010

Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, C-402/05 P, C-415/05 P, sent. 3 settembre 2008

Zuheyr Freyeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerski savet, C-528/11, sent. 30 maggio 2013

GIURISPRUDENZA NAZIONALE

AUSTRALIA

A v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs (1997) HCA 4

Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs, (2000) HCA 19

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Ibrahim, (2000) 204 CLR 1

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Respondent S152/2003, (2004) HCA 18

Minister for Immigration and Citizenship v. SZGIZ, (2013) FCAFC 71

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar, (2000) FCA 1130

NAFG v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, (2003) 131 FCR 57

NAGV and NAGW of 2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, (2005) HCA 6

BELGIO

VB/04-1680/E530 (Perm. Appls. Bd. for Refs., Belg., 2 décembre 2004)

Cour d'Appel de Bruxelles, *Procureur général c. S.*, 31 août 1962, J.T. 1962, p. 498

CANADA

Canada (Attorney General) v. Ward, (1993), 2 S.C.R. 689

Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1993) 2 F.C. 314 (F.C.A.)

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), (1998) 1 S.C.R. 982

Rajudeen v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.)

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), (2002) S.C.C. 1, 1 S.C.R. 3

Surujpal v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1985), 60 N.R. 73 (F.C.A.)

United States v. Burns, (2001) 1 S.C.R. 283, 2001 S.C.C. 7

Zalzali v. Minister of Employment and Immigration, (1991), 2 F.C. 605

FRANCIA

Cour de Cassation, *GIE La Réunion Aérienne v. La Jamahiriya Arabe Libyenne*, n. 09-14743, 9 mars 2011

C-445756, "FS", (Comm'n des Recours des Réfugiés, 1 décembre 2005)

C-534159, "LO" (Comm'n des Recours des Réfugiés, 19 septembre 2005)

C-497003 (Comm'n des Recours des Réfugiés, 2 mars 2005)

C-496775, "B" (Comm'n des Recours des Réfugiés, 15 février 2005)

ELENCO DEI PRINCIPALI CASI CITATI

C-513490, "SD" (Comm'n des Recours des Réfugiés, 10 janvier 2005)
C-550032, "MS" (Comm'n des Recours des Réfugiés, 20 décembre 2005)
C-347524, "CE", (M. Evgeny A, 30 décembre 2011)
C-115836, "CE", (10 avril 1991, M. Casim Kilic, concl. Mme Leroy)
C-84/93.943, (Cass-Crim, 21 septembre 1984, Garcia Ramirez), Bull. crim. N. 274
C-42074, "CE" (Dankha, 27 mai 1983)
C-339478, "CE" (Section du Contentieux, 20 mai 2010)
C-0912502/9-1, (Tribunal Administratif de Paris, 31 juillet 2009)
C-0915828/9-1, (Tribunal Administratif de Paris, 5 octobre 2009)

GERMANIA

BVerwG, C-9 C 48/92, 18 januar 1994
BVerwG, C-9 C 278/86, 15 märz 1988
BVerwG, C-2 BvQ 56/09, 8 september 2009
BVerfG, 1 BvR 654/79, 14 november 1979
VGH, Hessen, C-13 TH 1094/87, 14 november 1988
VGH, Hessen, C-10 UE 1538/86, 15 märz 91
VG, Dresden, C-A 7 K 31131/03, 1 februar 2005
VG, Frankfurt am Main, C-5 E 7021/03.A(3), 19 februar 2004
VG, Frankfurt am Main, C-9 E 30919/97.A(2), 29 märz 1999
VG, Frankfurt am Main, C-5 E 33532/94.A(3), 23 oktober 1996
VG, Frankfurt am Main, C-7 K 4376/07 F.A 8 juli 2009
VG, Magdeburg, C-1 A 185/95, 20 juni 1996

ITALIA

Corte cost., sent. 3 marzo 1997, n. 58
Corte cost., ord. 12 aprile 2013, n. 69
Corte cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 244
Corte cost., sent. 27 giugno 1996, n. 223
Corte cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 329
Corte cost., sent. 21 giugno 1979, n. 54
Corte cass., (Sez. I pen.), sent. 23 gennaio 1990, n. 3329
Corte cass., (Sez. I pen.), sent. 13 gennaio 2009, n. 1072
Corte cass., (Sez. V pen.), sent. 19 settembre 2012, n. 46340
Corte cass. (Sez. VI pen.), sent. 28 aprile 2010, n. 20514
Corte cass., (Sez. VI civ.), sent. 25 gennaio 2012, n. 2294
Corte cass., (Sez. Unite civ.), sent. 11 marzo 2004, n. 5044
Corte cass., (Sez. Unite civ.), ord. 29 maggio 2008, n. 14201

IRLANDA

Agbonlahor v. Min. Just., Equality & L. Reform, Jud. Rev., (2007) I.E.H.C. 166 (High Ct., Ir., Apr. 18, 2007)
Mirza and Others v. Refugee Applications Commissioner and the Minister for Equality, Justice and Law Reform, Ireland, (High Ct., Ir., Oct. 21, 2009)

NUOVA ZELANDA

A.G. v. Zaoui & Insp.-Gen. of Intell. & Sec., (2005) NZSC 38; (2006) 1 NZLR 289; (2005) 7 H.R.N.Z. 860

Refugee Status Appeal Authority, *Refugee Appeal No. 71427/99*, (2000) NZLR 545

PAESI BASSI

Case No. AWB 03/26654, (Dist. Ct. Arnhem, Neth., Oct. 18, 2004)

REGNO UNITO

Horvath v. Secretary of State for the Home Department, (2000) UKHL 37
K.K. (Turkey) v. Secretary of State for the Home Department, (2004) UKIAT 101
R. v. Bow St. Metro. Stip. Magistr., ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), (2000) 1 A.C. 147
R (on the application of EM (Eritrea)) v. Secretary of State for the Home Department, (2014) UKSC 12
R (on the application of Saeedi) v. Secretary of State for the Home Department, (2010) EWHC 705
R v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, Ex parte European Roma Rights Centre and Others, (2004) UKHL 55
R v. Secretary of State for the Home Department (ex parte Adan), (1998) UKHL 15
R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan, Ex parte Aitseguer, (2000) UKHL 67
R v. Secretary of State for the Home Department (ex parte Bagdanavicius), (2005) UKHL 38
R v. Secretary of State for the Home Department (ex parte Bugdaycay), (1987) AC 514 UKHL
R v. Secretary of State for the Home Department (ex parte Sivakumaran), (1988) 1 All ER 193 UKHL
R. v. Spec. Adj'tor ex parte Ullah; Do v. Sec'y St. Home Dep't, (2004) UKHL 26
Svazas v. Secretary of State for the Home Department, (2002) EWCA Civ 74

STATI UNITI

Ahmad v. Wigen et al., 726 F.Supp. 389 (E.D.N.Y. 1989)
Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F.2d 571, (6th Cir.1985)
El-Masri v. United States of America, 128 S.Ct. 373 (2007)
Mohamed, Binyam, et al. v. Jeppesen Dataplan, Inc., et al., 131 S.Ct. 2442 (2011)
Sale v. Haitian Centers Council, 509 U.S. 155 (1993), *ILM*, vol. 32, 1993, p. 1052 ss.
Siderman de Blake v. Republic of Argentina, 965 F.2d 699, (9th Cir. 1992)
The Paquete Habana, 175 U.S. 677, (1900)
Xiu Fei Wang v. U.S. Attorney Gen., 222 F. App'x 176, (3rd Cir. 2007)

SUDAFRICA

Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others, CCT 17/01, ZACC 18, 2001
S v. Makwanyane and Another, CCT 3/94, ZACC 3, 1995
Tsebe et al. v. Minister of Home Affairs et al, CCT 110/11, ZACC 16, 2012

BIBLIOGRAFIA

OPERE MONOGRAFICHE

- AA.VV., *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- G. AGUILAR CAVALLO (coord.), *60 Anos Despues: Ensenanzas Pasadas y Desafios Futures*, Librotecnia, Santiago, 2008.
- J. AITCHISON, *International Thesaurus of Refugee Terminology*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston, 1989.
- M. R. ALBORZI, *Evaluating the Effectiveness of International Refugee Law: The Protection of Iraqi Refugees*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006.
- T.A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003.
- G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B.G. RAMCHARAN, A. ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston, 2001.
- A. AL-QASEM, *Racial Discrimination and Refugee Law*, EAFORD, London, 1984.
- P. ALTER (ed.), *Out of the Third Reich: Refugee Historians in Postwar Britain*, Tauris, London/New York, 1998.
- S. ANASTASIA, *Il caso Venezia. Una richiesta di estradizione a rischio capitale*, Datanews, Roma, 1996.
- F. ANGHELONE, A. UNGARI (a cura di), *Atlante geopolitico del Mediterraneo*, Datanews, Roma, 2012.
- H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism. Part II: Imperialism*, 2ª ed., Meridian Books, Cleveland/New York, 1958.
- W.T. ARMALINE, D.S. GLASBERG, B. PURKAYASTHA (eds.), *Human Rights in our own Backyard: Injustice and Resistance in the United States*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2011.
- D. ARMSTRONG (ed.), *Routledge Handbook of International Law*, Routledge, London, 2009.
- D. AVNON, Y. BENZIMAN (eds.), *Plurality and Citizenship in Israel: Moving beyond the Jewish/Palestinian Civil Divide*, Routledge, London, 2010.
- A. BAKER, *Proportionality under the UK Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- P. BALBO, *I cittadini non comunitari*, Giappichelli, Torino, 2011.
- G. BALLADORE PALLIERI, G. MORELLI, R. QUADRI (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1956.
- D. BARDONNET, A.A. CANÇADO TRINDADE (coords.), *Derecho internacional y derechos humanos*, Instituto interamericano de derechos humanos, San José/La Haye, 1996.

BIBLIOGRAFIA

- A. BARIAGABER, *Conflict and the Refugee Experience: Flight, Exile, and Repatriation in the Horn of Africa*, Ashgate, Farnham/Burlington, 2006.
- R.F. BARSKY, *Constructing a Productive Other: Discourse Theory and the Convention Refugee Hearing*, John Benjamins Publishing Company, Amsterdam/Philadelphia, 1994.
- S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001.
- A.F. BAYEFSKY (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers – Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006.
- A. BEGHÈ LORETI, *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità Europea*, CEDAM, Padova, 1990.
- M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, CEDAM, Padova, 2007.
- M. BENVENUTI (a cura di), *La protezione internazionale degli stranieri in Italia: uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento sulle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, Jovene Editore, Napoli, 2011.
- P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L'Aquila, 2008.
- N. BERGER, *La politique européenne d'asile et d'immigration: enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- A. BERNSTEIN, M. WEINER (eds.), *Migration and Refugee Policies: An Overview*, Pinter, London/New York, 1999.
- A. BETTS, *Protection by Persuasion: International Cooperation in the Refugee Regime*, Cornell University Press, Ithaca/New York, 2009.
- A. BETTS, G. LOESCHER (eds.), *Refugees in International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- A. BETTS, G. LOESCHER, J. MILNER (eds.), *UNHCR: the politics and practice of refugee protection*, Routledge, Abingdon/New York, 2012.
- R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET Giuridica, Torino, 2006.
- B.M. BILOTTA, F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2006.
- M. BIXLER, *The Lost Boys of Sudan: An American Story of the Refugee Experience*, University of Georgia press, Athens, 2005.
- R. BLACK, K. KOSER (eds.), *The End of the Refugee Cycle? Refugee Repatriation and Reconstruction*, Berhahn Books, New York/Oxford, 1999.
- J. BLASCHKE, S. PFOHMAN (eds.), *The Decentralisation of Asylum: Refugee Reception Procedures in the European Union*, Parabolis, Berlin, 2004.

BIBLIOGRAFIA

- I. BOCCARDI, *Europe and Refugees: Towards an EU Asylum Policy*, Kluwer Law International, L'Aja, 2002.
- L. BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *Le droit d'asile*, A.W. Sythoff, Leiden, 1962.
- P. BONCOMPAGNI, *Rifugiati. Ventiquattro testimonianze dai campi profughi del mondo*, Luca Sossella Editore, Roma, 2002.
- N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013.
- G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana. Principi Fondamentali, art. 1-12*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna/Roma, 1975.
- P. DE BRUYCKER (ed.), *The Emergence of a European Immigration Policy*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- R. BYRNE (ed.), *The Refugee Law Reader: Cases, Documents and Materials*, 5^a ed., Hungarian Helsinki Committee, Budapest/Dublino, 2008.
- R. BYRNE, G. NOLL, J. VEDSTED-HANSEN (eds.), *New Asylum Countries?: Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- R. BRYNES, R. EL-RIFAI, *Palestinian Refugees - Challenge of Repatriation and Development*, I.B. Tauris, Londra, 2007.
- A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, CEDAM, Padova, 2012.
- K. CALAVITA, *Immigrants at the Margins. Law, Race, and Exclusion in Southern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2010.
- M.-C. CALOZ-TSCHOPP, P. DASEN (eds.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- L.A. CAMINO, R.M. KRULFELD (eds.), *Reconstructing Lives, Recapturing Meaning: Refugee Identity, Gender, and Culture Change*, Routledge, London, 1994.
- G. CAMPANI [ET AL.], *Refugee Women: Hoping for a Better Future*, Parabolis, Berlin, 2004.
- A.A. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito International dos Direitos Humanos*, vol. I, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
- A.A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2010.
- A. CANNONE (a cura di), *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- A. CARBONE, R. MIELE, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Sinnos, Roma 2002.
- S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2006.

BIBLIOGRAFIA

- J. CARDONA LLORENS (coord.), *Cursos euromediterráneos bancaja de derecho internacional*, Aranzadi, Pamplona, vol. III, 2000.
- G. CARELLA [ET AL], *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Monduzzi Editoriale, Milano, 2012.
- J.-Y. CARLIER, D. VANHEULE, K. HOLLMAN, C. PENNA GALIANO (eds.), *Qu'est-ce qu'un réfugié?: étude de jurisprudence comparée*, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- V. CARON, *Uneasy Asylum: France and the Jewish Refugee Crisis, 1933-1942*, Stanford University Press, Stanford, 1999.
- P. CARRETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, 4a ed., Giappichelli, Torino, 1999.
- M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Teso Editore, Roma, 2009.
- S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006.
- L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Iovene, Napoli, 2012.
- D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2008.
- H. CATTAN, *The Solution of the Palestine Refugee Problem*, International Progress Organization, Wien, 1982.
- F. CEDE, L. SUCHARIPA-BEHRMANN (eds.), *The United Nations: Law and Practice*, Kluwer Law International, The Hague/Boston, 2001.
- G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006.
- F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2012.
- V. CHETAİL, J.F. FLAUSS (eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés - 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- V. CHETAİL (ed.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- V. CHETAİL, *Code de droit international des migrations*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- B.S. CHIMNI (ed.), *International Refugee Law: A Reader*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2000.
- R.I. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2007.
- L. CIMMINO, N. RAMPAZZO (a cura di), *Diritti umani nell'era della globalizzazione e dei conflitti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- R.P. CLAUDE, B.H. WESTON (eds.), *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1989.

BIBLIOGRAFIA

- N. COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009.
- B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 7^a ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- A. CONSTANTINIDES, N. ZAIKOS, *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009.
- F. COPPOLA, *Il principio del non-refoulement nel sistema di protezione internazionale dei rifugiati: l'apporto della Santa Sede*, Pontificia Universitas Lateranense, Roma, 1993.
- P. COSTANZO, S. MORDEGLIA, L. TRUCCO (a cura di), *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova, Giuffrè, Milano, 2008.
- F. CREPEAU, *Droit d'asile: de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
- J. CRISP, C. TALBOT, D.B. CIPOLLONE (eds.), *Learning for a Future: Refugee Education in Developing Countries*, ACNUR, Geneva, 2001.
- S. CURRIE, *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Ashgate, Farnham/Burlington, 2008.
- M. CZAİKA, *The Political Economy of Refugee Migration and Foreign Aid*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, New York, 2009.
- S. DA LOMBA, *The Right to Seek Refugee Status in the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2004.
- L. DANIELE (a cura di), *Le Relazione esterne dell'Unione Europea nel nuovo millennio*, Giuffrè, Milano, 2002.
- Y. DANIELI, E. STAMATOPOULOU, C.J. DIAS (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, Baywood Pub. Co., Amityville, 1999.
- A. DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Jovene Editore, Napoli, 1993.
- A. DASHWOOD, J. SPENCER, A. WARD, C. HILLION, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 3, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- J. DAVIES, UNIVERSITY OF OXFORD. REFUGEE STUDIES PROGRAMME, *Displaced Peoples and Refugee Studies: A Resource Guide*, H. Zell, London, 1990.
- S.E. DAVIES, *Legitimising Rejection: International Refugee Law in Southeast Asia*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007.
- S.E. DAVIES, L. GLANVILLE (eds.), *Protecting the Displaced: Deepening the Responsibility to protect*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.
- M. DAWSON, *New Governance and the Transformation of the European Law. Coordinating EU Social Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- N. DE ARAUJO, G.A. DE ALMEIDA (coords.), *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

BIBLIOGRAFIA

- N. DE GENOVA, N. PEUTZ (eds.), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham, Duke University Press, 2010
- M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I (1960-1990) e vol. II (1991-1998), Giuffrè, Milano, 2006.
- M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. III (1999-2006), Giuffrè, Milano, 2007.
- P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2002.
- M. DELLE DONNE, *Un cimitero chiamato Mediterraneo. Per una storia del diritto d'asilo nell'Unione europea*, DeriveApprodi, Roma, 2004.
- O. DELAS, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme: de la consécration à la contestation*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo, condizione giuridica, estradizione*, CEDAM, Padova, 1992.
- D. DWORCK, R. VAN PELT, *Flight from the Reich: Refugee Jews, 1933-1946*, W.W. Norton & Co, New York/London, 2009.
- A. EDWARDS, C. FERSTMAN, *Human Security and Non-Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- A.V. EGGLE, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2002.
- A. ELLERMANN, *States Against Migrants: Deportation in Germany and the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- A. FALZEA [ET AL.], *Enciclopedia del diritto, Annali V, Abuso di posizione dominante. Vertici internazionali*, Giuffrè, Milano, 2012.
- C. FAVILLI, *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero*, Union Printing, Viterbo, 1998.
- C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, CEDAM, Padova, 2011.
- E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, Bruxelles, 2008.
- M.R. FISCHBACH, *Records of Dispossession: Palestinian Refugee Property and the Arab-Israeli Conflict*, Columbia University Press, New York, 2003.
- M. FLORES, T. GROPPI, R. PISILLO MAZZESCHI (a cura di), *Diritti umani: cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, UTET, Torino, 2007.

BIBLIOGRAFIA

- M. FLYNN, *U.S.-Ecuador: Stretching Borders to Block Migrants*, Inter Press Service, Dawn, 2003.
- C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale*, vol. I, CEDAM, Padova, 2008.
- R. FONG (ed.), *Culturally Competent Practice with Immigrant and Refugee Children and Families*, Guilford Press, New York, 2004.
- S. FORBES MARTIN, *Refugee Women*, Lexington, Lanham, 2004.
- M. FOSTER, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refuge from Deprivation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- G. FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress of Aliens: With Special Focus on Family Unity and Refugee Law*, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1986.
- L. FRANCO (coord.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, Editorama, San José, 2004.
- M.P. FRIDEGOTTO, *L'accordo di Schengen: suoi riflessi internazionali ed interni per l'Italia*, Franco Angeli, Milano, 1992.
- M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2007.
- T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to asylum: international refugee law and the globalisation of migration control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- P. GARGIULO, M.C. VITUCCI (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.
- A.P. GEDDES, *Immigration and European Integration: Toward Fortress Europe?*, Manchester University Press, Manchester, 2000.
- Y. GELBER, *Palestine 1948: War, Escape and the Emergence of the Palestinian Refugee Problem*, Sussex Academic Press, Brighton/Portland, 2001.
- R. GERMOV, F. MOTTA, *Refugee law in Australia*, Oxford University Press, South Melbourne/New York, 2003.
- M. GIBNEY, S. SKOGLY (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia PA, 2010.
- G. GILBERT, F. HAMPSON, C. SANDOVAL (eds.), *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley*, Routledge, Abingdon, 2011.
- M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, Tomo I, CEDAM, Padova, 1956.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Principle of Non-Refoulement: Its Standing and Scope in International Law*, Division of International Protection, UNHCR, Geneva, 1993.
- G.S. GOODWIN-GILL, H. Lambert (eds.), *The Limits of Transnational Law: Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2007.
- R.F. GORMAN, *Coping with Africa's Refugee Burden: A Time for Solutions*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston, 1987.
- R.F. GORMAN, *Historical Dictionary of Refugee and Disaster Relief Organizations*, 2nd ed., Scarecrow, Lanham/London, 2000.
- G.H. GORNIG, *Das Refoulement-Verbot im Völkerrecht*, W. Braumiiller, Wien, 1987.
- F.A.N.J. GOUDAPPEL, R. OOSTLAND & H. RAULUS (eds.), *The Future of Asylum in the European Union: Problems, Proposal and Human Right*, Asser Press, The Hague, 2010, available at: <http://ssrn.com/abstract=1582459>.
- V. GOWLLAND-DEBBAS, K. SAMSON (eds.), *Problems and Prospects of Refugee Law*, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1992.
- V. GOWLLAND-DEBBAS, V. CHETAIL (eds.), *Switzerland and the international protection of refugees*, Kluwer Law International, L'Aja, 2002.
- K. GRABSKA, L. MEHTA (eds.), *Forced Displacement: Why Rights Matter*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2008.
- A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1966.
- A. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951: Articles 2-11, 13-37*, Bruylant, Bruxelles, 1997.
- F. GRAZIANI, *Antichi e nuovi "rifugiati" nel diritto internazionale contemporaneo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- S. GRODKA, G. HENNES, *Homeless No More: A Discussion on Integration Between Sponsor and Refugee*, National Council of the Churches of Christ in the U.S.A, By The Office Of Publication And Distribution, New York, 1960.
- E. GUILD, *Security and Migration in the 21st Century*, Polity Press, Cambridge, 2009.
- E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe*, Kluwer Academic Publishers, The Hague/London, 2001.
- E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.
- E. HADDAD, *Refugee in International Society: Between Sovereigns*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2008.
- M. HAMZEH, *Refugees in our Own Land: Chronicles from a Palestinian Refugee Camp in Bethlehem*, Pluto Press, London, 2001.
- K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary on EU Regulations and Directives*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- K. HAILBRONNER, I. HIGGINS, *Migration and Asylum Law and Policy in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- J. HANDMAKER, L.A. DE LA HUNT, J. KLAAREN (eds.), *Advancing Refugee Protection in South Africa*, Berghahn Books, Oxford, 2008.
- R. HANSEN, P. WEIL (eds.), *Towards a European Nationality: Citizenship, Immigration and Nationality Law in the EU*, Palgrave, Basingstoke, 2001.
- J.C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Toronto/Vancouver, 1991.
- J.C. HATHAWAY (ed.), *Reconceiving International Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1997.
- J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- B. HAYES, M. VERMEULEN, *Borderline. The EU's New Border Surveillance Initiatives. Assessing the Costs and Fundamental Rights Implications of EUROSUR and the "Smart Borders" Proposals*, Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, 2012.
- C. HEIN (a cura di), *Rifugiati - Vent'anni di storia del diritto di asilo in Italia*, Donzelli, Roma, 2010.
- C. HEIN, M. DE DONATO, M. SOCCI (a cura di), *Universo Rifugiati: dalla persecuzione alla protezione. Riforma del diritto di asilo in Italia alla luce della normativa europea*, CIR, Roma, 2008.
- J.A. HESSBRUEGGE, *European Court of Human Rights Protects Migrants Against «Push Back» Operations on the High Seas*, ASIL, Washington DC, 2012.
- J. HOCKING, C. LEWIS (eds.), *Counter-Terrorism and the Post-Democratic State*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2007.
- L.W. HOLBORN, *The International Refugee Organization: A Specialized Agency of the United Nations*, Oxford University, London, 1956.
- D. HOLLENBACH (ed.), *Refugee Rights: Ethics, Advocacy, and Africa*, Georgetown University Press, Washington DC, 2008.
- D. HOLLENBACH (ed.), *Driven from Home: Protecting the Rights of Forced Migrants*, Georgetown University Press, Washington DC, 2010.
- A. HURWITZ, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- M.R. ISLAM, M.D.J.H. BHUIYAN (eds.), *An Introduction to International Refugee Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- I.C. JACKSON, *The Refugee Concept in Group Situations*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1999.
- T. JACOBSEN, C. SAMPFORD, R. THAKUR (eds.), *Re-Envisioning Sovereignty: The End of Westphalia?*, Ashgate, Aldershot, 2008.

BIBLIOGRAFIA

- J. JESZKA, S. WOJCIECHOWSKI (eds.), *The Faces and Problems of Modern Europe: Case Studies*, Wielkopolska Higher School of Tourism and Management, Poznan, 2010.
- C. JONES, J. RUTTER (eds.), *Refugee Education: Mapping the Field*, Trentham Books, Stoke on Trent, 1998.
- S. JOSEPH, A. MCBETH (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Elgar, Cheltenham, 2010.
- J. JUPP, *Exile or Refuge?: The Settlement of Refugee, Humanitarian and Displaced Immigrants*, Australian Gov. Pub. Service, Canberra, 1994.
- S.S. JUSS (ed.), *Research Companion to Migration Theory and Policy*, Ashgate, Farnham, 2013.
- W. KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement*, Peter Lang, Berna, 1982.
- W. KÄLIN, J. KÜNZLI, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- F. KALSHOVEN (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston, 1989.
- M.T. KAMMINGA, M. SCHEININ (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- S. KNEEBONE (ed.), *Refugees, asylum seekers and the rule of law: comparative perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- G. KORMAN, *Nightmare?S Fairy Tale: A Young Refugee?S Home Fronts, 1938-1948*, University of Wisconsin Press, Madison, 2005.
- K. KOSER, *Le migrazioni internazionali*, il Mulino, Bologna, 2009.
- P. KOURULA, *Broadening the Edges: Refugee Protection and International Protection Revisited*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1997.
- M.M. KRITZ (ed.), *U.S. Immigration and Refugee Policy: Global and Domestic Issues*, Lexington Books, Lexington, 1983.
- C.-D. KROHN, *Intellectuals in Exile: Refugee Scholars and the New School for Social Research*, (translated by Rita and Robert Kimber), The University of Massachusetts press, Amherst, 1993.
- H. LAMBERT, *Seeking Asylum: Comparative Law and Practice in Selected European Countries*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.
- H. LAMBERT (ed.), *International Refugee Law*, Ashgate, Aldershot, 2010.
- A. LAMEY, *Frontier justice: the global refugee crisis and what to do about it*, University of Queensland Press, St Lucia, Qld., 2011.
- A. LANCIOTTI, *La Corte penale internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, Giappichelli, Torino, 2013.
- A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *Il ricorso alla forza e la legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Iovene, Napoli, 2012.

BIBLIOGRAFIA

- A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, Torino, 2007.
- S. LAVENEX, *The Europeanisation of Refugee Policies: Between Human Rights and Internal Security*, Ashgate, Aldershot, 2001.
- U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.
- U. LEANZA, *Il regime giuridico internazionale del mare Mediterraneo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2008.
- S. LEGOMSKY, *Immigration and Refugee Law and Policy*, 4th ed., Foundation Press, New York, 2005.
- F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- G. LIZZA, *Geopolitica, itinerari del potere*, UTET, Torino, 2001.
- G. LOESCHER, *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1993.
- G. LOESCHER, *The UNHCR and World Politics: A Perilous Path*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- G. LOESCHER, *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): The Politics and Practice of Refugee Protection into the Twenty-First Century*, Routledge, London, 2008.
- G. LOESCHER, A.D. LOESCHER, *The Global Refugee Crisis: A Reference Handbook*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1994.
- G. LOESCHER, J. MILNER, *Protracted refugee situations: domestic and international security implications*, International institute for strategic studies, London, 2005.
- G. LOESCHER, A. BETTS, J. MILNER (eds.), *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): The Politics and Practice of Refugee Protection into the Twenty-first Century*, Global Institutions Series, Routledge, New York, 2008.
- D.W. LOVELL, I. PRIMORATZ (eds.), *Protecting Civilians During Violent Conflict: Theoretical and Practical Issues for the 21st Century*, Ashgate, Farnham, 2012.
- M. LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2006.
- M.I. MACIOTI, E. PUGLIESE, *L'esperienza migratoria: immigrati e rifugiati in Italia*, Laterza, Roma/Bari, 2003.
- F. MARCELLI (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

BIBLIOGRAFIA

- A. MARCHESI, *Diritti Umani e Nazioni Unite – Diritti, obblighi e garanzie*, Franco Angeli, Milano, 2007.
- D.A. MARTIN (ed.), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s: The Ninth Sokol Colloquium on International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.
- P. MARTIN [ET AL.] (eds.), *Environmental Governance and Sustainability*, Elgar, Cheltenham, 2012.
- L. MAY, *Global Justice and Due Process*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- J. MCADAM (ed.), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Hart, Oxford, 2008.
- A.-S. MILLET-DEVALLE (sous la direction), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, Pedone, Paris, 2010.
- N. MOLE, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2000.
- N. MOLE, C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, 5rd ed. Revised, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010.
- S. MORANO-FOADI, M. MALENA, *Integration for Third-Country Nationals in the European Union. The Equality Challenge*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, P. COGNINI, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, UTET, Torino, 2005.
- A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004.
- K. MUSALO, J. MOORE, R.A BOSWELL, *Refugee Law and Policy: Cases and Materials*, Carolina Academic Press, Durham, 1997.
- K. MUSALO, J. MOORE, R.A. BOSWELL, *Refugee Law and Policy: A Comparative and International Approach*, 4th ed., Carolina Academic Press, Durham, 2011.
- P.J. MUUS (ed.), *Exclusion and Inclusion of Refugees in Contemporary Europe*, European Research Centre on Migration and Ethnic Relations, Utrecht, 1997.
- N. MYERS, *Esodo ambientale: popoli in fuga da terre difficili*, Ed. Ambiente, Milano, 1999.
- S. NAMIHAS (ed.), *Derecho internacional de los refugiados*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- V.P. NANDA (ed.), *Refugee Law and Policy: International and U. S. Responses*, Greenwood Press, New York, 1989.
- B. NASCIBENE (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004.
- B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013.

BIBLIOGRAFIA

- B. NASCIBENE, M. PASTORE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995.
- B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2012.
- N. NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, Kluwer law international, The Hague, 2003.
- L.Q. NGO DINH, L. MANCA (a cura di), *Il sistema attuale di protezione internazionale. Austria, Francia, Regno Unito, Spagna*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.
- F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- V. NIKOLIC-RISTANOVIC (ed.), *Women, Violence and War: Wartime Victimization of Refugee in the Balkans*, Central European University Press, Budapest, 2000.
- G. NOLL (ed.), *Proof, Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005.
- L.L. NORTH, A.B. SIMMONS (eds.), *Journey of Fear: Refugee Return and National Transformation in Guatemala*, McGill-Queens University Press, Montreal, 1999.
- P. NYERS, *Rethinking refugees: Beyond States of Emergency*, Routledge, New York, 2006.
- S. OGATA, *The Turbulent Decade: Confronting the Refugee Crises of the 1990s*, W. W. Norton, New York/London, 2005.
- B. OPESKIN, R. PERRUCHOUD, J. REDPATH-CROSS, *Foundations of International Migration Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- K. PADMAJA (ed.), *Law of Refugees: Global Perspectives*, ICFAI University Press, New Delhi, 2008.
- F. PALERMO, N. SABANADZE (eds.), *National Minorities in Inter-State Relations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011.
- G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario ed interno*, Giuffrè, Milano, 2008.
- M.L. PARRY, O.F. CANZIANI, J.P. PALUTIKOF, P.J. VAN DER LINDEN, C.E. HANSON (eds.), *Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- L. PERAL FERNÁNDEZ, *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- PILLITU, *La tutela dei diritti dell'uomo e dei principi democratici nelle relazioni della comunità e dell'Unione europea con gli Stati ACP*, Giappichelli, Torino, 2003.
- L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006.
- R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2004.
- R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- R. PLENDER, *International Migration Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/ Boston/ London, 1988.
- R. QUADRI, *Estradizione (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 1 ss.
- A. QURESHI, *Rules of the Game: Detention, Deportation, Disappearance*, Columbia University Press, New York, 2009.
- R. RADDON, C.H. SMITH, *Information Needs of Refugee Groups*, British Library Research and Innovation Centre, London, 1998.
- G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- B.G. RAMCHARAN, *The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989.
- A. RANDELZHOFFER, C. TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martin Nijhoff Publishers, L'Aja, 1999.
- D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, I.S.U. Università Cattolica, Milano, 2007.
- N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, New York, 1953
- M. ROBINSON, A. CLAPHAM (eds.), *Realizing the Right to Health*, Rüffer & Rub, Zürich, 2009.
- N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2009.
- D.-O. ROTH, *Refugee Immigrants in Sweden: Educational Investment and Labour Market Integration*, Department of Economics Lund University, Lund, 1999.
- E. ROSSI, L. VITALI, *I rifugiati in Italia e in Europa. Procedure di asilo fra controllo e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2011.
- R. ROTTE, M. VOGLER, K.F. ZIMMERMANN, *South-North Refugee Migration: Lessons for Development Cooperation*, Centre for Economic Policy Research, London, 1997.
- B. RYAN, V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010.
- C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- L. SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011.
- F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, CEDAM, Padova, 2003.
- R. SALES, *Understanding Immigration and Refugee Policy: Contradictions and Continuities*, Policy Press, Bristol, 2007.

BIBLIOGRAFIA

- A.M. SALINAS DE FRÍAS, K.L.H. SAMUEL, N.D. WHITE (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- K. SALOMON, *Refugees in the Cold War: Toward a New International Refugee Regime in the Early Postwar Era*, Lund University Press, Lund, 1991.
- M.R. SAULLE (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.
- M.R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, La Sapienza Editrice, Roma, 2002.
- M.R. SAULLE (a cura di), *Lezioni di organizzazione internazionale. Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, vol. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.
- M.R. SAULLE, *L'Europa tra Costituzione, asilo e migrazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.
- M.R. SAULLE, *Migrazione e terrorismo: due fenomeni impropriamente abbinati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- J.B. SCHECHTMAN, *The Refugee in the World: Displacement and Integration*, A. S. Barnes and Company, New York, 1963.
- M.N. SHAW, *The International Law of Territory*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- O. SHEVEL, *Migration, refugee policy, and state building in postcommunist Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- J.C. SIMEON (ed.), *Critical Issues in International Refugee Law: Strategies toward Interpretative Harmony*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- A.B. SIMMONS (ed.), *International Migration, Refugee Flows and Human Rights in North America: The Impact of Free Trade and Restructuring*, Center for Migration Studies, New York, 1996.
- J.H. SIMPSON, *The Refugee Problem: Report of a Survey*, Oxford University Press, London, 1939.
- G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1950.
- T. SPIJKERBOER, *Gender and Refugee Status*, Ashgate, Aldershot, 2000.
- P. STANCATI (a cura di), *Lo status libertatis del "cittadino di paese terzo" nell'Unione europea. Ingresso, soggiorno, trattenimento e allontanamento*, Aracne Ed., Roma, 2011.
- A. STEFANO, *Il caso Venezia. Una richiesta di estradizione a rischio capitale*, Datanews, Roma, 1996.
- G. STENBERG, *Non-Expulsion and Non-Refoulement: the Prohibition against Removal of Refugees with Special Reference to Articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, Iustus Forlag, Uppsala, 1989.
- N. STEINER, *Arguing About Asylum: The Complexity of Refugee Debates in Europe*, St. Martin's Press, New York, 2000.
- J.G. STOESSINGER, *The Refugee and the World Community*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1956.

BIBLIOGRAFIA

- G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006.
- O. THURIN, *Der Schutz des Fremden vor Rechtswidriger Abschiebung das Prinzip des Non-Refoulement nach Artikel 3 EMRK*, Springer, Wien, New York, 2009.
- C. TOMUSCHAT, J.-M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: "Jus Cogens" and Obligations "Erga Omnes"*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006.
- E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrate*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.
- P. TUITT, *False Images: Law's Construction of the Refugee*, Pluto Press, London, 1996.
- P.W. VAN ARSDALE, *Forced to Flee: Human Rights and Human Wrongs in Refugee Homelands*, Lexington Books, Lanham, 2006.
- G.H.J. VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law: His Life, Work and Times*, 2° ed., A.W. Sijthoff, Leiden, 1968.
- P.J. VAN KRIEKEN, *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, T.M.C. Asser Press, L'Aja, 1999.
- P.J. VAN KRIEKEN, *The Consolidated Asylum and Migration Acquis: The EU Directives in an Expanded Europe*, T.M.C. Asser Press, L'Aja, 2004.
- J. VAN SELM [ET AL.], *The Refugee Convention at Fifty: A View From Forced Migration Studies*, Lexington Books, Lanham, 2003.
- F. VANNESTE, *General international law before human rights courts: assessing the specialty claims of international human rights law*, Intersentia, Antwerp, 2010.
- F. VASSALLO PALEOLOGO, P. CUTITTA (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale - Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009.
- J. VERNANT, *The Refugee in the Postwar World*, Yale University Press, New Haven, 1953.
- V. VEVSTAD, *Refugee Protection: A European Challenge*, Tano Aschehoug, Oslo, 1998.
- U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, Cacucci, 2012.
- A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, vol. 12, 2008.
- A. VON BOGDANDY [ET AL.] (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions Advancing International Institutional Law*, Springer, Heidelberg/Dordrecht/London/New York, 2010.
- M.R. VON STERNBERG, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law: Canadian and United States Case Law Compared*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/New York, 2002.

BIBLIOGRAFIA

- J. VRACHNAS [ET AL.], *Migration and refugee law: principles and practice in Australia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- S.D. WATSON, *The Securitization of Humanitarian Migration: Digging Moats and Sinking Boats*, Routledge, Abingdon/New York, 2009.
- F. WEBBER, *Borderline Justice: The Fight for Refugee and Migrant Rights*, London, Pluto Press, 2012.
- C.W. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Intersentia, Antwerpen/Potland, 2009.
- R. WEINZIERL, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, German Institute for Human Rights, Berlin, 2007.
- P. WEIS, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analyzed with Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- A.A. YUSUF, F. OUGUERGOUZ (eds.), *The African Union: Legal and Institutional Framework: a Manual on the Pan-African Organization*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.
- L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2006.
- R. ZAIOTTI, *Cultures of Border Control. Schengen and the Evolution of European Frontiers*, Chicago, University of Chicago Press, 2011.
- C. ZANGHÌ (a cura di), *Immigrati e rifugiati nel Mediterraneo, la situazione in Sicilia*, Giappichelli, Torino, 2001.
- A. ZIMMERMANN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- A.R. ZOLBERG, A. SUHRKE, S. AGUAYO, *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, Oxford Univ. Press, New York/Oxford, 1989.
- N.L. ZUCKER, N.F. ZUCKER, *The Guarded Gate: the Reality of American Refugee Policy*, Harcourt Brace Jovanovich, San Diego/New York/London, 1987.
- K. ZWAAN (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Members States*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007.

ARTICOLI IN RIVISTE E SAGGI IN VOLUMI COLLETTANEI

- G. ABI-SAAB, *Admission and Expulsion of Refugees with Special Reference to Africa*, in *African Yearbook of International Law*, vol. 8, 2000, pp. 71-91.
- F. ABBONDANTE, S. PRISCO, *La condizione giuridica degli immigrati e le politiche degli enti territoriali tra integrazione e rifiuto*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Stabilità dell'Esecutivo e democrazia rappresentativa*, Jovene Editore, Napoli, 2009, pp. 747-819.
- H. ADELMAN, *Early Warning and Prevention: the United Nations and Rwanda*, in F. NICHOLSON, P. TWORAEY (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 289-309.

BIBLIOGRAFIA

- H. ADELMAN, *Refugee Return: by Right and/or by Law*, in D. AVNON, Y. BENZIMAN (eds.), *Plurality and Citizenship in Israel: Moving beyond the Jewish/Palestinian Civil Divide*, Routledge, London, 2010, pp. 31-52.
- A. ADINOLFI, *L'eliminazione dei controlli alle frontiere interne e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 70-104.
- A. ADINOLFI, *Politica dell'immigrazione dell'Unione europea e lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 2, (3) 2008, pp. 483-511.
- A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, (3) 2009, pp. 669-696.
- C. AHLBORN, *The Normative Erosion of International Refugee Protection through UN Security Council Practice*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, (4) 2011, pp. 1009-1027.
- P. AKHAVAN, *The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 58, (3-4) 1989, pp. 243-256.
- L. ALENI, *Flussi di rifugiati, diritto al ritorno e misure del Consiglio di Sicurezza*, in *La Comunità internazionale*, vol. 61, (2) 2006, pp. 311-345.
- M. ALEXANDER, *Refugee Status Determination Conducted by UNHCR*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, (2) 1999, pp. 251-289.
- L.A. ALEXIDZE, *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, in *Recueil des courses*, vol. 172, 1981, pp. 219-270.
- J. ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, (4) 2001, pp. 533-558.
- S.D. AMARASINHA, M. ISENBECKER, *Terrorism and the Right to Asylum under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees: A Contradiction in Terms or Do Opposites Attract?*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, (2) 1996, pp. 223-240.
- R. AMIT, *No Refuge: Flawed Status Determination and the Failures of South Africa's Refugee System to Provide Protection*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, (3) 2011, pp. 458-488.
- N. AMODIO, *Espulsione e diritti dello straniero*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, (12) 1987, pp. 3320-3323.
- O. ANDRYSEK, *Protecting Refugees and Persons in Refugee-Like Situations*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B.G. RAMCHARAN, A. ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston, 2001, pp. 343-355.
- D.E. ANKER, *Discretionary Asylum: A Protection Remedy for Refugees under the Refugee Act of 1980*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, (1) 1987, pp. 1-72.
- E. ARBEL, *Shifting Borders and the Boundaries of Rights: Examining the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (1) 2013, pp. 65-86.

BIBLIOGRAFIA

- F.B. BAER, *International Refugees as Political Weapons*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 37, (1) 1996, pp. 243-259.
- M. BAGARIC, P. DIMOPOULOS, *Discrimination as the Touchstone of Persecution in Refugee Law*, in *Journal of Migration and Refugee Issues*, vol. 3, (1) 2007, pp. 14-39.
- S. BAGSHAW, *Responding to the Challenge of Internal Forced Migration: The Guiding Principles on Internal Displacement*, in R.I. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2007, pp. 189-202.
- R. BARATTA, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L'Aquila, 2008, pp. 7-19.
- R. BARNES, *Refugee Law at Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (1) 2004, pp. 47-77.
- T.M.N. BAHAME, *Refugee Protection under the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugees Problems in Africa*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 47, 2004, pp. 85-104.
- A.J. BELLAMY, *The Responsibility to Protect. Five Years On*, in *Ethics & International Affairs*, vol. 24, (2) 2011, pp. 143-169.
- F. BELVISI, *Il diritto d'asilo tra garanzia dei diritti dell'uomo ed immigrazione nell'Europa comunitaria*, in *Sociologia del diritto*, (1) 1995, pp. 53-76.
- C.H. BENAM, *Emergence of a "Big Brother" in Europe: Border Control and Securitization of Migration*, in *Insight Turkey*, vol. 13, (3) 2011, pp. 191-207.
- M. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare*, in *Rassegna degli avvocati italiani*, (2) 2009, pp. 35-41.
- P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 151-172.
- A. BETTS, *Towards a 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, (2) 2010, pp. 209-236.
- A. BETTS, *International Cooperation in the Refugee Regime*, in A. BETTS, G. LOESCHER (eds.), *Refugees in International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 53-84.
- J. BHABHA, *Demography and Rights: Women, Children and Access to Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 16, (2) 2004, pp. 227-243.
- J.L. BIANKU, *Roundtable Discussion with the IARLJ, the CJEU and the ECtHR on Leading Asylum Cases*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 382-393.
- V. BISCARDI, *I nuovi rifugiati e la normativa italiana*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, (1) 1994, pp. 62-65.
- N. BLAKE, *Exclusion from Refugee Protection: Serious Non Political Crimes after 9/11*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, (4) 2002, pp. 425-447.

BIBLIOGRAFIA

- N. BLAKE, *Luxembourg, Strasbourg and the National Court: the Emergence of a Country Guidance System for Refugee and Human Rights Protection*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 349-372.
- R. BLACK, *UNHCR at 50: Past, Present and Future of Refugee Assistance*, in *International Migration Review*, Vol. 35, (1) 2001, pp. 57-78.
- D. BLUMENWITZ, *Das Weltflüchtlingsproblem und die Menschenrechte*, in *AWR Bulletin*, vol. 27, (2-3) 1989, pp. 77-89.
- L. BLUTMAN, *On a Special Obstacle to the Expulsion of Aliens*, in *Acta humana*, (27) 1997, pp. 39-51.
- J.J. BOLTEN, *The Right to Seek Asylum in Europe*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 7, (4) 1989, pp. 381-412.
- B. BONAFÈ, *La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2010, p. 277 -296.
- J. BOND, *Excluding Justice: the Dangerous Intersection Between Refugee Claims, Criminal Law, and "Guilty" Asylum Seekers*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, (1) 2012, pp. 37-59.
- M. BOND RANKIN, *Extending the Limits or Narrowing the Scope? Deconstructing the OAU Refugee Definition Thirty Years On*, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 21, (3) 2005, p. 406-435.
- P. BONETTI, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, (3) 1994, pp. 2372-2410.
- P. BONETTI, *Il diritto d'asilo. Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 1135-1188.
- P. BONETTI, *Il divieto di subire maltrattamenti nello Stato verso cui è espulso lo straniero è bilanciabile?*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 28, (2) 2008, p. 409-412.
- P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 11, (4) 2009, pp. 85-128.
- P. BONETTI, *La decisione di Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, (2) 2012, pp. 447-449.
- E. BOREL, *L'Organisation internationale de la Croix-Rouge*, in *Recueil des courses*, vol. 1, 1923, pp. 569-608.
- S. BORELLI, *Allontanamento dello straniero dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 99-122.
- V. BOU, *Crimes Against Humanity in Contemporary International Law*, in A. CONSTANTINIDES, N. ZAIKOS, *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, pp. 547-579.

BIBLIOGRAFIA

- S. BOURGON, *The impact of terrorism on the principle of "non-refoulement" of refugees: the Suresh case before the Supreme Court of Canada*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, (1) 2003, pp. 169-185.
- R. BRETT, E. LESTER, *Refugee Law and International Humanitarian Law: Parallels, Lessons and Looking Ahead: A Non-Governmental Organization's View*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83, (843) 2001, pp 713-726.
- I. BROWNLIE, *Problems Concerning the Unity of International Law*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 153-162.
- E. BROUWER, *Immigration, Asylum and Terrorism: A Changing Dynamic Legal and Practical Developments in the EU Response to the Terrorist Attacks of 11/09*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, (4) 2002, pp. 399-424.
- E. BROUWER, *Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, (1) 2013, pp. 135-147.
- R. BRUIN, C.W. WOUTERS, *Terrorism and the Non-Derogability of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, (1) 2003, pp. 5-29.
- A. BULTRINI, *I rapporti fra le Corti nella prospettiva della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, (1) 2011, pp. 120-132.
- W. BURTSCHER, *Die Flüchtlingsfrage in ihrer europäischen Dimension*, in *AWR Bulletin*, vol. 25, (1) 1987, pp. 41-52.
- J.A BUSTAMANTE, *Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights*, in *International Migration Review*, vol. 36, (2) 2002, pp. 333-354.
- R. BYRNE, G. NOLL, J. VEDSTED-HANSEN, *Understandings Refugee Law in an Enlarged European Union*, in *European Journal of International Law*, vol. 15, (2) 2004, pp. 355-379.
- G. CAGGIANO, *Asilo, ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero nella nuova legge sull'immigrazione*, in *Comunità internazionale*, vol. 45, (1) 1990, pp. 31-50.
- G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 3, (1) 2008, pp. 105-144.
- A. CALIGIURI, *Le operazioni di contrasto all'immigrazione clandestina alle frontiere marittime dell'UE e la tutela dei richiedenti asilo*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2010, p. 359-386.
- H.E. CAMERON, *Refugee Status Determinations and the Limits of Memory*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, (4) 2010, pp. 469-511.
- N. CANEFE, *The Fragmented Nature of the International Refugee Regime and its Consequences: a Comparative Analysis of the Applications of the 1951 Convention*, in J.C. SIMEON (ed.), *Critical Issues in International Refugee Law: Strategies toward Interpretative Harmony*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 174-210.
- E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84, (2) 2001, pp. 440-443.

BIBLIOGRAFIA

- E. CANNIZZARO, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea sul contenuto della tutela dei diritti umani nell'Unione europea*, in M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo. Atti del Convegno interinale SIDI, Università della Calabria, 12 aprile 2010*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 39-50.
- P.J. CARDWELL, *Determining Refugee Status under EU Law: Directive 2004/83/EC and Bolbol (C-31/09)*, in *European Law Review*, vol. 36, (1) 2011, pp. 135-145.
- G. CARELLA, *Il caso Hirsi Jamaa e l'isola che non c'è*, in *Sud in Europa*, apr. 2012, pp. 5-7, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.sudineuropa.net/articolo.asp?ID=493>].
- J.-Y. CARLIER, *The Geneva refugee definition and the "theory of the three scales"*, in F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *Refugee rights and realities: evolving international concepts and regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, in *Recueil des courses*, vol. 332, 2007, pp. 9-354.
- J.L. CARLIN, *Significant Refugee Crises Since World War II and the Response of the International Community*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 3-26.
- S. CARR, *From Theory to Practice: National and Regional Application of the Guiding Principles*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, (1) 2009, pp. 34-47.
- O. CASANOVAS, *La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés*, in *Recueil des courses*, vol. 306, 2003, pp. 9-176.
- A. CASSESE, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana. Principi Fondamentali, art. 1-12*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna/Roma, 1975, pp. 461-591.
- G. CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 2, (1) 2008, p. 50-70.
- E. CAVASINO, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2010, p. 297-335.
- G. CELLAMARE, *La sentenza Hirsi Jamaa e la "nuova fase di cooperazione" tra Italia e Libia nel settore migratorio*, in *Sud in Europa*, sett. 2012, pp. 3-6, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.sudineuropa.net/articolo.asp?ID=507>].
- H. CHALCHOUL, *Le cadre juridique de la protection internationale des refugies*, in *Etudes internationales*, vol. 109, (4) 2008, pp. 168-174.
- P.C.W. CHAN, *The Protection of Refugees and Internally Displaced Persons: Non-refoulement under Customary International Law?*, in *International Journal of Human Rights*, vol. 10, (3) 2006, pp. 231-239.
- F. CHERUBINI, *Terrorismo (diritto internazionale)*, in A. FALZEA [ET AL.], *Enciclopedia del diritto, Annali V, Abuso di posizione dominante. Vertici internazionali*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1213-1234.

BIBLIOGRAFIA

- V. CHETAIL, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, in V. CHETAIL, J.F. FLAUSS (eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 3-61.
- V. CHETAIL, *Freedom of Movement and Transnational Migrations: A Human Rights Perspective*, in A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, T. M. C. Asser, The Hague/London/New York, 2003, pp. 47-60.
- V. CHETAIL, *La réforme française de l'asile: prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés*, in *Journal de droit international*, vol. 131, (3) 2004, pp. 817-865.
- V. CHETAIL, *Voluntary Repatriation in Public International Law: Concepts and Contents*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 23, (3) 2004, pp. 1-32.
- V. CHETAIL, *Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants*, in *Revue belge de droit international*, vol. 37, (1) 2004, pp. 155-210.
- V. CHETAIL, *Le Comité des Nations Unies contre la torture et l'expulsion des étrangers: dix ans de jurisprudence*, in *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 16, (1) 2006, pp. 63-104.
- V. CHETAIL, *The Implementation of the Qualification Directive in France: One Step Forward and Two Steps Backwards*, in K. ZWAAN (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Members States*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007, pp. 87-101.
- V. CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tous ses Etats*, in ID (ed.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 13-133.
- V. CHETAIL, *International Legal Protection of Migrants and Refugees: Ghetto or Incremental Protection? Some Preliminary Comments*, in K. PADMAJA (ed.), *Law of Refugees: Global Perspectives*, ICFAI University Press, New Delhi, 2008, pp. 31-46.
- V. CHETAIL, *Paradigm and Paradox of the Migration-Development Nexus: The New Border for North-South Dialogue*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 51, 2008, pp. 183-215.
- V. CHETAIL, G. GIACCA, *Who Cares? The Right to Health of Migrants*, in M. ROBINSON, A. CLAPHAM (eds.), *Realizing the Right to Health*, Rüffer & Rub, Zürich, 2009, pp. 224-234.
- L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto d'asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. 6, (2) 2004, pp. 25-48.
- B.S. CHIMNI, *Reforming the International Refugee Regime: a Dialogic Model*, in H. LAMBERT (ed.), *International Refugee Law*, Ashgate, Aldershot, 2010, pp. 411-428.
- R. CHOLEWINSKI, *Strasbourg's Hidden Agenda: The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 12, (3) 1994, pp. 287-306.
- R.S. CLARK, *Human Rights and the United Nations High Commissioner for Refugees*, in *International Journal of Legal Information*, vol. 10, (6) 1982, pp. 287-307.
- T. CLARK, *Human Rights and Expulsion: Giving Content to the Concept of Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, (2) 1992, pp. 189-204.

BIBLIOGRAFIA

- T. CLARK, *Rights Based Refugee, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 16, (4) 2004, pp. 584-608.
- T. CLARK, F. CRÉPEAU, *Mainstreaming Refugee Rights. The 1951 Refugee Convention and International Human Rights Law*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 17, (4) 1999, pp. 389-410.
- T. CLARK, F. CRÉPEAU, *Human Rights in Asylum Sharing and Other Human Transfer Agreements*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, (2) 2004, pp. 217-240.
- R. CLERICI, *Freedom of States to Regulate Nationality: European versus International Court of Justice?*, in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013.
- N. COLEMAN, *Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, in *European Journal of Migration Law*, vol. 5, (1) 2003, pp. 23-68.
- G.J.L. COLES, *The Condition of Refugees from Situations of Armed Conflict and Serious Internal Disturbance*, in F. KALSHOVEN (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston, 1989, p. 147-163.
- G. CONETTI, *Il futuro della ricerca sui rifugiati*, in *Affari sociali internazionali*, vol. XIX, (2) 1991, p. 185-193.
- B. CONFORTI, *Prefazione*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Teso Editore, Roma, 2009.
- D. CONSOLI, G. SCHIAVONE, *Analisi della procedura semplificata, della procedura ordinaria e delle collegate misure di trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. 7, (2) 2005, pp. 13-27.
- M. CONTAT HICKEL, *Protection of Internally Displaced Persons Affected by Armed Conflict: Concept and Challenges*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83, (843) 2001, pp. 699-711.
- B. CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, vol. 11, (1) 2006, pp. 63-95.
- M. COSTA, *L'espulsione dello straniero a titolo di sanzione alternativa tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza di merito*, vol. 36, (9) 2004, pp. 1762-1791.
- F. COSTAMAGNA, *Deroghe agli obblighi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo per combattere il terrorismo internazionale: analisi di alcune questioni controverse*, in *La Comunità internazionale*, vol. LXII, (1) 2007, pp. 111-130.
- R.L. COVE, *State Responsibility for Constructive Wrongful Expulsion of Foreign Nationals*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 11, (4) 1988, p. 802-38.
- A. COZZI, *Straniero residente in Italia, ricongiungimento familiare ed espulsione: giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo a confronto*, in *Il Foro italiano*, vol. 131, (3) 2006, pp. 674-677.
- J. CRAWFORD, *Three Heresies in the Application of the Refugee Convention*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (2) 1989, pp. 155-179.

BIBLIOGRAFIA

- M. CROCK, C. ERNST, R. MCCALLUM, *Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, (4) 2012, pp. 735-764.
- M.E. CROSS, S. WILLIAMS, *Between the Devil and the Deep Blue Sea: Conflicted Thinking in the Al-Saadoon Affair*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, (3) 2009, pp. 689-702.
- S.A. CUNLIFFE, M. PUGH, *UNHCR as Lader in Hmanitarian Asistance: a Tiumph of Plitics over Lw?*, in F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *Refugee Rghts and Ralities: Eolving Iternational Cncepts and Rgimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 175-199.
- W. CZAPLINSKI, P. STURMA, *La responsabilité des Etats pour les fléaux de réfugiée créés par eux*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, pp.156-169.
- E.F. D'ANGELO, *Non-Refoulement: the Search for a Consistent Interpretation of Article 33*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, (1) 2009, pp. 279-315.
- K. DARLING, *Protection of Stateless Persons in International Asylum and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, (4) 2009, pp. 742-767.
- S.L. DAVID, *A Foul Immigration Policy: U. S. Misinterpretation of the Non-Refoulement Obligation Under the Convention Against Torture*, in *New York Law School Journal of Human Rights*, vol. 19, (3) 2003, pp. 769-806.
- S.E. DAVIES, *Redundant or Essential? How Politics Shaped the Outcome of the 1967 Protocol*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 19, (4) 2007, pp. 703-728.
- G. DE BECO, *L'expulsion des étrangers mineurs délinquants: une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Cour européenne des droits de l'homme, Gde Ch., Maslov c. Autriche, 23 juin 2008*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (80) 2009, pp. 1091-1108.
- P. DE SENA, A. SACCUCCI, *Diritti fondamentali*, in M. FLORES, T. GROPPI, R. PISILLO MAZZESCHI (a cura di), *Diritti umani: cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, UTET, Torino, 2007, vol. 1, pp. 376-382.
- F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, (3) 2009, pp. 800-807.
- F. DEL BÉRGIOLO, *L'asilo diplomatico: considerazioni sulla sua natura giuridica*, in *La Comunità Internazionale*, vol. 42, (4) 1987, pp. 492-505.
- A. DEL GUERCIO, *Il principio del non-refoulement tra dottrina dei diritti umani e sistema internazionale di protezione dei rifugiati*, in L. CIMMINO, N. RAMPAZZO (a cura di), *Diritti umani nell'era della globalizzazione e dei conflitti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 19-38.
- A. DEL GUERCIO, *Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della CEDU e nell'ordinamento dell'UE*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2010, p. 387-418.
- A. DEL GUERCIO, *Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani*, in *Gli stranieri*, (2) 2010, pp. 7-30.
- K. DEL MAR, *The Requirement of 'Belonging' under International Humanitarian Law*, in *European Journal of International Law*, vol. 21, (1) 2010, pp. 105-124.

BIBLIOGRAFIA

- V. DELLA FINA, voce *Rifugiati. I) diritto internazionale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Postilla di aggiornamento, 2007.
- M.B. DEMBOUR, *Interception-at-sea: Illegal as Currently Practiced – Hirsi and Others v. Italy*, in *Strasbourg Observers*, 02.03.2012, accessibile online, all'indirizzo: [http://strasbourgobservers.com].
- M. DEN HEIJER, *Whose Rights and Which Rights?: the Continuing Story of Non-Refoulement Under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 10, (3) 2008, pp. 277-314.
- M. DEN HEIJER, *Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 265-290.
- R. DI CHIO, *La tutela internazionale delle vittime della tratta e la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato*, in *La Comunità internazionale*, vol. 62, (2) 2007, pp. 303-326.
- V. DI COMITE, *Espulsione degli stranieri irregolari: una mera facoltà o un obbligo degli Stati?*, in *Sud in Europa*, 2009, pp. 6-7.
- Y. DINSTAIN, *Refugees and the Law of Armed Conflict*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 12, 1982, pp. 94-109.
- B. DOCHERTY, T. GIANNINI, *Confronting a Rising Tide: A proposal of a Convention on Climate Change Refugees*, in *Harvard Environmental Law Review*, vol. 33, 2009, pp. 349-403.
- P.-F. DOCQUIR, *Le droit de retour des réfugiés et personnes déplacées en Bosnie-Herzégovine*, in *Hague Yearbook of International Law*, vol. 11, 1998, pp. 67-82.
- J. DOERFEL, *The Convention Against Torture and the Protection of Refugees*, in *Refugee Survey Quarterly*, 24 (2) 2005, pp. 83-97.
- T.W. DONOVAN, *The American Immigration System: A Structural Change with a Different Emphasis*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (3) 2005, pp. 574-592.
- R. DOWD, *Dissecting Discrimination in Refugee Law: an Analysis of its Meaning and its Cumulative Effect*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, (1) 2011, pp. 28-53.
- C. DROEGE, *Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 90, (871) 2008, pp. 669-701.
- D. DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*, in *Diritto dell'Unione europea*, vol. 9, (4) 2004, pp. 811-845.
- A. DUFFY, *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, (3) 2008, pp. 373-390.
- A. DUFFY, *Expulsion to Face Torture?: Non-Refoulement in International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, (3) 2008, pp. 373-390.
- P.-M. DUPUY, *Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi*, in *European Journal of International Law*, vol. 16, (1) 2005, p. 131-137.

BIBLIOGRAFIA

- J.F. DURIEUX, A. HURWITZ, *How Many Is Too Many? African and European Legal Responses to Mass Influxes of Refugees*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 47, 2004, pp. 105-159.
- J.F. DURIEUX, J. MCADAM, *Non-Refoulement Through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies*, in A.F. BAYEFSKY (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers – Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 211-234.
- J. EATON, *The Internal Protection Alternative Under European Union Law: Examining the Recast Qualification Directive*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, (4) 2012, pp. 765-792.
- A. EDWARDS, *Human Rights, Refugees, and the Right ‘To Enjoy’ Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (2) 2005, pp. 293-330.
- A. EDWARDS, *The Optional Protocol to the Convention Against Torture and the Detention of Refugees*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, (4) 2008, pp. 789-825.
- A. EDWARDS, *‘Less Coercive Means’: The Legal Case for Alternatives to Detention of Refugees, Asylum-Seekers and Other Migrants*, in S.S. JUSS (ed.), *Research Companion to Migration Theory and Policy*, Ashgate, Farnham, 2013, pp. 443-470.
- T. EINARSEN, *European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de Facto Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, (3) 1990, pp. 361-389.
- R. ERGEC, *Le Conseil de l’Europe et les réfugiés*, in *Revue belge de droit international*, vol. 22, (1) 1989, pp. 121-132.
- F. ERMACORA, *The Protection of Minorities before the United Nations*, in *Recueil des courses*, vol. 182, 1983, pp. 247-370.
- R. ERRERA, *Cessation and Assessment of New Circumstances: a Comment on Abdulla*, CJEU, 2 March 2010, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, (3) 2011, pp. 521-537.
- J. ESPONDA FERNANDEZ, *La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados*, in L. FRANCO (coord.) *El asilo y la protección Internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, Editorama, San José, 2004, pp. 79-124.
- C. ESPOSITO, *Voce “Asilo” (diritto di)*, *Diritto Costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 222-226.
- O.C. EZE, *The Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, in A.A. YUSUF, F. OUGUERGOUZ (eds.), *The African Union: Legal and Institutional Framework: a Manual on the Pan-African Organization*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 495-518.
- A. FABBRICOTTI, *The Concept of Inhuman and Degrading Treatment in International Law and Its Application in Asylum Cases*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, (4) 1998, pp. 637-661.
- A. FABBRICOTTI, *The Diplomatic Protection of Refugees by Their State of Asylum – A Few Remarks on the Exclusion of the State of Nationality of the Refugee from the Addressees of the Claim*, in *AWR Bulletin*, vol. 43, (4) 2005, pp. 266-272.
- C. FAVILLI, *I nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, (4) 2009, pp. 1114-1119.

BIBLIOGRAFIA

- C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, (4) 2011, pp. 693-730.
- C. FAVILLI, *Secca condanna dell'Italia per i rimpatri di migranti in alto mare verso la Libia*, in *Questione giustiziana*, (3) 2012, pp. 199-208.
- A. FARMER, *Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23, (1) 2008, pp. 1-38.
- J. FEITSMA, *Repatriation Law and Refugees*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 7, (3) 1989, pp. 294-307.
- P. FELICIANO, *The Principle of Non-Refoulement: A Note on International Legal Protection of Refugees and Displaced Persons*, in *Philippine Law Journal*, vol. 57, 1982, pp. 598-609.
- E. FELLER, *Carrier Sanctions and International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (1) 1989, pp. 48-66.
- E. FELLER, *International Refugee Protection 50 Years On: The Protection Challenges of the Past, Present and Future*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83 (843), 2001, pp. 581-606.
- E. FELLER, *The Convention at 50: The Way Ahead for Refugee Protection*, in *Forced Migration Review*, (10) 2001, pp. 6-9.
- P.A. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, *Le nuove sfide per la protezione dei rifugiati*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, vol. 7, (20) 2005, pp. 36-41.
- T. FIDALGO DE FREITAS, *Portuguese Migration Law: A Constitutional and Administrative Overview*, in *European Review of Public Law*, vol. 21, (1) 2009, pp. 345-401.
- J.R.C. FIELD, *Bridging the Gap between Refugee Rights and Reality: a Proposal for Developing International Duties in the Refugee Context*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, (4) 2010, pp. 512-557.
- A. FISCHER-LESCANO, T. LOHR, T. TOHIDIPUR, *Border Controls at Sea: Requirements Under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, (2) 2009, pp. 256-296.
- L. FISKE, *Politics of Exclusion, Practice Of Inclusion: Australia's Response to Refugees and the Case for Community Based Human Rights Work*, in *International Journal of Human Rights*, vol.10, (3) 2006, pp. 219-229.
- J. FITZPATRICK, *Refugee Protection in the Twenty-First Century*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 43, 2000, pp. 77-100.
- J. FITZPATRICK, *Revitalizing the 1951 Refugee Convention*, in H. LAMBERT (ed.), *International Refugee Law*, Ashgate, Aldershot, 2010, pp. 209-233.
- J. FITZPATRICK, J. BROTMAN, S. BROTMAN, *Current Issues in Cessation of Protection Under Article 1C of the 1951 Refugee Convention and Article 1.4 of the 1969 OAU Convention*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, (3) 2003, pp. 351-356.
- M. FLYNN, *Donde Esta La Frontera?*, in *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 58, (4) 2002, pp. 24-35.

BIBLIOGRAFIA

- M. FLYNN, *What's the Deal at Manta?*, in *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 61, (1) 2005, pp. 23-29.
- M. FLYNN, *Europe: On Its Borders New Problems*, in *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 6, (2) 2006, pp. 21-23.
- S. FORBES MARTIN, *Rethinking the International Refugee Regime in Light of Human Rights and the Global Common Good*, in D. HOLLENBACH (ed.), *Driven from Home: Protecting the Rights of Forced Migrants*, Georgetown University Press, Washington DC, 2010, pp. 15-36.
- S. FORLATI, *Il diritto all'assistenza consolare al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte costituzionale tedesca*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 1, (2) 2007, pp. 403-407.
- M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 203-230.
- D.P. FORSYTHE, *Humanitarian protection: The International Committee of the Red Cross and the United Nations High Commissioner for Refugees*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83, (843) 2001, pp. 675-698.
- M. FOSTER, *Protection Elsewhere: The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in another State*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, (2) 2007, pp. 223-286.
- M. FOSTER, *Non-Refoulement on the Basis of Socio-Economic Deprivation: The Scope of Complementary Protection in International Human Rights Law*, in *New Zealand Law Review*, (2) 2009, pp. 257-310.
- M. FOSTER, J. POBJOY, *A Failed Case of Legal Exceptionalism?: Refugee Status Determination in Australia's "Excised" Territory*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, (4) 2011, pp. 583-631.
- L. FOUDA, *Compulsory Voluntary Repatriation: Why Temporary Protection for Sudanese Asylum-Seekers in Cairo Amounts to Refoulement*, in *Georgetown Journal on Poverty Law & Policy*, vol. 14, (3) 2007, pp. 511-537.
- A. FRANCIS, *Bringing Protection Home: Healing the Schism Between International Obligations and National Safeguards Created by Extraterritorial Processing*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, (2) 2008, pp. 273-313.
- I.D. FRANKOPAN, *Extraordinary Rendition and the Law of War*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 33, (4) 2008, pp. 657-692.
- B. FRELICK, *U. S. Asylum and Refugee Policy: the "Culture of no"*, in W.T. ARMALINE, D.S. GLASBERG, B. PURKAYASTHA (eds.), *Human Rights in our own Backyard: Injustice and Resistance in the United States*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2011, pp. 138-145.
- P.J. FRESHWATER, *The Obligation of Non-Refoulement under the Convention Against Torture: when has a Foreign Government acquiesced in the Torture of its Citizens?*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19, (4) 2005, pp. 585-608.
- M. FULLERTON, *Inadmissible in Iberia: The Fate of Asylum Seekers in Spain and Portugal*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (4) 2005, pp. 659-687.
- G. GAJA, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, in *Recueil des courses*, vol. 172, 1981, pp. 271-316.

BIBLIOGRAFIA

- G. GAJA, *Expulsion of Aliens: some Old and New Issues in International Law*, in J. CARDONA LLORENS (coord.), *Cursos euromediterráneos bancaja de derecho internacional*, Aranzadi, Pamplona, vol. III, 2000, pp. 283-314.
- G. GAJA, *The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective*, in *European Journal of International Law*, vol. 21, (1) 2010, pp. 11-14.
- F. GALINDO VÉLEZ, *El asilo en el sistema de las Naciones Unidas y en el sistema interamericano*, in ACNUR (ed.), *Compilación de instrumentos jurídicos regionales relativos a derechos humanos, refugio y asilo*, vol. II, 2° ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, San José, 2002, pp. 17-82.
- T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Growing Barriers: International Refugee Law*, in M. GIBNEY, S. SKOGLY (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia PA, 2010, pp. 55-81.
- T. GAMMELTOFT-HANSEN, *The Externalisation of European Migration Control and the Reach of International Refugee Law*, in E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 273-298.
- A. GATTINI, *La Corte internazionale di giustizia fra judicial activism e judicial self-restraint: il curioso caso della richiesta di interpretazione della sentenza resa nell'affare Avena*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, (2) 2009, pp. 476-483.
- G. GENTILI, *European Court of Human Rights: An Absolute Ban on Deportation of Foreign Citizens to Countries Where Torture or Ill-Treatment is a Genuine Risk*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, (2) 2010, pp. 311-322.
- A. GIANELLI, *Obbligo di non-refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, in A. CANNONE (a cura di), *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 363-389.
- A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 91, (2) 2008, pp. 449-456.
- R. GIBB, A. GOOD, *Do the Facts Speak for Themselves? Country of Origin Information in French and British Refugee Status Determination Procedures*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 291-322.
- G. GILBERT, *Implementing Protection: what Refugee Law can learn from IDP Law ... and vice versa*, in G. GILBERT, F. HAMPSON, C. SANDOVAL (eds.), *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley*, Routledge, Abingdon, 2011, pp. 183-198.
- G. GILBERT, *Interesting Times: 2002-13*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 195-206.
- G.S. GILBERT, *Right of Asylum: A Change of Direction*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, (3) 1983, pp. 633-650.
- M. GIUFFRÉ, *Watered Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, (3) 2012, pp. 728-750.
- M. GIUFFRÉ, *State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, (4) 2012, pp. 692-734 .
- M. GIUFFRÈ, *Readmission Agreements and Refugee Rights: From a Critique to a Proposal*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2013, vol. 32, (3), pp. 79-111.

BIBLIOGRAFIA

- A. GOMEZ ROBLEDO, *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*, in *Recueil des courses*, vol. 172, 1981, pp. 9-217.
- M. GONDEK, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, in *Netherlands International Law Review*, vol. 52, (3) 2005, pp. 349-387.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Entry and Exclusion of Refugees: The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 291-337.
- G.S. GOODWIN-GILL, "Non-refoulement" and the New Asylum Seekers, in *Virginia Journal of International Law*, 26, (4) 1986, pp. 897-918.
- G.S. GOODWIN-GILL, *The Language of Protection*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (1) 1989, pp. 6-19.
- G.S. GOODWIN-GILL, *The Haitian Refoulement Case: A Comment*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, (1) 1994, pp. 103-109.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Refugee identity and protection's fading prospect*, in F. NICHOLSON, P. TWORAEY (eds.), *Refugee Rghts and Ralities: Eolving Iternational Cncepts and Rgimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 220-249.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Asylum 2001 – A Convention and a Purpose*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, (1/2) 2001, p. 1-15.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Refugees: Challenges to Protection*, in *International Migration Review*, vol. 35, (1) 2001, p. 130-142.
- G.S. GOODWIN-GILL, *The individual refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam*, in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 141-163.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Refugees and Responsibility in the Twenty-First Century: More Lessons Learned from the South Pacific*, in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 12, 2003, pp. 23-47.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Migrant Rights and Managed Migration*, in V. CHETAİL (ed.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, vol. II, pp. 161-187.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Everyone and the Citizen: The Devaluation of Principles and Protection*, in J. HOCKING, C. LEWIS (eds.), *Counter-Terrorism and the Post-Democratic State*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2007, pp. 101-115.
- G.S. GOODWIN-GILL, *The Extraterritorial Processing of Claims to Asylum or Protection: The Legal Responsibilities of States and International Organisations*, in *University of Technology Sydney Law Review*, vol. 9, (1) 2007, pp. 26-40.
- G.S. GOODWIN-GILL, *Convention relating to the Status of Refugees, Geneva, 28 July 1951; Protocol relating to the Status of Refugees, New York, 31 January 1967*, in *UN Audiovisual Library of International Law*, 2008, pp. 1-9.

BIBLIOGRAFIA

- G.S. GOODWIN-GILL, *International and National Responses to the Challenges of Mass Forced Displacement*, in J. HANDMAKER, L.A. DE LA HUNT, J. KLAAREN (eds.), *Advancing Refugee Protection in South Africa*, Berghahn Books, Oxford, 2008, pp. 1-15.
- G.S. GOODWIN-GILL, *The Extraterritorial Processing of Claims to Asylum or Protection: The Legal Responsibilities of States and International Organisations*, in *University of Technology Sydney Law Review*, vol. 9, 2008, pp. 26-40.
- G.S. GOODWIN-GILL, *The Politics of Refugee Protection*, in H. LAMBERT (ed.), *International Refugee Law*, Ashgate, Aldershot, 2010, pp. 145-160.
- G.S. GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, (3) 2011, pp. 443-457.
- B. GORLICK, *The Convention and the Committee against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, (3) 1999, pp. 479-495.
- B. GORLICK, *Human Rights and Refugees: Enhancing Protection through International Human Rights Law*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 69, (2) 2000, pp. 117-177.
- G. GORNIG, *Das non-refoulement-Prinzip, ein Menschenrecht in statu nascendi: auch ein Beitrag zu Art. 3 Folterkonvention*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 13, 1986, pp. 521-529.
- M. GOTTWALD, *Asylum Claims and Drug Offences: The Seriousness Threshold of Article 1F(b) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the UN Drug Convention*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, (1) 2006, pp. 81-117.
- J.B. GOULD, S. COLLEEN, W. JOHANNES, *A Refugee from Justice? Disparate Treatment in the Federal Court of Canada*, in *Law & Policy*, vol. 32, 2010, pp. 454-486.
- F. GRAZIANI, *Gli accordi di riammissione*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. 243-266.
- A. GRAHL-MADSEN, *International Refugee Law Today and Tomorrow*, in *Archiv des Völkerrechts*, vol. 20, (4) 1982, pp. 411-467.
- A. GRAHL-MADSEN, *Refugees and Refugee Law in a World in Transition*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 65-88.
- J. GREATBATCH, *The Gender Difference: Feminist Critiques of Refugee Discourse*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (4) 1989, pp. 518-527.
- E. GRIFFITH, *Deportation and the Refugee*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 125-136.
- A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Questione giustizia*, (1) 2009, pp. 87-100.
- E. GUILD, *Between Persecution and Protection. Refugees and the New European Asylum Policy*, in A. DASHWOOD, J. SPENCER, A. WARD, C. HILLION, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 3, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 169-199.
- E. GUILD, *Seeking Asylum: Storm Clouds Between International Commitments and EU Legislative Measures*, in *European Law Review*, vol. 29, (2) 2004, pp. 198-218.

BIBLIOGRAFIA

- D. GUILFOYLE, *Counter-Piracy Law Enforcement and Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, (1) 2010, pp 141-169.
- S.E. HAGER, *Zimbabwe: Why the United Nations, State, and Non-State Actors Failed to Effectively Regulate Mugabe's Policy of Internal Displacement*, in *California Western International Law Journal*, vol. 37, (2) 2007, pp. 221-276.
- K. HAILBRONNER, *Non-Refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, (4) 1986, pp. 857-896.
- K. HAILBRONNER, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: A Comment*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, (1) 1995, pp. 81-100.
- J. HANDMAKER, *Seeking Justice, Guaranteeing Protection and Ensuring Due Process: Addressing the Tensions between Exclusion from Refugee Protection and the Principle of Universal Jurisdiction*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 21, (4) 2004, pp. 677-696.
- B.E. HARRELL-BOND, *Protests Against the UNHCR to Achieve Rights: Some Reflections*, in K. GRABSKA, L. MEHTA, *Forced Displacement: Why Rights Matter*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2008, pp. 222-243.
- J.C. HATHAWAY, *Special Feature – The Third Colloquium on Challenges in International Refugee Law: The Michigan Guidelines on Well Founded Fear*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, (2) 2005, pp. 491-504.
- J.C. HATHAWAY, *The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, (2) 2007, pp. 207-221.
- J.C. HATHAWAY, *Why Refugee Law Still Matters*, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, (1) 2007, pp. 89-103.
- J.C. HATHAWAY, *A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law*, in H. LAMBERT (ed.), *International Refugee Law*, Ashgate, Aldershot, 2010, pp. 65-119.
- J.C. HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, in *Texas International Law Journal*, vol. 45, (3) 2010, pp. 503-536.
- J.C. HATHAWAY, J.H. COLIN, *Framing Refugee Protection in the New World Disorder*, in *Cornell International Law Journal*, vol. 34, (2) 2001, pp. 257-320.
- J.C. HATHAWAY, W.S. HICKS, *Special Feature – Is there a Subjective Element in the Refugee Convention's Requirement of "Well-Founded Fear"?*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, (2) 2005, pp. 505-562.
- C. HEIN, *L'arrivo protetto di rifugiati nell'Unione europea*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, (3) 2003, pp. 47-50.
- A.C. HELTON, *The Malaysian Policy to Redirect Vietnamese Boat People: Non-refoulement As a Human Rights Remedy*, in *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 24, 1992, pp. 1203-1217..
- J.-M. HENCKAERTS, *Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 15, (8-10) 1994, pp. 301-317.

BIBLIOGRAFIA

- M.G. HEYMAN, *Domestic Violence and Asylum: Toward a Working Model of Affirmative State Obligations*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (4) 2005, pp. 729-748.
- R. HOFMANN, *Refugee Law in Africa*, in *Law and State*, vol. 39, 1989, pp. 79-98.
- F.J. HOMANN-HERIMBERG, *Refugees and Humanitarian Assistance*, in F. CEDE, L. SUCHARIPA-BEHRMANN (eds.), *The United Nations: Law and Practice*, Kluwer Law International, The Hague/Boston, 2001, p. 231-244.
- D. HULL, *Displaced Persons: "The New Refugees"*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13, (3) 1983, pp. 755-792.
- P. HYNDMAN, *Asylum and non-refoulement: are these obligations owed to refugees under international law?*, in *Philippine Law Journal*, vol. 57, 1982, pp. 43-77.
- P. HYNDMAN, *The 1951 Convention definition of refugee: an appraisal with particular reference to the case of Sri Lankan Tamil applicants*, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, (1) 1987, pp. 49-73.
- S. IANOVITZ, *I 'rifugiati climatici': una questione aperta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, (1) 2011, pp. 141-148.
- G. JAEGER, *Les Nations Unies et les réfugiés*, in *Revue belge de droit international*, vol. 22, (1) 1989, pp. 18-120.
- G. JAEGER, *On the history of the international protection of refugees*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83, (843) 2001, pp. 727-738.
- S. JAQUEMET, *The Cross-Fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83, (843) 2001, pp. 651-674.
- U. JAYASINGHE, S. BAGLAY, *Protecting Victims of Human Trafficking Within a 'Non-Refoulement' Framework: is Complementary Protection an Effective Alternative in Canada and Australia?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, (3) 2011, pp. 489-520.
- M. JOHN-HOPKINS, *The Emperor's New Safe Country Concepts: A UK Perspective on Sacrificing Fairness on the Altar of Efficiency*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, (2) 2009, pp. 218-255.
- D. JOLY, *Le droit d'asile dans la Communauté européenne*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (3) 1989, pp. 365-377.
- K. JONES, *Deportations with Assurances: Addressing Key Criticisms*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, (1) 2008, pp. 183-194.
- M. JONES, *Lies, Damned Lies and Diplomatic Assurances: The Misuse of Diplomatic Assurances in Removal Proceedings*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, (1) 2006, pp. 9-39.
- O. JONES, *Customary Non-Refoulement of Refugees and Automatic Incorporation into the Common Law: A Hong Kong Perspective*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, (2) 2009, pp. 443-468.
- W. KÄLIN, *Flight in Times of War*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83, (843) 2001, pp. 629-650.

BIBLIOGRAFIA

- W. KÄLIN, *Non-State Agent of Persecution and the Inability of the State to Protect*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 3, (15) 2001, pp. 415-431.
- W. KÄLIN, *Supervising the 1951 Convention on the Status of Refugees: Article 35 and Beyond*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 613-666.
- R. KAPUR, *Travel Plans: Border Crossings and the Rights of Transnational Migrants*, in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, 2005, pp. 107-138.
- S. KARAGIANNIS, *Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou a des particuliers: vers une évolution de la jurisprudence européenne?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (37) 1999, pp. 33-88.
- L. KARATANI, *How History Separated Refugee and Migrant Regimes: In Search of Their Institutional Origins*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (3) 2005, pp. 517-541.
- G. KATROUGALOS, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum: a Short Commentary to Federico Lenzerini's Paper*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XIX, 2009, pp. 163-172.
- A. KAUSHAL, C. DAUVERGNE, *The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusion*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, (1) 2011, pp. 54-92.
- N. KELLEY, *The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade's Progress*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, (4) 2001, pp. 559-568.
- N. KELLEY, *International Refugee Protection Challenges and Opportunities*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 19, (3) 2007, pp. 401-439.
- D. KERWIN, *The Use and Misuse of 'National Security' Rationale in Crafting U.S. Refugee and Immigration Policies*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (4) 2005, pp. 749-763.
- J.C. KIM, *Nonrefoulement Under the Convention Against Torture: How U. S. Allowances for Diplomatic Assurances Contravene Treaty Obligations and Federal Law*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, (3) 2007, pp. 1227-1261.
- O. KIMMINICH, *Die Entwicklung des internationalen Flüchtlingsrechts: faktischer und rechtsdogmatischer Rahmen*, in *Archiv des Völkerrechts*, vol. 20, (4) 1982, pp. 369-410.
- K. KIRIŞCI, *UNHCR and Turkey: Cooperating for Improved Implementation of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, (1-2) 2001, pp. 71-97.
- E. KLEIN, *Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights: The Practice of the Human Rights Committee*, in A. RANDELZHOFFER, C. TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martin Nijhoff Publishers, L'Aja, 1999, pp. 27-41.
- G. KLEMT, *Die Vereinten Nationen und das Weltflüchtlingsproblem: Empfehlungen einer Regierungsexpertenkommission*, in *AWR Bulletin*, vol. 25, 1987, pp. 35-37.
- S. KLEPP, *A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, (1) 2010, pp. 1-21.

BIBLIOGRAFIA

- S. KLEPP, *A Double Bind: Malta and the Rescue of Unwanted Migrants at Sea, a Legal Anthropological Perspective on the Humanitarian Law of the Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, (3) 2011, pp. 538-557.
- A. KLUG, T. HOWE, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-Refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Brill, Leiden, 2010, pp. 65-99.
- S. KNEEBONE, *Refugees and Displaced Persons: the Refugee Definition and "Humanitarian" Protection*, in S. JOSEPH, A. MCBETH (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Elgar, Cheltenham, 2010. pp. 215-240.
- C. KOBELINSKY, «Faire sortir les déboutés»: gestion, contrôle et expulsion dans les centres pour demandeurs d'asile en France, in *Cultures et Conflits*, (71) 2008, pp. 113-130.
- D. KOSAR, *Inclusion before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (1) 2013, pp. 87-119.
- R.S. KRAVITZ, *Beyond asylum and withholding of deportation: a framework for relief under Geneva Convention IV of 1949*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 1, (2) 1987, pp. 263-293.
- F.E. KRENZ, *The Refugee as a Subject of International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, (1) 1966, pp. 90-116.
- T. KREVER, "Mopping-Up": UNHCR, Neutrality and Non-Refoulement Since the Cold War, in *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, 2011, pp. 587-608.
- F. KRILL, *The ICRC's Policy on Refugees and Internally Displaced Civilians*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83, (843) 2001, pp. 607-628.
- P. KURUK, *Refugeeism, a dilemma in international human rights: problems in the legal protection of refugees in West Africa*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 1, (2) 1987, pp. 179-229.
- P. KURUK, *Asylum and the non-refoulement of refugees: the case of the missing shipload of Liberian refugees*, in *Stanford Journal of International Law*, vol. 35, (2) 1999, pp. 313-350.
- R. LA ROSA, *La protezione diplomatica nell'Unione europea: un esempio di evoluzione delle norme internazionali in materia*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 4, (1) 2009, pp. 133-156.
- P.G. LABARIEGA VILLANUEVA, *El derecho convencional en América Latina respecto a los derechos humanos de los refugiados y la moral internacional*, in *Relaciones Internacionales*, vol. 11, (46) 1989, pp. 6-15.
- E. LAGRANGE, *L'application de la Convention de Rome a des actes accomplis par les Etats Parties en dehors du territoire national*, in *Revue Générale de droit international public*, vol. 112, (3) 2008, pp. 521-565.
- H. LAMBERT, *Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, (3) 1999, pp. 515-544.

BIBLIOGRAFIA

- H. LAMBERT, *The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom And International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, (1) 2006, pp. 161-192.
- H. LAMBERT, *International Refugee Law: Dominant and Emerging Approaches*, in D. ARMSTRONG (ed.), *Routledge Handbook of International Law*, Routledge, London, 2009, pp. 344-54.
- H. LAMBERT, F. MESSINEO, P. TIEDEMANN, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy, and Germany: Requiescat In Pace?*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27, (3) 2008, pp. 16-32.
- H. LAMBERT, *The Next Frontier: Expanding Protection in Europe for Victims of Armed Conflict and Indiscriminate Violence*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 207-234.
- A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Iovene, Napoli, 2012, pp. 223-246.
- A. LANG, *L'Europa limita il ricorso ai rimpatri forzati*, in *Diritto Comunitario ed Internazionale*, (4) 2008, pp. 14-20.
- P. LANGFORD, *Extradition and Fundamental Rights: The Perspective of the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Human Rights*, vol. 13, (4) 2009, pp. 512-529.
- N. LARSAEUS, *The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, (1) 2004, pp. 69-97.
- A. LANCIOTTI, A. PANETTA, *L'immunità dello stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Iovene, Napoli, 2012, pp. 317-334.
- E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 89-171.
- N. LAVIOLETTE, *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity: a Critical Commentary*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, (2) 2010, pp. 173-208.
- T. LAWSON, *Sending Countries and the Rights of Women Migrant Workers: The Case of Guatemala*, in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, 2005, pp. 225-250.
- L.T. LEE, *Toward a world without refugees: the United Nations Group of Governmental Experts on International Co-operation to Avert New Flows of Refugees*, in *British yearbook of international law*, vol. 57, 1986, pp. 317-336.
- B. LEIMSIDOR, *The Concept of "Safe Third Country" in Asylum Legislation, Regulation and Practice: Political, Humanitarian and Practical Considerations*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, pp. 39-54.

BIBLIOGRAFIA

- J. LENART, *'Fortress Europe': Compliance of the Dublin II Regulation with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 28, (75) 2012, pp. 4-19.
- F. LENZERINI, *The Evolution of Italian Jurisprudence Concerning the Relationship between the Constitutional Right of Asylum and the Recognition of Refugee Status*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XIX (2009), 2010, pp. 139-156.
- F. LENZERINI, *Diritto d'asilo e esclusione dello status di rifugiato. Luci e ombre nell'approccio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 94, (1) 2011, pp. 103-135.
- F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 95, (3) 2012, pp. 721-761.
- E. LESTER, *Work, the Right to Work, and Durable Solutions: A Study on Sierra Leonean Refugees in the Gambia*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (2) 2005, pp. 331-393.
- E. LESTER, *Socio-Economic Rights, Human Security and Survival Migrants: Whose Rights? Whose Security?*, in A. EDWARDS, C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 314-356.
- C. LEWIS, *UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (1) 2005, pp. 67-90.
- C. LEWIS, *UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: its Foundations and Evolution*, in H. LAMBERT (ed.), *International Refugee Law*, Ashgate, Aldershot, 2010, pp. 121-144.
- G. LICASTRO, *Il «codice frontiere Schengen»*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, vol. 45, (3) 2006, pp. 587-591.
- G. LICASTRO, *La Comunicazione della Commissione sulla «creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR)»*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, vol. 47, (3) 2008, pp. 613-615.
- A. LIGUORI, *Le garanzie processuali avverso l'espulsione dello straniero nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 1, (2) 2007, pp. 263-303.
- A. LIGUORI, *Il caso Hussun: sui respingimenti Italia-Libia del 2005 la Corte di Strasburgo decide... di non decidere*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, (2) 2010, pp. 442-447.
- 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*, vol. 95, (2) 2012, 415-443.
- Z. LIU, *Statements on Expulsion of Aliens, Effects of Armed Conflicts on Treaties, Responsibility of International Organizations*, in *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, (2) 2008, pp. 557-561.
- E. LIZZA, *La tutela dei diritti assoluti previsti dalla Convenzione nei confronti dello straniero e la lotta al terrorismo internazionale*, in *Giurisprudenza di merito*, 12 Sup., 2008, pp. 180-194.
- G. LO IACONO, *La partecipazione dell'Italia all'attività del gruppo di Schengen*, in B. NASCIBENE, M. PASTORE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 51-58.

BIBLIOGRAFIA

- K. LOPER, *Human Rights, Non-Refoulement and the Protection of Refugees in Hong Kong*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, (3) 2010, pp. 404-439.
- A. LOPEZ, *The Protection of Environmentally-Displaced Persons in International Law*, in *Environmental Law*, vol. 37, (2) 2007, pp. 365-409.
- D. LUCA, *La notion de "solution" au problème des réfugiés: un essai de définition*, in *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 65, (1) 1987, pp. 1-34.
- R. LUI, *State Sovereignty and International Refugee Protection*, in T. JACOBSEN, C. SAMPFORD, R. THAKUR (eds.), *Re-Envisioning Sovereignty: The End of Westphalia?*, Ashgate, Aldershot, 2008, pp. 151-167.
- J.F.S. LUZ FILHO, *Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado*, in N. DE ARAUJO, G.A. DE ALMEIDA (coords.), *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 177-210.
- Y.D.L. MAALAT, *A Return to the Principle of "Non-refoulement": Re-examining and Reconciling the Principle and its Exceptions*, in *Ateneo Law Journal*, vol. 51, (4) 2007, pp. 1120-1159.
- J. MCADAM, *Complementary Protection and Beyond: How States Deal with Human Rights Protection*, in UNHCR New Issues in Refugee Research Working Paper No 118, Geneva, August 2005, pp. 1-18.
- J. MCADAM, *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (3) 2005, pp. 461-513.
- J. MCADAM, *Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, (1) 2011, pp. 2-27.
- J. MCADAM, *Australia and Asylum Seekers*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, 2013, pp. 435-448.
- F. MADING DENG, *The Global Challenge on Internal Displacement*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 5, 2001, pp. 141-155.
- E.M. MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo: tra sovranità territoriale e dovere umanitario*, in *Rivista internazionale dei diritti umani*, vol. 14, (2) 2001, pp. 532-558.
- L. MANCA, voce *Asilo. I) diritto internazionale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Postilla di aggiornamento, 2007.
- L. MANCA, *L'Unione europea e la protezione internazionale*, in L.Q. NGO DINH, L. MANCA (a cura di), *Il sistema attuale di protezione internazionale. Austria, Francia, Regno Unito, Spagna*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 11-26.
- A.N. MANDELSTAM, *La protection des minorités*, in *Recueil des courses*, vol. 1, 1923, pp. 363-520.
- V.S. MANI, *Humanitarian Intervention Today*, in *Recueil des Cours*, vol. 313, 2005, pp. 9-323.
- L. MARATEA, *La prassi del respingimento alla frontiera e il diritto d'asilo. In margine alla vicenda della Cap Anamur*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, vol. 10, (29) 2008, pp. 136-157.
- M. MARCHEGANI, *Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto Commissariato per i rifugiati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, (2), 2010, p. 452-457.

BIBLIOGRAFIA

- S. MARCHISIO, *Rifugiati, profughi ed altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. 327-344.
- D.A. MARTIN, *Large-Scale Migrations of Asylum Seekers*, in *American Journal of International Law*, vol. 76, 1982, pp. 598-609.
- D.A. MARTIN, *Strategies for a Resistant World: Human Rights Initiatives and the Need for Alternatives to Refugee Interdiction*, in *Cornell International Law Journal*, vol. 26, (3) 1993, pp. 753-770.
- S. MARTIN, *Forced Migration, the Refugee Regime and the Responsibility to protect*, in S.E. DAVIES, L. GLANVILLE (eds.), *Protecting the Displaced: Deepening the Responsibility to protect*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 13-34.
- S.M. MARTIN, *Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 23, 1983, pp. 357-380.
- F. MARTUCCI, *La directive «retour»: la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 45, (1) 2009, pp. 47-67.
- R. MARX, *Konventionsflüchtlinge ohne Rechtsschutz: Untersuchungen zu einem vergessenen Begriff*, in *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, (1) 1992, pp. 3-14.
- R. MARX, *Non-Refoulement: Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, (3) 1995, pp. 383-406.
- A. MATEL, M. COCOSATU, *Towards an Administration Without Frontiers – An Analysis on the Instruments and Mechanisms of Cooperation in the Field of Migration from Romanian View*, in *European Review of Public Law*, vol. 21, (1) 2009, pp. 403-440.
- D. MATHEW, *Claims of Political Asylum Based on Non-Physical Forms of Harm such as Economic Sanctions and Deprivations*, in *Pace International Law Review*, vol. 21, (1) 2009, pp. 309-334.
- P. MATHEW, *Limiting Good Faith: “Bootstrapping” Asylum Seekers and Exclusion from Refugee Protection*, in *Australian Yearbook of International Law*, vol. 29, 2010, pp. 135-154.
- P. MATHEW, *First Do No Harm: Refugee Law as a Response to Armed Conflict*, in D.W. LOVELL, I. PRIMORATZ (eds.), *Protecting Civilians During Violent Conflict: Theoretical and Practical Issues for the 21st Century*, Ashgate, Farnham, 2012, pp. 159-181.
- P.D. MAYNARD, *The Legal Competence of the United Nations High Commissioner for Refugees*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31, (3) 1982, pp. 415-425.
- E.R. MBAYA, *Political asylum in the Charter of the OAU: pretensions and reality*, in *Law and State*, vol. 35, 1987, pp. 63-81.
- F. MESSINEO, *L'Europa e il diritto d'asilo: la strana equazione fra libertà e sicurezza, ai danni della giustizia*, in *Inchiesta*, vol. 35, 2005, pp. 61-66.
- F. MESSINEO, *Non-Refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status?*, in S.S. JUSS (ed.), *Research Companion to Migration Theory and Policy*, Ashgate, 2013, pp. 129-156.

BIBLIOGRAFIA

- F. MESSINEO, *Refoulement verso il Nord Africa e diritti dei migranti*, in F. VASSALLO PALEOLOGO, P. CUTITTA (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 83-108.
- F. MESSINEO, *The Solipsistic Legal Monologue of Italian Authorities*, in H. LAMBERT, G.S. GOODWIN-GILL (ed.), *The Limits of Transnational Law: Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 85-106.
- F. MESSINEO, *Yet Another Mala Figura: Italy Breached Non-Refoulement Obligations by Intercepting Migrants' Boats at Sea, Says ECHR*, in *EJIL: Talk!*, 2012, accessibile online all'indirizzo: [http://www.ejiltalk.org/].
- F. MESSINEO, *Non-Refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status?*, in S.S. JUSS (ed.), *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, Ashgate, Farnham, 2013, pp. 129-155.
- A. MIGNOLLI, D. VITIELLO, *L'Unione Europea, il Sistema Schengen e le migrazioni via mare. Considerazioni in merito al recente "caso Lampedusa"*, in F. ANGHELONE, A. UNGARI (a cura di), *Atlante geopolitico del Mediterraneo*, Datanews, Roma, 2012, pp. 41-75.
- I. MILLAR, *There's no Place Like Home: Human Displacement and Climate Change*, in *Australian International Law Journal*, vol. 14, 2007, pp. 71-91.
- J. MILLBANK, *'The Ring of Truth': A Case Study of Credibility Assessment in Particular Social Group Refugee Determinations*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, (1) 2009, pp. 1-33.
- M.S. MILLER, *Aliens' Right to Seek Asylum: The Attorney General's Power to Exclude "Security Threats" and the Role of the Courts*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 22, (1) 1989, pp. 187-215.
- S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, vol. 20, (4) 2009, pp. 1223-1246.
- B. MILTNER, *Human Security and Protection from Refoulement in the Maritime Context*, in A. EDWARDS, C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 195-224.
- B. MILTNER, *Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 30, (1) 2006, pp. 75-125.
- E.D. MOONEY, *In-country protection: out of bounds for UNHCR?*, in F. NICHOLSON, P. TWORAEY (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 200-219.
- A.H.E. MORAWA, *Gedanken zum Maßstab der Prüfung des non-refoulement Gebots*, in *AWR Bulletin*, vol. 31, (2) 1992, pp. 96-103.
- M. MOREL, *Human Rights Law, Refugee and Migration Law, and Environmental Law: Exploring their Contributions in the Context of "Environmental Migration"*, in P. MARTIN [ET AL.] (eds.), *Environmental Governance and Sustainability*, Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 248-265.
- V. MORENO-LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, (2) 2011, pp. 174-220.

BIBLIOGRAFIA

- F. MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, in B.M. BILOTTA, F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2006, p. 31-79.
- F. MORRONE, *Sviluppi recenti dell'azione delle Nazioni Unite in materia di migrazioni internazionali: l'attività della Commissione globale sulla migrazione internazionale*, in *La Comunità internazionale*, (4) 2006, pp. 745-755.
- M. MOUSSALLI, *La situation des réfugiés dans le monde*, in *Revue belge de droit international*, vol. 22, (1) 1989, pp. 7-17.
- M. MOUSSALLI, *Le problème des réfugiés en Europe: actions et recherche de solutions par les Etats, les institutions européennes et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (4) 1989, pp. 528-545.
- C. MURPHY, *The Concept of Integration in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, (1) 2010, pp. 23-43.
- R. MUSHKAT, *Mandatory repatriation of asylum seekers: is the legal norm of non-refoulement dead?*, in *Hong Kong Law Journal*, vol. 25, 1995, pp. 42-51.
- J.A.R. NAFZIGER, *The General Admission of Aliens Under International Law*, in *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, pp. 804-847.
- V.P. NANDA, *The Challenge: Averting Flows of Refugees and Providing Effective Protection and Durable Solutions*, in ID (ed.), *Refugee Law and Policy: International and U. S. Responses*, Greenwood Press, New York, 1989, pp. 203-209.
- C. NANNINI, *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, (3) 2009, pp. 807-812.
- N. NAPOLETANO, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, (2) 2012, pp. 436-447.
- B. NASCIBENE, *Relazioni esterne ed accordi di riammissione*, in L. DANIELE (a cura di), *Le Relazione esterne dell'Unione Europea nel nuovo millennio*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 297-311.
- B. NASCIBENE, *Comments on the Past Ten Years of Italian Jurisprudence on the Right of Asylum*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XIX, 2009, pp. 159-162.
- B. NASCIBENE, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione europea*, in *Documenti IAI*, IAI0922, 2009.
- B. NASCIBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Teseco Editore, Roma, 2009, p. 1-36.
- B. NASCIBENE, *Recent Trends in European Migration and Asylum Policies*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale - Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 597-610.
- B. NASCIBENE, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 47, (2) 2011, pp. 307-326.

BIBLIOGRAFIA

- B. NASCIMBENE, *The "Push-back Policy" Struck Down Without Appeal? The European Court of Human Rights in Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, in *Affari Internazionali*, marzo 2012, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.iai.it/pdf/DocIAI/iai1202E.pdf>].
- B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Addressing Irregular Immigration Through Criminal Penalties: Reflections on the Contribution of the ECJ to Refining and Developing a Complex Balance*, in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013.
- B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, voce *Rifugiati*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5306-5311.
- B. NASCIMBENE, C. PENA GALIANO, *Italy*, in J.-Y. CARLIER, D. VANHEULE, K. HOLLMAN, C. PENA GALIANO (eds.), *Qu'est-ce qu'un réfugié?: étude de jurisprudence comparée*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 487-500.
- A. NAYER, *La Communauté européenne et les réfugiés*, in *Revue belge de droit international*, vol. 22, (1) 1989, pp. 133-149.
- B. NEADERLAND, *Quandary on the Yalu: International Law, Politics, and China's North Korean Refugee Crisis*, in *Stanford International Law Journal*, vol. 40, 2004, pp. 143-178.
- A.W. NEAL, *Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, (2) 2009, pp. 333-356.
- M.J. NELSON, *Halting a National Sacrilege: Aliens Should Be Given Notice of Their Right to Apply for Political Asylum*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 9, (1) 1986, pp. 81-116.
- L. NERI, *Il diritto d'asilo. Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 1189-1244.
- L.A. NESSEL, *Rape and Recovery in Rwanda: The Viability of Local Justice Initiatives and the Availability of Surrogate State Protection for Women that Flee*, in *Journal of International Law and Practice*, vol. 15, (1) 2007, pp. 101-135.
- L.A. NESSEL, *Externalized Borders and the Invisible Refugee*, in *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 40, (3) 2009, pp. 625-699.
- F. NICHOLSON, *Implementation of the Immigration (Carriers'Liability) Act 1987: Privatising Immigration Functions at the Expense of International Obligations?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, (3) 1997, pp. 586-634.
- F. NICHOLSON, *Protection and Empowerment: Strategies to Strengthen Refugees' Human Security*, in A. EDWARDS, C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 82-124.
- B. NICOLAS, *Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy European Court of Human Rights Grand Chamber Judgment*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, (2) 2012, pp. 389-467.
- L.C. NIETO GARCÍA, *Derechos humanos e inmigración: Europa y la directiva de retorno*, in *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, (104) 2008-2009, pp. 39-56.
- P. NOBEL, *Refugees, Law and Development in Africa*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 255-290.

BIBLIOGRAFIA

- G. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (3) 2005, pp. 542-573.
- G. NOLL, *Why Refugees Still Matter: A Response to James Hathaway*, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, (2) 2007, pp. 536-547.
- P. OBEROI, *Empowering Migrants: Human Security, Human Rights and Policy*, in A. EDWARDS, C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 227-272.
- K.S. O'BRIEN, *Refugees on the High Seas: International Refugee Law Solutions to a Law of the Sea Problem*, in *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, (2) 2011, pp. 715-732.
- E. ODHIAMBO-ABUYA, *Reinforcing Refugee Protection in the Wake of the War on Terror*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 30, (2) 2007, pp. 277-329.
- E. ODHIAMBO-ABUYA, G. MUKUNDI WACHIRA, *Assessing Asylum Claims in Africa: Missing or Meeting Standards?*, in *Netherlands International Law Review*, vol. 53, (2) 2006, pp. 171-204.
- T.J. O'DOWD, *Mutual Recognition in European Immigration Policy: Harmonised Protection or Co-ordinated Exclusion?*, in F.A.N.J. GOUDAPPEL, R. OOSTLAND, H. RAULUS (eds.), *The Future of Asylum in the European Union: Problems, Proposal and Human Right*, Asser Press, The Hague, 2010.
- S. OETER, *Flüchtlinge aus Bürgerkriegssituationen: ein ungelöstes Problem des Asylrechts*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 47, (3) 1987, pp. 559-580.
- O.C. OKAFOR, P.L. OKORONKWO, *Reconfiguring Non-refoulement? The Suresh Decision, 'Security Relativism', and the International Human Rights Imperative*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, (1) 2003, pp. 30-67.
- L.C. OKERE, *Nigerian Press and the Expulsion of West African Aliens, 1983*, in *International Studies*, vol. 29, (3) 1992, pp. 327-338.
- G. OKOTH-OBBO, *Thirty Years on: A Legal Review of the 1969 OAU Refugee Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 20, (1) 2001, pp. 79-138.
- M. O'SULLIVAN, *Acting the Part: Can Non-State Entities Provide Protection Under International Refugee Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, (1) 2012, pp. 85-110.
- R. PAGLIUCHI-LOR, *Profili storici della Convenzione di Ginevra: verso l'universalità della Convenzione di Ginevra*, in M.R. SAULLE, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, La Sapienza Editrice, Roma, 2002.
- S. PALMER, *The Human Rights Act 1998: Bringing Rights Home*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 1, 1998, pp. 125-146.
- S. PALMER, *AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, vol. 10, (5) 2005, pp. 533-540.
- S. PALMER, *A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 65, (2) 2006, pp. 438-451.

BIBLIOGRAFIA

- G. PALMISANO, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3, (3) 2009, pp. 509-539.
- G. PALMISANO, *Immigrazione e diritti umani di migranti e profughi, dopo Lampedusa*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2013, pp. XXI-XXIX.
- N. PARISI, *Ai confini d'Europa. Politiche migratorie e diritto d'asilo*, in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, I.S.U. Università Cattolica, Milano, 2007, pp. 46-119.
- Y.H.J. PARK, *China's "Way Out" of the North Korean Refugee Crisis: Developing a Legal Framework for the Deportation of North Korean Migrants*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 25, (2) 2011, pp. 515-530.
- K. PARKER, *The Rights of Refugees Under International Humanitarian Law*, in V.P. NANDA (ed.), *Refugee Law and Policy: International and U. S. Responses*, Greenwood Press, New York, 1989, pp. 33-41.
- E.D. PASK, *Unaccompanied Refugee and Displaced Children: Jurisdiction, Decisionmaking and Representation*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (2) 1989, pp. 199-219.
- F. PASTORE, *Nationality Law and International Migration: The Italian Case*, in R. HANSEN, P. WEIL (eds.), *Towards a European Nationality: Citizenship, Immigration and Nationality Law in the EU*, Palgrave, Basingstoke, 2001, pp. 95-117.
- M. PEDRAZZI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. ZAGATO, (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 13-37.
- R. PERRUCHOUD, *From the Intergovernmental Committee for European Migration to the International Organization for Migration*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (4) 1989, pp. 501-517.
- M. PETERSEN, *The refugee problem of today: is there a need for a new approach?*, in Secretariat of the Asian-African Legal Consultative Committee, *Essays on international law: thirtieth anniversary commemorative volume*, New Delhi, 1987, pp. 103-110.
- C.B. PHILPOTT, *From the Right to Return to the Return of Rights: Completing Post-War Property Restitution in Bosnia Herzegovina*, in *International Journal of Refugee Law*, 18, (1) 2006, pp. 30-80.
- C. PHUONG, *Improving the United Nations Response to Crises of Internal Displacement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, (4) 2001, pp. 491-517.
- C. PHUONG, *Enlarging 'Fortress Europe': EU Accession, Asylum, and Immigration in Candidate Countries*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, (3) 2003, pp. 641-663.
- P. PICONE, *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 411-424.
- R. PIOTROWICZ, *The UNHCR's Guidelines on Human Trafficking*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, (2) 2008, pp. 242-252.
- R. PIOTROWICZ, *States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, (2) 2012, pp. 181-201.

BIBLIOGRAFIA

- J. PIRJOLA, *Shadows in Paradise: Exploring "Non-Refoulement" as an Open Concept*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 19, (4) 2007, pp. 639-660.
- R. PISILLO MAZZESCHI, *Impact on the Law of Diplomatic Protection*, in M.T. KAMMINGA, M. SCHEININ (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 211-234.
- R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, vol. 12, (3) 1999, pp. 694-703.
- R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours*, vol. 333, 2008, pp. 175-506.
- R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Diritto dell'Unione Europea*, vol. 9, (4) 2004, pp. 723-766.
- R. PISILLO MAZZESCHI, *Sui rapporti fra i diritti umani ed i diritti degli stranieri e dei migranti nell'ordinamento internazionale*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 7-36.
- R. PISILLO MAZZESCHI, *The Marginal Role of the Individual in the ILC's Articles on State Responsibility*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 14, 2004, p. 39-52.
- R. PIOTROWICZ, C. VAN ECK, *Subsidiary Protection and Primary Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, (1) 2004, pp 107-138.
- N. PLASTINA, *Lotta al terrorismo: la Corte di Strasburgo conferma la natura assoluta dell'obbligo di "non refoulement" in relazione all'art. 3 CEDU*, in *Cassazione penale*, vol. 49, (7/8) 2009, pp. 3205-3215.
- R. PLENDER, *Recent Trends in National Immigration Control*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, (3) 1986, pp 531-566.
- R. PLENDER, N. MOLE, *Beyond the Geneva Convention: Constructing a de facto Right of Asylum from International Human Rights Instruments*, in F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 81-105.
- F. POCAR, *Patto internazionale sui diritti civili e politici ed estradizione*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 79-95.
- A. POPOVIC, *Evidentiary Assessment and Non-refoulement: Insights from Criminal Procedure*, in G. NOLL (ed.), *Proof, Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 27-53.
- A. POTYRALA, *Refugee Question in the New EU Members: Legal Analysis*, in J. JESZKA, S. WOJCIECHOWSKI (eds.), *The Faces and Problems of Modern Europe: Case Studies*, Wielkopolska Higher School of Tourism and Management, Poznan, 2010, pp. 62-86.
- L. PRATO, *Non-Refoulement as a Peremptory Norm of International Law (Jus Cogens)*, in *AWR Bulletin*, 1996, vol. 34, (3), pp. 90-93.

BIBLIOGRAFIA

- M.E. PRICE, *Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 47, (2) 2006, pp. 413-466.
- J. PUENTE EGIDO, *L'extradition en droit international: problèmes choisis*, in *Recueil des courses*, vol. 231, 1991, pp. 9-260.
- I.M. RAFIQU, *The Sudanese Darfur Crises and the Internally Displaced Persons in International Law: The Least Protection for the Most Vulnerable*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, (2) 2006, pp. 354-385.
- B.G. RAMCHARAN, *Early-warning at the United Nations: The First Experiment*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (3) 1989, pp. 379-386.
- J. RAMJI, *Legislating Away International Law: The Refugee Provisions of the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act*, in *Stanford Journal of International Law*, vol. 37, (1) 2001, pp. 117-162.
- E. REHN, *UNHCR: The First Fifty Years*, in *Refuge: Canada's Periodical on Refugees*, vol. 19, (5) 2001, pp. 5-7.
- J.F. RIGA, *Defenses for the Sanctuary Movement: A Humanitarian Plea Falling Upon Deaf Ears*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 12, (1) 1989, pp. 225-263.
- F. RIGAUX, *L'immigration: droit international et droits fondamentaux*, in AA.VV., *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 693-722.
- J. RIKHOF, *War Criminals Not Welcome; How Common Law Countries Approach the Phenomenon of International Crimes in the Immigration and Refugee Context*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, (3) 2009, pp. 453-507.
- S. RIVELES, *Diplomatic Asylum as a Human Right: The Case of the Durban Six*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 11, (1) 1989, pp. 139-159.
- A. ROLIN, *Quelques questions relatives à l'extradition*, in *Recueil des courses*, vol. 1, 1923, pp. 177-228.
- N. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia partenariato e cooperazione*, Servizio Affari Internazionali, Servizio Studi del Senato della Repubblica, gennaio 2009.
- N. RONZITTI, *Luci e ombre del Trattato tra Italia e Libia*, in *Affari Internazionali*, 2009, accessibile online all'indirizzo [<http://www.affarinternazionali.it>].
- N. RONZITTI, *Che fare del Trattato con la Libia*, in *Affari Internazionali*, 2011, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.affarinternazionali.it>].
- A.M. ROSSITTO, *Diplomatic asylum in the United States and Latin America: a comparative analysis*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 13, (1) 1987, pp. 111-135.
- R. ROSSANO, *Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, vol. 43, (2) 2004, pp. 371-382.
- D. RUGGIU, *Il concetto della libertà di movimento in Europa. Un'analisi delle norme convenzionali e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, (9) 2009, pp. 643-701.

BIBLIOGRAFIA

- G.M. RUOTOLO, *Diritto d'asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, (4) 2008, pp. 1818-1833.
- T. ROWLAND, *A comparative analysis of the changing definition of a refugee*, in *New York Law School Journal of Human Rights*, vol. 5, (1) 1987, pp. 33-70.
- A. SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione "al ribasso" degli obblighi internazionali?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3, (1) 2009, pp. 5-31.
- A. SACCUCCI, *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non-refoulement*, in *Diritti dell'uomo*, (2) 2008, pp. 33-38.
- L. SAIDEMAN, *Do the Palestinian Refugees Have the Right of Return in Israel? An Examination of the Scope of and Limitations on the Right of Return*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, (3) 2004, pp. 829-878.
- F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 3-33.
- A.M. SALINAS DE FRIAS, *State's Obligations under International Refugee Law and Counter-Terrorism Responses*, in A.M. SALINAS DE FRIAS, K.L.H. SAMUEL, N.D. WHITE (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 111-132.
- C. SANDOVAL, *A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by Inter-American System of Human Rights: Re-assessing its Powers and Examining the Challenges for the Future*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, (1) 2005, pp. 43-66.
- E. SANTALLA VARGAS, *Ensuring Protection and Prosecution of Alleged Torturers: Looking for Compatibility of Non-Refoulement Protection and Prosecution of International Crimes*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, (1) 2006, pp. 41-59.
- R. SAPIENZA, *La Convenzione sui rifugiati nella recente giurisprudenza della Camera dei Lords*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 1, (2) 2007, pp. 438-442.
- M.R. SAULLE, *Normativa della Comunità e dell'Unione europea in materia di rifugiati*, in ID., *Il Trattato di Maastricht*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, pp. 227-236.
- M.R. SAULLE, voce *Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)*, in ID. (a cura di), *Lezioni di organizzazione internazionale. Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, vol. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 32-42.
- M.R. SAULLE, *L'immigrazione e l'asilo nell'Europa allargata*, in *Affari sociali internazionali*, vol. 32, (1) 2004, pp. 107-122.
- S. SCARPA, *Fighting Against Human Trafficking for Commercial Sexual Exploitation: the Action in Western Europe*, in *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 3-4, 2011, pp. 563-587.
- M. SCHAEFER, *Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction*, in *European Human Rights Law Review*, (5) 2011, pp. 566-581.
- A. SCHLOENHARDT, H. HICKSON, *Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (1) 2013, pp. 39-64.

BIBLIOGRAFIA

- A.L. SEAMAN, *Permanent Residency for Human Trafficking Victims in Europe: The Potential Use of Article 3 of the European Convention as a Means of Protection*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Forthcoming, vol. 48, (2) 2010, pp. 287-320.
- A.E. SHACKNOVE, *Who is a Refugee?*, in H. LAMBERT (ed.), *International Refugee Law*, Ashgate, Aldershot, 2010, pp. 163-173.
- Z. SHAREMAN, *The 'Lost Girls' of Sudan: Forced Marriage as a Vehicle for Asylum*, in *Women's Rights Law Reporter*, vol. 29, (2-3) 2007-2008, pp. 149-166.
- H. SIMON, *Human Trafficking from an International Protection Perspective: Probing the Meaning of Anti-Trafficking Measures for the Protection of Trafficking Victims, with Special Regard to the United Kingdom*, in *Penn State International Law Review*, vol. 28, (4) 2010, pp. 633-674.
- N. SITAROPOULOS, *Refugeehood: A Legal Definition in Search of a Principled Interpretation by Domestic Fora*, in *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 52, (1)1999, pp. 151-190.
- A. SKORDAS, *Council Directive 2001/55 of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons*, in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary on EU Regulations and Directives*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 803-870.
- M. SMRKOLJ, *International Institutions and Individualized Decision-making: an Example of UNHCR's Refugee Status Determination*, in A. VON BOGDANDY [ET AL.] (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions Advancing International Institutional Law*, Springer, Heidelberg/Dordrecht/London/New York, 2010, pp. 165-193.
- M. SOSSAI, *L'esecuzione della sentenza Avena negli Stati Uniti*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89, (2) 2006, pp. 423-447.
- A. SPECCHIO, *Repressione penale dell'omosessualità e divieto di espulsione degli stranieri: un recente intervento della Suprema Corte*, in *I diritti dell'uomo*, (3) 2008, pp. 44-49.
- G. SPERDUTI, *Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 66, 1977, pp. 257-270.
- B. SPINELLI, *Persecuzione per motivi di genere e protezione internazionale: l'ostacolo della sudditanza nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. 11, (2) 2009, pp. 91-97.
- M. STAVROPOULOU, *Searching for Human Security and Dignity: Human Rights, Refugees and the Internally Displaced*, in Y. DANIELI, E. STAMATOPOULOU, C.J. DIAS (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, Baywood Pub. Co., Amityville, 1999, pp. 175-183.
- D.J. STEINBOCK, *The Refugee Definition as Law: Issues of Interpretation*, in F. NICHOLSON, P. TWORAEY (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 13-36.
- D. STEVENS, *Legal Status, Labelling, and Protection: the Case of Iraqi 'Refugees' in Jordan*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (1) 2013, pp. 1-38.
- H. STOREY, *Briefing Note for Participants*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 328-348.

BIBLIOGRAFIA

- V. STOYANOVA, *The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory*, in *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 3, (1) 2008-2009, pp. 1-11.
- L. STRISOWER, *L'extritorialité et ses principales applications*, in *Recueil des courses*, vol. 1, 1923, pp. 229-288.
- W. SUNTINGER, *The Principle of Non-Refoulement: Looking Rather to Geneva than to Strasbourg?*, in *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 49, (2-4) 1995, pp. 203-225.
- J.A. SWEENEY, *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post Cold War Era*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, (2) 2005, pp. 459-474.
- J.A. SWEENEY, *Credibility, Proof and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, (4) 2009, pp. 700-726.
- T. SYRING, *European Court of Human Rights' Judgment on Expulsion of Asylum Seekers: M.S.S. v. Belgium & Greece*, in *ASIL Insights*, vol. 15, (5) 2011, accessibile online all'indirizzo: [<http://www.asil.org/insights/volume/15/issue/5/european-court-human-rights-judgment-expulsion-asylum-seekers-mss-v>].
- T. SYRING, *Introductory Note to the European Court of Justice's Decision on Preconditions for Exclusion from Refugee Status (Federal Republic of Germany v. B and D)*, in *International Legal Materials*, vol. 50, (1) 2011, pp. 114-132.
- J. SZTUCKI, *Who is a Refugee? The Convention Definition: Universal or Obsolete?*, in F. NICHOLSON, P. TWORAEY (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 55-80.
- J. SZTUCKI, *The Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of The Unhcr Programme*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (3) 1989, pp. 285-318.
- A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto "assoluto" di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, (1) 2010, pp. 41-64.
- S. TAYLOR, *Australia's implementation of its non-refoulement obligations un the Convention against torture and other cruel inhuman or degrading treatment or punishment and the International Covenant on civil and political rights*, in *University of New South Wales Law Journal*, vol. 17, 1994, pp. 432-474.
- S. TAYLOR, *Australia's "Safe Third Country" Provisions: Their Impact on australia's Fulfillment of its Non-Refoulement Obligations*, in *University of Tasmania Law Review*, vol. 15, (2) 1996, pp. 196-235.
- S. TAYLOR, B. RAFFERTY-BROWN, *Waiting for Life to Begin: the Plight of Asylum Seekers Caught by Australia's Indonesian Solution*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, (4) 2010, pp. 558-592.
- J.C. TCHEUWA, *L'asile diplomatique et son avenir en droit des organisations internationales*, in *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 52, (1) 1999, pp. 131-150.
- A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3, (3) 2009, pp. 591-607.

BIBLIOGRAFIA

- H. THOOLEN, *The Development of Legal Databases in Refugee Work*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, (1) 1989, pp. 89-100.
- D. THYM, *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, (1) 2008, pp. 87-112.
- C. TOMUSCHAT, *Human Rights and International Humanitarian Law*, in *European Journal of International Law*, vol. 21, (1) 2010, pp. 15-23.
- M. TONDINI, *The Legality of Intercepting Boat People under Search and Rescue and Border Control Operations with Reference to Recent Italian Interventions in the Mediterranean Sea and the ECtHR Decision in the Hirsi Case*, in *Journal of International Maritime Law*, vol. 18, (1) 2012, pp. 59-74.
- S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Diritto dell'Unione europea*, vol. 13, (2) 2008, pp. 367-388.
- S. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, vol. 12, 2008, pp. 205-246.
- S. TREVISANUT, *Maritime Border Control and the Protection of Asylum-Seekers in the European Union*, in *Touro International Law Review*, vol. 12, 2009, pp. 157-161.
- S. TREVISANUT, *Le condizioni di ingresso e la tutela dei migranti nell'ordinamento dell'UE*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2010, p. 337-358.
- C.H. TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil des courses*, vol. 1, 1923, pp. 73-122.
- L. TRUCCO, *Le modifiche della legge 189/2002 in tema di asilo*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, (3) 2002, pp. 102-113.
- V. TÜRK, *The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law*, in F. NICHOLSON, P. TWORAERY (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 153-174.
- V. TÜRK, *Ensuring Protection to LGBTI Persons of Concern*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (1) 2013, pp. 120-129.
- V. TÜRK, *Summary of Introductory Remarks*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 394-398.
- V. TÜRK, E. EYSTER, *Strengthening Accountability in UNHCR*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, (2) 2010, pp. 159-172.
- D. TURPIN, *Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et la mondialisation*, in *Revue critique de droit international privé*, vol. 93, (2) 2004, pp. 311-393.
- S.F. UTRERA CARO, *La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del art. 7 de la Ley 62/1978*, in *Revista de administración pública*, (132) 1993, pp. 265-284.

BIBLIOGRAFIA

- C. VAN DEN WYNGAERT, *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, (4) 1990, pp 757-779.
- E.S. VARGAS, *Ensuring Protection and Prosecution of Alleged Tortures: Looking for Compatibility of Non-Refoulement Protection and Prosecution of International Crimes*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, (1) 2006, pp. 41-59.
- J. VEDSTED-HANSEN, *Non-Admission Policies and the Right to Protection: Refugees' Choice versus States' Exclusion?*, in F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 269-288.
- J. VEDSTED-HANSEN, *European "Non-Refoulement" Revisited*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 55, 2010, pp. 269-283.
- U. VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo. Atti del Convegno interinale SIDI, Università della Calabria, 12 aprile 2010*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 1-24.
- U. VILLANI, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, in F. MARCELLI (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 273-303.
- U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea nell'affare Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 2, 2012, pp. 5-13.
- U. VILLANI, *Per un'efficace lotta contro il terrorismo misure in linea con i diritti umani*, in *Guida al diritto comunitario ed internazionale*, (1) 2007, pp. 8-11
- B. VUKAS, *States, Peoples and Minorities*, in *Recueil des courses*, vol. 231, 1991, pp. 263-524.
- K. WAGNER, *UNHCR's Involvement in the Great Lakes Refugee Crisis*, in *Pace International Law Review*, vol. 21, (1) 2009, pp. 365-386.
- R.M.M. WALLACE, *Making the Refugee Convention Gender Sensitive: The Canadian Guidelines*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, (3) 1996, pp 702-711.
- P. WEIS, *The Development of Refugee Law*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 27-42.
- D. WEISSBRODT, I. HORTREITER, *The Principle of Non-refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 5, 1999, pp. 1-73.
- P. WENNHOLZ, *Refugee Protection for a Leading War Criminal?: the Judgment of the Munich Higher Administrative Court of 11 January 2010*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 53 (2010), 2011, pp. 907-915.
- K.M. WHITNEY, *Does the European Convention on Human Rights Protect Refugees from "Safe" Countries?*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, (2) 1997, pp. 375-407.
- J.S. WILLEMS, *From Treblinka to the killing fields: excluding persecutors from the definition of "refugee"*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 27, (4) 1987, pp. 823-864.

BIBLIOGRAFIA

- M. WOLLENSCHLÄGER, *Die Flüchtlinge und die Menschenrechte*, in *AWR Bulletin*, vol. 27, (1) 1989, pp. 27-31.
- A. WOLMAN, *North Korean Asylum Seekers and Dual Nationality*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, (4) 2012, pp. 793-814.
- L. WOODS, *Decisions of the European Court of Human Rights During 2001*, in *British Yearbook of International Law*, vol. 72, (1) 2001, pp. 483-550.
- T. WOOD, J. MCADAM, *Australian Asylum Policy all at Sea: An analysis of Plaintiff M70/2011 v Minister for Immigration and Citizenship and the Australia–Malaysia Arrangement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, (3), 2012, pp. 274-300.
- W.T. WORSTER, *The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law*, in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 30, (1) 2012, pp. 94-160.
- C.W. WOUTERS, *Reconciling National Security and “Non-Refoulement”: Exceptions, Exclusion, and Diplomatic Assurances*, in A.M. SALINAS DE FRÍAS, K.L.H. SAMUEL, N.D. WHITE, *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 579-595.
- K. WOUTERS, M. DEN HEIJER, *The Marine I Case: a Comment*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, (1) 2010, pp. 1-19.
- A. YOUNG-ANAWATY, *International Human Rights Forums: A Means of Recourse for Refugees*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 451-476.
- K. YOUNG, *UNHCR and ICRC in the Former Yugoslavia: Bosnia-Herzegovina*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83, (843) 2001, pp. 781-806.
- S.B. YOUNG, *Between Sovereigns: A Re-Examination of Refugees' Status*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 339-370.
- R. ZAIOTTI, *Dealing with Non-Palestinian Refugees in the Middle East: Policies and Practices in a Uncertain Environment*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, (2) 2006, pp. 333-353.
- P. ZAMBELLI, *Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, (2) 2011, pp. 252-287.
- C. ZANGHÌ, *Circolazione delle persone e migrazioni nel Mediterraneo*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei e interni*, Teseo, Roma, 2009, pp. 37-58.
- M. ZIECK, *Doomed to Fail from the Outset? UNHCR's Convention Plus Initiative Revisited*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21, (3) 2009, pp. 387-420.
- R.R. ZIEGLER, *Protecting Recognized Geneva Convention Refugees outside their States of Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, (2) 2013, pp. 235-264.
- N. ZORZELLA, *Modifica e restrizione del diritto all'unità familiare nella nuova legge 189/2002*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, (3) 2002, 58-67.

David's Vibidlo