

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI  
ROMA "Sapienza"**

**Facoltà di Scienze Politiche  
Dipartimento di Teoria dello Stato**

**Dottorato in  
Ordine internazionale e diritti umani**

**XXIII Ciclo  
Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Lina Panella**

**IL PRINCIPIO DI *NON – REFOULEMENT***

**Tutor:**

**Chiar.mo Prof. Luigino Manca**

**Dottoranda:**

**Giorgia Ficorilli**

A.A. 2009-2010

*Alla mia famiglia*

<b>INTRODUZIONE</b>	<b>I</b>
<b>CAPITOLO 1</b>	<b>1</b>
<b>ASPETTI INTRODUTTIVI AL PRINCIPIO DI <i>NON – REFOULEMENT</i></b>	<b>1</b>
1.    Analisi del principio di <i>non-refoulement</i> nella Convenzione di Ginevra relativa allo Status dei Rifugiati (1951) e suo Protocollo opzionale (1967).	1
1.1    Il Protocollo opzionale quale strumento di universalizzazione della Convenzione?	8
2.    Analisi del contenuto del principio alla luce dei criteri <i>ratione personae</i> , <i>materiae, loci</i> .	9
i)    Ratione personae	10
ii)   Ratione materiae	18
iii)   Ratione loci	25
3.    Il principio di <i>non – refoulement</i> espressamente previsto in altri strumenti internazionali.	32
3.1    Il principio di <i>non – refoulement</i> indirettamente previsto nel divieto di tortura. <sup>37</sup>	
4.    Considerazioni conclusive.	45
<b>CAPITOLO 2</b>	<b>47</b>
<b>IL RUOLO DELL’UNHCR NELLA PRASSI ED APPLICAZIONE DEL</b>	<b>47</b>
<b>PRINCIPIO DI <i>NON - REFOULEMENT</i>.</b>	<b>47</b>
<b>INTRODUZIONE</b>	<b>47</b>
1.    Le origini dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) ed il suo Statuto.	48
2.    Il mandato dell’UNHCR nel “sistema di Ginevra”.	52
2.1    Il contenuto degli obblighi dell’art. 35 della Convenzione di Ginevra e dell’art. II del Protocollo opzionale del 1967.	57
2.2    I diritti riconosciuti ai rifugiati dalla Convenzione di Ginevra.	60
2.3    I limiti al ruolo di controllo dell’UNHCR nell’applicazione della Convenzione e nella protezione dei rifugiati.	61
3.    Il principio di <i>non-refoulement</i> secondo l’UNHCR.	63

<b>CAPITOLO 3</b>	<b>75</b>
<b>IL PRINCIPIO DI <i>NON – REFOULEMENT</i> NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI REGIONALI E NELLA PRASSI DEGLI ORGANI DI CONTROLLO DEI DIRITTI UMANI NELL’AMBITO DELLE NAZIONI UNITE.</b>	<b>75</b>
<b>INTRODUZIONE</b>	<b>75</b>
<b>SEZIONE I</b>	<b>76</b>
La prassi del Comitato contro la Tortura e del Comitato dei Diritti dell’Uomo nell’ambito delle Nazioni Unite.	76
<b>SEZIONE II</b>	<b>81</b>
1. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.	81
2. La CEDU e la tutela dello straniero.	82
3. Il principio di <i>non – refoulement</i> nella giurisprudenza CEDU: il <i>refoulement</i> indiretto nel divieto di tortura e in violazioni combinate.	85
3.1 Il divieto di <i>refoulement</i> nel caso di violazioni combinate degli artt. 1 e 8 della Convenzione.	92
4. L’ambito di applicazione dell’art. 3 della Convenzione europea.	95
5. L’applicazione dell’art. 3 CEDU a casi di estradizione ed espulsione.	98
6. Gli obblighi per gli Stati parti.	103
7. Altri strumenti nel Consiglio d’Europa per la prevenzione della tortura.	112
<b>SEZIONE III</b>	<b>114</b>
La giurisprudenza degli altri sistemi regionali a tutela dei diritti umani.	114
1. Il principio di <i>non-refoulement</i> nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell’uomo.	114
2. Gli obblighi per gli Stati parti.	121
3. Il principio di <i>non-refoulement</i> nel sistema africano di protezione dei diritti umani.	124
4. Rilievi conclusivi.	129
<b>CAPITOLO 4</b>	<b>135</b>
<b>IL PRINCIPIO DI <i>NON – REFOULEMENT</i> NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA</b>	<b>135</b>
<b>INTRODUZIONE</b>	<b>135</b>
1. La disciplina del diritto di asilo nel diritto primario dell’Unione: cenni introduttivi.	140

2. Il sistema di protezione internazionale nell'Unione europea attraverso il c.d. diritto derivato.	148
3. La compatibilità degli obblighi degli Stati membri dell'Unione europea con gli obblighi derivanti dal diritto internazionale.	164
<b>CONCLUSIONI</b>	<b>167</b>
<b>BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE</b>	<b>174</b>
<b>MONOGRAFIE</b>	<b>174</b>
<b>RIVISTE</b>	<b>184</b>

## INTRODUZIONE

La tutela dei rifugiati, dei richiedenti asilo e dei beneficiari di protezione internazionale è ormai da tempo materia disciplinata strumenti internazionali sia a carattere universale sia a carattere regionale. Tuttavia si riscontra una alta percentuale di persone che non sono in grado di beneficiare della protezione internazionale prevista. In questa circostanza, sempre più diffusa, opera il principio di *non-refoulement* che sarà specificatamente oggetto di studio nella presente ricerca. Esso può essere invocato nel caso in cui la persona bisognosa di protezione venga rinvia nel suo Paese di origine anche a rischio della stessa vita, senza essere intervistata circa le motivazioni della propria richiesta.

Tale principio ha acquisito una crescente importanza e negli ultimi anni è stato spesso invocato in riferimento a spostamenti di persone bisognose di protezione internazionale, soprattutto in relazione a quelli che avvengono via mare. Si segnala che nei più recenti casi di flussi misti di migranti, intercettati in mare e spesso rinvia nello Stato di origine, ci si è lamentati da più parti in merito a violazioni dello stesso. Appare pertanto evidente la necessità di procedere ad un approfondimento sull'applicazione di questo principio.

Il lavoro è stato suddiviso in quattro parti: ritenendo indispensabile il principio di effettività si è infatti deciso di descrivere la reale applicazione del principio di *non-refoulement* nell'ambito del sistema di Ginevra nonché nei contesti regionali degli Stati della comunità internazionale.

Nella prima parte attraverso l'ausilio dei lavori preparatori si ricostruirà la genesi del principio in esame, codificato per la prima volta dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951, e considerato la pietra angolare del sistema di protezione dei rifugiati fondato sulla Convenzione di Ginevra e sul suo Protocollo opzionale del 1967. L'art. 33 della suddetta Convenzione, pertanto, costituisce il punto di partenza della nostra indagine, in quanto afferma il divieto di respingimento, allontanamento forzoso di un individuo verso uno Stato dove potrebbe correre un rischio reale per la propria vita. Nell'ambito del "sistema di

Ginevra” esso incontra ben pochi limiti, tuttavia proprio da questi si intende ricostruire l’efficacia della protezione offerta alla luce della sua attuale applicazione.

Nella seconda parte di questa ricerca si procederà attraverso una analisi del ruolo di interprete della Convenzione dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, secondo quanto stabilito dall’art. 35 della stessa. Infatti in mancanza di un organo di controllo vincolante previsto dalla Convenzione, l’ente si è fatto interprete delle disposizioni convenzionali: risultano particolarmente interessanti i rispettivi pareri ed opinioni circa la definizione del principio in esame, che tenga conto della sua extraterritorialità.

I pareri e le opinioni dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, pur non avendo efficacia vincolante, costituiscono atti importanti ai fini dell’interpretazione della Convenzione di Ginevra e del suo Protocollo opzionale.

Nella terza parte, muovendoci dal presupposto di individuare gli obblighi in capo agli Stati parti della comunità internazionale in merito al principio di *non-refoulement*, la nostra analisi si articolerà su due livelli: da un lato attraverso l’individuazione degli strumenti convenzionali esistenti, che si occupano, anche se in via indiretta di *non-refoulement*, in particolare il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura del 1984; dall’altro attraverso la giurisprudenza delle corti regionali in materia di diritti umani con specifico riferimento al continente europeo e americano.

Il motivo sotteso a tale metodologia di analisi si deve ricondurre al rispetto del principio dell’effettività della protezione dal *non-refoulement*: infatti il comportamento degli Stati deve essere verificato dai meccanismi non vincolanti offerti dalle convenzioni internazionali sopracitate e soprattutto dai meccanismi giurisdizionali che discendono dalle rispettive convenzioni regionali in materia di diritti umani.

Da tale disamina si enucleano alcuni diritti fondamentali, quale il divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti e il diritto alla vita che costituiscono sicuri presupposti giuridici per una garanzia effettiva di *non-refoulement*.

Nella quarta ed ultima parte merita una riflessione a sé stante l'ordinamento dell'Unione europea, in quanto prevede espressamente il divieto di *non-refoulement* (art. 78 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE che introduce per la prima volta il principio di non respingimento), che rientra nella più generale politica dell'Unione europea in materia di asilo al fine di adottare misure relative ad un sistema comune.

In questo ambito, saranno oggetto di disamina gli atti di diritto derivato rilevanti nella materia considerata senza trascurare la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

In particolare rilevano la direttiva “accoglienza”, 2003/9/CE, la direttiva “qualifiche”, 2004/83/CE, la direttiva “procedure”, 2005/85/CE ed il regolamento 343/2003 sui criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda (Dublino II) che costituiscono il punto di raccordo tra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno degli Stati membri e favoriscono il necessario adattamento del secondo al primo, garantendo perciò un livello quasi del tutto uniforme del sistema di asilo tra gli Stati dell'Unione europea.

Si rafforza, in conclusione, la rilevanza che il principio oggetto del nostro studio ha assunto sia nel contesto universale sia in quello regionale. Una sua definizione giuridica risulta necessaria, seppure di non facile argomentazione.

Infatti ci si chiede quali conseguenze giuridiche potrebbero discendere da tale punto di approdo: un eventuale regime di responsabilità aggravata potrebbe costituire per gli Stati della comunità internazionale un freno alle operazioni di respingimento alla frontiera che frequentemente si verificano. La questione è di non immediata soluzione e pertanto richiede una riflessione complessiva circa tutti i quesiti sopra esposti.

## CAPITOLO 1

### ASPETTI INTRODUTTIVI AL PRINCIPIO DI *NON – REFOULEMENT*

SOMMARIO. 1. Il principio di *non – refoulement* nella Convenzione di Ginevra relativa allo Status dei Rifugiati (1951) e suo Protocollo opzionale (1967) alla luce dei lavori preparatori. – 1.1 Il Protocollo opzionale quale strumento di universalizzazione della Convenzione? – 2. Analisi del contenuto del principio alla luce dei criteri *ratione personae, materiae, loci*. – 3. Il principio di *non – refoulement* espressamente previsto in altri strumenti internazionali. – 3.1 Il principio di *non – refoulement* indirettamente previsto nel divieto di tortura. – 4. Considerazioni conclusive.

#### **1. Analisi del principio di *non-refoulement* nella Convenzione di Ginevra relativa allo Status dei Rifugiati (1951) e suo Protocollo opzionale (1967).**

La Convenzione di Ginevra relativa allo Status dei Rifugiati (1951)<sup>1</sup> ed il suo Protocollo opzionale (1967)<sup>2</sup> costituiscono il primo esplicito momento di codificazione del principio di *non – refoulement*<sup>3</sup>, vale a dire del “non respingimento” nel campo dei rifugiati. Precedentemente si possono rinvenire in alcune convenzioni internazionali disposizioni che solo implicitamente affermano tale principio: in particolare la Convenzione relativa allo Status Internazionale dei Rifugiati, adottata il 28 ottobre del 1933 nell’ambito della Società delle Nazioni a favore della causa dei rifugiati spagnoli, afferma all’art. 3 l’obbligo per gli Stati parti di “non espellere o non ammettere alla frontiera (*refoulement*)”<sup>4</sup><sup>5</sup>. Tale Convenzione

---

<sup>1</sup> Adottata il 25 luglio 1951 ed entrata in vigore il 22 aprile 1954.

<sup>2</sup> Adottato il 31 gennaio 1967 ed entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

<sup>3</sup> GOODWIN GILL, GUY S., *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 201: “*Refoulement* is thus to be distinguished from expulsion or deportation, the more formal process whereby a lawfully resident alien may be required to leave a State, or be forcibly removed.”

<sup>4</sup> VIBEKE EGGELI A., *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, The Hague, 2002, p. 155: “Originally, the concept of *refoulement* was limited to French and Belgian municipal legislation. The French verb *refouler* means to drive back (*faire reculer*) or to repel (*repousser*). In early French usage, the term was associated with the forced return of enemies. Today, the notion is well-established within international refugee phraseology and law. It covers most critically ‘summary reconduction to the frontier of those discovered to have entered illegally and summary refusal of admission of those without valid papers’. Non-*refoulement* is therefore a negative obligation of states not to send refugees back when their life and security would be at risk. As mentioned earlier, states have, so far, refused to undertake positive legal commitments to reach out for those in need.”

<sup>5</sup> [http://www.unhcr.org/refworld/publisher\\_LON,,,3dd8cf374,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/publisher_LON,,,3dd8cf374,0.html), Convention Relating to the International Status of Refugees: “Article 3 Each of the Contracting Parties undertakes not to remove

rappresenta uno dei primi tentativi da parte degli Stati di codificazione dei diritti umani attraverso lo strumento di una disposizione convenzionale<sup>6</sup>. In realtà la Convenzione del 1933 si limita a riprendere i principi sanciti nel 1928 dall'Accordo relativo allo status legale dei rifugiati russi ed armeni<sup>7</sup>.

La successiva Convenzione relativa allo Status dei Rifugiati provenienti dalla Germania, adottata il 10 febbraio 1938, riprende, all'art. 5, la stessa obbligazione *ex art. 3* della precedente Convenzione<sup>8</sup>.

Si tratta però di tentativi embrionali di codificazione che non si reputano esaustivi quanto alla definizione e al contenuto del principio in esame, essendo circoscritti ad una definizione di rifugiato collegata al criterio della nazionalità (russa, armena, tedesca, spagnola)<sup>9</sup>.

In seguito al secondo conflitto mondiale e durante la guerra fredda, la diffusione del fenomeno dei rifugiati in Europa, dovuto anche all'esistenza di una serie di conflitti localizzati, aveva fatto emergere nuovamente la necessità di gestire e prevenire tale fenomeno in modo continuativo e duraturo<sup>10</sup>. A tale scopo è stata convocata, da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con ris. 429 (V) del 14 dicembre 1950, la Conferenza dei plenipotenziari delle Nazioni Unite sullo Status dei Rifugiati ed Apolidi, che si era conclusa con l'adozione dell'Atto finale, nonché del testo definitivo della Convenzione. Alla Conferenza, tenutasi a Ginevra dal 2 al 25 luglio 1951, avevano partecipato 26 Stati<sup>11</sup>. L'esiguo numero degli Stati partecipanti,

---

or keep from its territory by application of police measures, such as expulsions or non-admittance at the frontier (refoulement), refugees who have been authorised to reside there regularly, unless the said measures are dictated by reasons of national security or public order. It undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin. It reserves the right to apply such internal measures as it may deem necessary to refugees who, having been expelled for reasons of national security or public order, are unable to leave its territory because they have not received, at their request or through the intervention of institutions dealing with them, the necessary authorisations and visas permitting them to proceed”.

<sup>6</sup> HATHAWAY J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 87.

<sup>7</sup> Arrangement relating to the legal status of Russian and Armenian Refugees.

<sup>8</sup> GORTAZAR ROTAECHE C., *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Madrid, 1997, pp. 289-290.

<sup>9</sup> MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, pp. 24 e 26.

<sup>10</sup> Sul punto ROBINSON N., *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953, p. 3: “With the end of World War II the problem of refugees assumed far greater dimensions than ever before, but the only international agreement to be signed in their behalf was the London Agreement of October 15, 1945, concerning the issuance of travel documents to refugees from Germany and Austria, Spanish refugees and some smaller groups, all of whom were the concern of the Intergovernmental Committee on Refugees.”

<sup>11</sup> Dal *Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons* (A/CONF.2/108) risultano: Australia, Austria, Belgio, Brasile, Canada, Colombia,

rappresentativo della ridotta comunità internazionale a causa della persistente colonizzazione, ha inevitabilmente influenzato il testo convenzionale, in particolare nella limitata definizione di rifugiato (art. 1 A 2) su cui ci si soffermerà in seguito.

La Convenzione di Ginevra, entrata in vigore il 22 aprile 1954 in base all'art. 43<sup>12</sup>, reca in sé alcuni elementi innovativi: infatti, al fine di trovare soluzione al fenomeno dei rifugiati in Europa, quale possibile motivo di tensione tra gli Stati europei, prevede una serie di diritti a tutela della vita dei rifugiati, offrendo una protezione più compiuta rispetto alle precedenti convenzioni in materia<sup>13</sup>.

Per quanto concerne il principio di *non-refoulement*, in esame, esso è contenuto nell'art. 33 «*Prohibition of Expulsion or Return ('Refoulement')*» della Convenzione, del quale è opportuno esaminare i lavori preparatori.

Infatti, nel corso dei lavori preparatori<sup>14</sup> l'art. 33 aveva numerazione e formulazione diverse: l'art. 28 affermava “No Contracting State shall expel return 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 or political opinion.”<sup>15</sup>

L'11 luglio 1951 sono stati presentati due emendamenti al testo dell'articolo in esame che ne hanno condizionato la portata e l'obbligo in esso previsto: si tratta dell'emendamento congiunto di Francia – Regno Unito<sup>16</sup> e di quello della Svezia<sup>17</sup>.

L'emendamento congiunto Francia – Regno Unito prevedeva l'inserimento all'art. 28 di un secondo paragrafo: “The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a

---

Danimarca, Egitto, Francia, Repubblica Federale di Germania, Grecia, Santa Sede, Iraq, Israele, Italia, Lussemburgo, Monaco, Paesi Bassi, Norvegia, Svezia, Svizzera (la delegazione svizzera rappresentava anche il Liechtenstein), Turchia, Regno Unito, Stati Uniti, Venezuela, Jugoslavia. In qualità di osservatori: Cuba, Iran. Nonché numerose ONGs.

<sup>12</sup> L'art. 43 della Convenzione di Ginevra 1951 ne disciplina l'entrata in vigore: “1. This Convention shall come into force on the ninetieth day following the day of deposit of the sixth instrument of ratification or accession. 2. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the sixth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the ninetieth day following the date of deposit by such State of its instrument or ratification or accession.”

<sup>13</sup> ROBINSON N., *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation* cit., pp. 6-8.

<sup>14</sup> TAKKENBERG A., TAHBAZ C.C., *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*, Amsterdam, 1990 e WEIS P., *The Refugee Convention, 1951: the Travaux Préparatoires Analysed*, Cambridge, 1995.

<sup>15</sup> A/CONF/2/1.

<sup>16</sup> A/CONF 2/69

<sup>17</sup> A/CONF 2/70

danger to the security of the country in *which he is residing*<sup>18</sup>, or who, having been *lawfully convicted in that country*<sup>19</sup> of particularly *serious crimes or offences*<sup>20</sup>, constitutes a danger to the community thereof”.

L'emendamento svedese, invece, comportava una presentazione del testo dell'art. 28 completamente innovativa:

“No Contracting State shall expel or return 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<sup>21</sup>, 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 of public order.”

Il Presidente della Conferenza, il danese Larsen, presentando i due emendamenti, suggeriva di esaminare in primo luogo il primo paragrafo dell'emendamento svedese insieme con il testo originario dell'art. 28, mentre il secondo paragrafo dell'emendamento svedese avrebbe dovuto essere confrontato con il secondo paragrafo dell'emendamento congiunto franco – inglese.

Il delegato belga (Mr. Herment<sup>22</sup>) si chiedeva il significato dell'espressione “lawfully convicted in that country”, in particolare, se dovesse essere interpretato come sentenza passata in giudicato nei confronti di un rifugiato con la conseguenza che quest'ultimo non avrebbe potuto chiedere l'applicazione di tale disposizione. A questo riguardo, il delegato inglese (Mr. Hoare<sup>23</sup>) concordava sull'ambiguità

---

<sup>18</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>19</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>20</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>21</sup> Sottolineatura ufficiale ex A/CONF. 2/70.

<sup>22</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Draft Convention relating to the Status of Refugees (A/CONF. 2/70.): [Mr. Herment] “Referring to the joint amendment, he asked for an explanation of the words «lawfully convicted», and wondered whether the word «lawfully» meant that the authority which had passed sentence on a refugee had to provide full legal guarantees, or that the sentence must be final. If a refugee had been sentenced by a court of first instance, could he nevertheless claim the benefit of article 28?”

<sup>23</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Draft Convention relating to the Status of Refugees (A/CONF. 2/70.): [Mr. Hoare] “With regard to the Belgian representative’s earlier remark, he agreed that the word «lawfully» could be deleted. It was, infact, final conviction that was meant, that was to say, after any appeal had been heard or after the term of appeal had expired. There were certain discrepancies between the English and the French texts: the

dell'espressione utilizzata e proponeva la definitiva eliminazione dell'avverbio "lawfully", interpretando le parole "convicted in that country" non necessariamente nel senso di emissione di sentenza definitiva.

Inoltre il testo francese dell'emendamento congiunto utilizzava l'espressione "crimes ou délits" mentre il testo inglese semplicemente "crimes". In questo contesto si colloca l'iniziativa del delegato francese (Mr. Rochefort<sup>24</sup>), che suggeriva, al fine di evitare equivoci, di sostituire l'espressione "convicted because of particularly crimes or offences" con la più semplice "because of particularly acts", ma il delegato belga (Mr Herment<sup>25</sup>) rilevava come in questo caso si potessero sollevare problemi di interpretazione.

La Conferenza non era unanime nel valutare l'applicazione dell'articolo: ci si domandava se esso dovesse essere applicato ad un individuo o piuttosto ad un gruppo di persone (Mr. Herment<sup>26</sup>, Belgio), così come ci si interrogava sulla formula "in which he is".

A quest'ultimo riguardo originariamente l'emendamento francese aveva proposto la formula "in which he is residing", ma in un secondo tempo era stata sostituita dalla formula "in which he is" in quanto applicabile più facilmente non solo a chi si trovava regolarmente nel Paese di accoglienza. A tal proposito il delegato inglese (Mr. Hoare<sup>27</sup>) evidenziava come la formula "in which he is residing" potesse essere applicata solo alle persone residenti nel Paese di accoglienza per un tempo prolungato, anche se l'elemento temporale avrebbe potuto comportare un'applicazione restrittiva della disposizione ed eventualmente discriminatoria nei

---

French text referred to «crimes ou délits», whereas the word «crimes» was sufficient in the English text."

<sup>24</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Draft Convention relating to the Status of Refugees (A/CONF. 2/70.): "Mr Rochefort suggested that, in order to simplify matters, the phrase «convicted because of particularly serious acts» should be substituted for the phrase «convicted..of particularly serious crimes or offences»."

<sup>25</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Draft Convention relating to the Status of Refugees (A/CONF. 2/70.): Mr. Herment could not accept those words, which he thought were able to be interpreted in an arbitrary manner."

<sup>26</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Draft Convention relating to the Status of Refugees (A/CONF. 2/70.): "Mr. Herment drew attention to the fact that in article 28 the prohibition on returning refugees to the frontier could be construed as applying to individuals, but not to a large groups."

<sup>27</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Draft Convention relating to the Status of Refugees (A/CONF. 2/70.): [Mr. Hoare] "It might very occasionally be necessary to return the refugee almost immediately to his country of origin. Generally, however, the amendment would affect people who had been resident in the country for a considerable time, and it was for that reason that the word «residing» had been used".

confronti di coloro i quali risiedono da breve tempo nel Paese di accoglienza o vi si trovano irregolarmente.

L'emendamento svedese costituirà la base del secondo paragrafo del successivo art. 33, anche se con alcune significative modifiche; infatti il delegato svedese aveva annunciato di ritirare il secondo paragrafo dell'emendamento.

Si giungeva in prima lettura all'adozione del testo dell'art 28 così riformato, con il previo suggerimento della parte svedese che consisteva nella rimozione delle parole "in that country" e nell'eliminazione, secondo l'opinione del presidente, del riferimento all'appartenenza ad un particolare gruppo sociale, che avrebbe dovuto essere oggetto di successive riflessioni in relazione anche al contenuto dell'art. 1:

"1. No Contracting State shall expel or return 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 or political opinion.

2. 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 definitely convicted of particularly serious crimes, constitutes a danger to the community thereof."

Il secondo paragrafo dell'art. 28 presentava poi le eccezioni al principio enunciato nel primo paragrafo: nel caso in cui il rifugiato costituisse un pericolo alla sicurezza del Paese nel quale si trovava o alla comunità di tale Paese, non dovevano applicarsi le disposizioni di cui al paragrafo 1. Il principio in esame in tal senso subiva alcune limitazioni.

La versione approvata in seconda lettura dalla *Style Committee* aveva introdotto tre modifiche al testo dell'articolo:

- 1) La parola "refoulement" ("refouler" nella forma verbale utilizzata) era stata inserita tra parentesi e tra virgolette dopo la parola "return";
- 2) Le parole "membership of a particular social group", secondo quanto previsto nell'emendamento svedese, sono state aggiunte al corpo del primo paragrafo;
- 3) La parola "trial" veniva sostituita dalla parola "final".

Il testo finale, adottato l'11 luglio 1951 con 19 voti favorevoli e 3 astensioni, aveva la seguente formulazione, che è poi quella dell'attuale art. 33:

“1. 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.

2. 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.”

Nell’individuare la portata di tale disposizione, Hathaway<sup>28</sup> precisa che l’obbligo di *non-refoulement* è distinto dal diritto di asilo dalla persecuzione per due ordini di motivi. Infatti, tale obbligo si limita a proibire misure tali da spingere il rifugiato verso i suoi persecutori, senza stabilire in capo agli Stati l’obbligo positivo di garantire il diritto di asilo ai rifugiati “in quanto si figura come atto umanitario ed espressione della facoltà degli Stati nell’esercizio della loro sovranità”<sup>29</sup>. Gli Stati parti della Convenzione potrebbero perciò negare l’ingresso nel proprio territorio ai rifugiati senza una reale probabilità che in caso di loro rifiuto essi possano essere rinviiati al Paese di origine e correre seri rischi per la propria incolumità.

Della stessa opinione è anche Goodwin-Gill che, non riconoscendone l’interdipendenza, distingue il principio in esame dal diritto di asilo, quale “continuing discretionary aspect of a State’s right [...] in the treatment to be accorded to those in fact admitted”<sup>30</sup>.

McAdam fa proprio lo stesso pensiero, ricordando che “individuals with a demonstrable need for protection due to the principle of *non-refoulement* are not necessarily entitled to asylum, in the sense of permanent admission, since this remains in the domain of State discretion”<sup>31</sup>.

In secondo luogo, la distinzione tra obbligo di *non-refoulement* e diritto di asilo discende dal probabile rischio di essere perseguitati, senza implicare un obbligo di garantire il diritto di asilo. Si tratta di due livelli diversi: da un lato un obbligo negativo in capo agli Stati e dall’altro il diritto di godere del diritto di asilo in capo all’individuo bisognoso di protezione. Il principio in esame (art. 28 ed in seguito art.

---

<sup>28</sup> HATHAWAY J.C., *The Rights of Refugees under International Law* cit., pp. 300-301.

<sup>29</sup> MANCA L., *Voce Asilo. I) diritto internazionale* in Enciclopedia Giuridica Treccani, Postilla di aggiornamento, 2007, p. 1.

<sup>30</sup> GOODWIN-GILL, GUY S., MCADAM J., *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 196.

<sup>31</sup> MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, p. 200.

33), che comporta un obbligo di astensione da parte dello Stato, deve essere considerato alla luce degli obblighi positivi che discendono dalla Convenzione e che intendono garantire al rifugiato il godimento di una serie di diritti civili, sociali, economici<sup>32</sup>.

### **1.1 Il Protocollo opzionale quale strumento di universalizzazione della Convenzione?**

Il clima di piena guerra fredda, immediatamente successivo alla fine del secondo conflitto mondiale, aveva condotto all'adozione della Convenzione di Ginevra per risolvere il problema dei rifugiati allora presenti in Europa. Pertanto la Convenzione contiene una visione eurocentrica del problema dei rifugiati; infatti l'art 1 B nella definizione di rifugiato introduce due limiti, temporale e geografico: "a) events occurring in Europe before 1 January 1951 or b) events occurring in Europe or elsewhere before 1 January 1951".

La Convenzione di Ginevra non offre una tutela compiuta ed effettiva del rifugiato, in quanto non prevede esplicitamente tale diritto, quanto piuttosto un obbligo per gli Stati di garantire accoglienza. Tale limite può essere compreso se si riflette sul contesto eurocentrico e di post – conflitto mondiale in cui tale Convenzione è stata codificata, sulla posizione dell'individuo, che solo recentemente aveva assunto rilievo nel diritto internazionale di quel periodo.

Nel 1964 l'Alto Commissario Schnyder, appoggiato dal delegato belga all'*Executive Committee*<sup>33</sup>, aveva proposto la convocazione di un gruppo di esperti per risolvere il

---

<sup>32</sup> Vedansi i diritti che discendono dai seguenti articoli: art. 3 Non discrimination, art. 4 Religion, art. 5 Rights granted apart from this Convention, art. 10 Continuity of Residence, art. 11 Refugee Seamen, art. 12 Personal Status, art. 13 Movable and Immovable Property, art. 14 Artistic Rights and Industrial Property, art. 15 Right of Association, art. 16 Access to Courts, art. 17 Wage-earning Employment, art. 18 Self-employment, art. 19 Liberal Professions, art. 20 Rationing, art. 21 Housing, art. 22 Public Education, art. 23 Public Relief, art. 24 Labour Legislation and Social Security, art. 25 Administrative Assistance, art. 26 Freedom of Movement, art. 27 Identity Papers, art. 28 Travel Documents, art. 29 Fiscal Charges, art. 30 Transfer of Assets.

<sup>33</sup> In seguito "ExCom" sul punto vedasi <http://www.unhcr.org/pages/49c3646c86.html>: "The UN's Economic and Social Council (ECOSOC) established the Executive Committee of the High Commissioner's Programme (ExCom) in 1958 [Resolution 672 (XXV)] and the governing body formally came into existence on January 1, 1959. A UN General Assembly resolution [1166 (XII)] had requested ECOSOC to establish an Executive Committee consisting of representatives of UN member states or members of any of the specialized agencies. It specified that these representatives

problema dell'assistenza ai "nuovi" rifugiati, che non rientravano nella tutela offerta dall'esistente Convenzione. Il gruppo di 13 esperti, rappresentando i loro Paesi di origine (Algeria, Colombia, Francia, Ghana, Ungheria, India, Italia, Norvegia, Svizzera, Regno Unito, Stati Uniti e Jugoslavia, nonché un delegato del World Council of the Churches), avrebbe lavorato alla rimozione dei limiti presenti nella Convenzione.

Gli esperti, riunitisi a Bellagio dal 21 al 28 aprile 1965 e partecipando al *Colloquium on Legal Aspects of Refugee Problems*, decisero di rimuovere i limiti *ex art. 1 B* della Convenzione attraverso lo strumento di un Protocollo opzionale. Tale proposta venne approvata dall'ExCom nel novembre 1966.

La rimozione del limite geografico dalla Convenzione ad opera del Protocollo si rivolge esclusivamente a tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione prima dell'adozione del Protocollo del 1967, in quanto tale limite non si applica per gli Stati che hanno ratificato la Convenzione successivamente.

La scelta di utilizzare un Protocollo piuttosto che procedere con un emendamento della Convenzione era stata dettata dalla difficoltà di emendare la Convenzione e, inoltre, tale strumento risultava più veloce ed efficace per la tutela dei rifugiati. Se da un lato la rimozione dei limiti temporale e geografico ha contribuito ad una protezione ulteriore dei rifugiati nel mondo, dall'altro, tuttavia, non è risultata sufficiente a modificare l'impronta eurocentrica della Convenzione<sup>34</sup>.

## **2. Analisi del contenuto del principio alla luce dei criteri *ratione personae, materiae, loci*.**

L'interpretazione della Convenzione di Ginevra risulta particolarmente complessa a causa della mancata esistenza di un organo di controllo, che, attraverso l'emissione di pareri, possa far luce circa il significato delle disposizioni in essa contenute. Infatti a differenza di altri strumenti internazionali che hanno previsto l'istituzione di un

---

should "be elected by the Council on the widest possible geographical basis from those states with a demonstrated interest in, and devotion to, the solution of the refugee problem." Although established by ECOSOC, ExCom functions as a subsidiary organ of the General Assembly and its documentation is issued in a General Assembly series. ExCom's report is submitted directly to the General Assembly for consideration in the Third Committee."

<sup>34</sup> DAVIES S., *Legitimising Rejection, International Refugee Law in Southeast Asia*, The Hague, 2007, pp. 23-84.

siffatto organo, la Convenzione di Ginevra deve essere applicata alla luce dei criteri generali di interpretazione dei trattati, codificati agli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, vale a dire la buona fede ed i mezzi complementari, tra i quali figurano i lavori preparatori, di cui sopra, nonché attraverso l'operato dell'UNHCR, che in più di un'occasione ha stilato rapporti od opinioni indispensabili per l'interpretazione della stessa Convenzione<sup>35</sup>.

Si procederà in un primo momento ad un'interpretazione letterale e teleologica della disposizione in esame secondo i criteri *ratione personae, materiae, loci*. In un secondo momento, invece attraverso l'applicazione del criterio analogico, si esaminerà il principio in una prospettiva comparata, tale da fornire spunti diversi di applicazione del principio di *non – refoulement* in diversi contesti regionali.

Dall'analisi testuale dell'art. 33 discende che mentre il primo paragrafo contiene i criteri di "inclusione", ovvero si applica a qualunque persona considerata "rifugiato" *ex art. 1 A(2)* della Convenzione del 1951, il secondo paragrafo, relativo alle eccezioni al principio in esame, contiene i criteri di "esclusione"<sup>36</sup>.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione del principio in esame, l'art. 33 della Convenzione non può essere oggetto di riserva secondo quanto stabilito dall'art. 42<sup>37</sup> della stessa. Robinson infatti ricorda a tal proposito che:

"This is the result of the contention that several of the provisions of the Convention are so fundamental that, if they are not accepted by a state, the Convention could not fulfil its purpose"<sup>38</sup>.

### **i) Ratione personae**

L'applicazione *ratione personae* del principio in esame, relativa alla definizione di "rifugiato" nell'art. 33, rimanda alla definizione *ex art. 1 A (2)* della Convenzione ovvero ad una persona che abbia il timore fondato di essere perseguitata, senza

---

<sup>35</sup> In merito al ruolo dell'UNHCR nell'interpretazione della Convenzione di Ginevra e del suo Protocollo, si veda il cap. 2 del presente lavoro.

<sup>36</sup> 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, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/45f17a1a4.pdf>

<sup>37</sup> L'art. 42 par. 1 della Convenzione di Ginevra 1951 afferma: "1 At the time of signature, ratification or accession, any State may make reservations to articles of the Convention other than to articles 1, 3, 4, 16(1), 33, 36-46 inclusive."

<sup>38</sup> ROBINSON N., *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, cit., p. 175.

perciò essere necessario il requisito del riconoscimento formale dello status di rifugiato<sup>39</sup>. Tale affermazione è stata ribadita nell'*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, elaborato dall'UNHCR<sup>40</sup>.

Secondo l'UNHCR rientra nella definizione di rifugiato che discende dalla Convenzione di Ginevra, la persona che soddisfi i criteri di cui all'art. 1 A (2) (vedi *infra*) prima del riconoscimento formale dello status di rifugiato.

Pertanto il momento del riconoscimento dello status di rifugiato è semplicemente successivo al sorgere delle circostanze a causa delle quali una persona ha il timore fondato di essere perseguitato<sup>41</sup>.

L'eventuale verifica delle "circostanze" sembrerebbe così essere il momento formale di una condizione soggettiva che richiede protezione internazionale.

L'art. 1 A (2) della Convenzione indica le "circostanze" che comportano la qualità di rifugiato:

- 1) essere rifugiati a causa degli eventi che hanno avuto luogo in Europa prima del 1 gennaio 1951;
- 2) avere il timore fondato di persecuzioni;
- 3) tali persecuzioni dovranno essere basate sulla "razza"<sup>42</sup>, religione, nazionalità, appartenenza ad uno specifico gruppo sociale o a causa di opinioni politiche;
- 4) trovarsi al di fuori del proprio Paese di nazionalità, o in caso di apolide, nel Paese di residenza abituale;

---

<sup>39</sup> LAUTERPACHT E., BETHLEHEM D., *Non-refoulement (Article 33 of the 1951 Convention)*, in *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003, pp. 87-165.

<sup>40</sup> UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva, 1992, para 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".

<sup>41</sup> VILLANUEVA SAINZ – PARDO P., *The Relevance of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, *The International Journal of Human Rights*, vol. 6, n. 2, 2002, pp. 23-34 (30): "The recognition of the Status of Refugee by States is not constitutive, but declaratory: States recognise existing rights already protected by the 1951 Convention and other international instrument."

<sup>42</sup> Intesa nel senso di "origine etnica" vedasi WEISSBRODT D., HÖRTREITER I., *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*, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 5, 1999, pp. 1-73 (22): "The term «race» in the Convention of Refugees is considered to be applicable whenever a person is persecuted because of his ethnic origin."

- 5) a causa del timore fondato di persecuzioni, non essere in grado o non poter godere della protezione del proprio Stato di nazionalità e nel caso di apolide, non essere in grado di fare ritorno al Paese di residenza abituale.

L'espressione utilizzata nella Convenzione "*well - founded fear of persecution*" reca in sé la presenza di due elementi: l'elemento soggettivo, che consiste nel timore, è condizionato da caratteristiche personali da ricercare nell'elemento psicologico del soggetto, nella sua famiglia, esperienze personali; mentre l'elemento oggettivo implica l'appartenenza ad un gruppo etnico, la religione, la nazionalità, l'appartenenza ad uno specifico gruppo sociale o di opinioni politiche<sup>43</sup>.

La persecuzione fondata sull'appartenenza ad una "razza" o gruppo etnico può essere interpretata alla luce dell'espressione "discriminazione razziale", di cui all'art. 1 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (21 dicembre 1965), ovvero "ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in qualsiasi altro settore della vita pubblica".

La definizione di rifugiato *ex art. 1 A (2)* tuttavia non risulta esaustiva<sup>44</sup>, infatti non comporta alcun riferimento a persecuzioni derivanti da violazioni di diritti economici e sociali<sup>45</sup>. Dall'altra parte ogni definizione giuridica può dar luogo al rischio di produrre *standard* differenti di protezione a seconda delle caratteristiche personali dei soggetti da proteggere, causando indirettamente discriminazioni nei confronti delle categorie distinte dal rifugiato *de jure* (IDPs, rifugiato *de facto*, vedi *infra*)<sup>46</sup>.

Il paragrafo 1 dell'art. 1 B prevede, altresì, due limitazioni all'applicazione delle condizioni sopracitate: un limite temporale ed un limite geografico "a) events

---

<sup>43</sup> WEISSBRODT D., HÖRTREITER I., *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*, cit., pp. 21-22.

<sup>44</sup> Sul punto vedasi MANCA L., *Note sulla disciplina della protezione temporanea dei rifugiati nel quadro comunitario*, Affari sociali internazionali n. 3, 2001, pp. 83-98 (84-85).

<sup>45</sup> Ibid. (31).

<sup>46</sup> PHUONG C., *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge, 2004, pp. 13-38. (26).

occurring in Europe before 1 January 1951 or b) events occurring in Europe or elsewhere before 1 January 1951”.

Tali limiti sono stati successivamente rimossi dall’art. I par. 3 del Protocollo opzionale del 1967<sup>47</sup> in quanto, restringendo l’ambito di applicazione della Convenzione, ne rendevano possibile l’applicazione solo in minima parte.

L’art. 33 non sembra distinguere tra rifugiato regolare ed irregolare e le limitazioni di cui al secondo paragrafo devono applicarsi a tutti i rifugiati<sup>48</sup>.

Robinson<sup>49</sup>, tuttavia, individua nelle pieghe di tale disposizione un forte limite: l’art. 33 infatti si applica a tutti i rifugiati che siano entrati nel territorio di uno Stato in modo regolare oppure irregolare, ma non ai rifugiati che intendano entrarvi. Se da un lato l’art. 33 garantisce il principio di non respingimento, dall’altro, non obbliga gli Stati membri al non respingimento dei rifugiati alla frontiera. “If a refugee has succeeded in eluding the frontier guards, he is safe; if he has not, it is hard luck”.

Lo stesso Chetail<sup>50</sup> ricorda come l’articolo 33 non esiga alcuna condizione di legalità nella presenza della persona bisognosa di protezione sul territorio degli Stati parti della Convenzione. Infatti, il “divieto di espellere un rifugiato regolarmente residente dal territorio dello Stato in cui risiede [...] è già espressamente sancito dall’art. 32 della Convenzione”<sup>51</sup> ed, inoltre, tale procedimento di riconoscimento ha natura dichiarativa e non costitutiva, dal momento che, come già affermato dall’UNHCR, nell’*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, le caratteristiche che costituiscono il presupposto di tale riconoscimento appartengono all’individuo *per se*.

---

<sup>47</sup> L’art. I par. 3 del Protocollo del 1967 afferma: “The present Protocol shall be applied by the States Parties hereto without any geographic limitation, save that existing declarations made by States already Parties to the Convention in accordance with article 1 B (1) (a) of the Convention, shall, unless extended under article 1 B (2) thereof, apply also under the present Protocol.”

<sup>48</sup> KURUK P., *Asylum and the Non – Refoulement of Refugees: The Case of Missing Shipload of Liberian Refugees*, Stanford Journal of International Law, vol. 35, n. 2, 1999, pp. 313-350 (327).

<sup>49</sup> ROBINSON N., *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, cit., p. 163.

<sup>50</sup> CHETAİL V., *Le principe de non-refoulement*, in *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au Statut des Réfugiés 50 ans après: bilan et perspective (sous la direction de V. CHETAİL)*, Bruxelles, 2001, pp. 4-61 (12).

<sup>51</sup> NERI L., *Profili sostanziali: lo Status di rifugiato*, in *Diritto degli stranieri* (a cura di B. NASCIBENE), Padova, 2004, pp. 1189-1243 (1196-1197).

Pertanto, l'ingresso o il soggiorno irregolare non incidono sul beneficio del principio di *non-refoulement*. Questa interpretazione è stata confermata anche dall'art. 31<sup>52</sup> della Convenzione che garantisce l'esenzione dalla giurisdizione penale per i richiedenti asilo in situazione irregolare.

L'art. 31 riprende quanto suggerito dall'ex Segretario Generale, Trygve Lie, nel suo rapporto del 1951 alla *Commissione ad Hoc*, istituita per elaborare il testo convenzionale: "A refugee whose departure from his country of origin is usually a flight, is rarely in a position to comply with the requirements for legal entry (possession of national passport and visa) into the country of refuge. It would be in keeping with the notion of asylum to exempt from penalties a refugee, escaping from persecution, who after crossing the frontier clandestinely, presents himself as soon as possible to the authorities of the country of asylum and is recognized as a bona fide refugee".

L'art. 33 par. 2 descrive quali criteri di "esclusione" dal beneficio dell'applicazione del principio di *non-refoulement* il pericolo alla sicurezza dello Stato nel quale il rifugiato – a danger to the security of the country in which he is – ed il pericolo alla comunità di tale Stato – a danger to the community of that country – .

Questi criteri di "esclusione" ex art. 33 par. 2 devono essere esaminati alla luce delle circostanze esimenti l'applicazione della Convenzione, secondo quanto disposto dall'art. 1 F:

- la commissione di crimini contro la pace, crimini di guerra o crimini contro l'umanità secondo la definizione data dalle convenzioni internazionali in materia;
- la commissione di un serio crimine non politico al di fuori del Paese di rifugio prima dell'ammissione nello stesso Paese della persona quale rifugiata;
- la commissione di atti contrari agli scopi e principi delle Nazioni Unite.

---

<sup>52</sup> L'art. 31 della Convenzione del 1951 afferma: "1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence. 2. The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country. The Contracting States shall allow such refugees a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country."

Inoltre si evidenzia che tra i criteri di esclusione in esame vi sono crimini per i quali è prevista apposita giurisdizione internazionale (ad es. la Corte penale internazionale), nonché garanzie procedurali per l'imputato.

I criteri di esclusione *ex art. 33 par. 2* non coincidono con i criteri *ex art. 1 F* se non per il riferimento al Paese di accoglienza nel quale sia stato commesso il crimine, pertanto se ne deduce che il principio di *non-refoulement* possa essere applicato solo a coloro i quali hanno già riconosciuto il proprio status di rifugiati, mentre le clausole di esclusione non si riferiscono che ai richiedenti asilo.

“Art. 33 is to be interpreted in the sense that only convicted criminals (regardless of where the crime was committed) could be expelled, and that the deprivation of the status of a refugee would not by itself be a reason justifying expulsion”<sup>53</sup>.

Risulta evidente un'incongruenza tra i due paragrafi dell'art. 33, in quanto il par. 2 si può applicare solo a coloro che si siano visti riconoscere lo status di rifugiato, mentre il par. 1 è suscettibile di un'interpretazione più ampia della mera definizione di rifugiato.

A tal proposito, si ricorda che la figura del rifugiato sia passibile di un ampliamento del concetto stesso in quanto le circostanze che discendono dalla Convenzione di Ginevra possono essere interpretate in base alla prassi in continua evoluzione. Infatti la Convenzione in esame è stata applicata dall'UNHCR ad un'altra categoria distinta da quella di rifugiato, *ex art. 1 A*, la categoria degli sfollati interni (*Internally Displaced Persons*, IDPs)<sup>54</sup>.

Mentre nel caso di rifugiati, essi solitamente fuggono al di fuori del proprio Paese di origine, gli sfollati interni<sup>55</sup> (IDPs) si muovono internamente al proprio Paese di nazionalità senza varcarne i confini<sup>56</sup>. Il rilievo dell'esistenza di confini discende

---

<sup>53</sup> ROBINSON N., *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, cit., p. 165.

<sup>54</sup> LOESCHER G., BETTS A., MILNER J., *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): the Politics and Practice of Refugee Protection into the Twenty-first Century*, London, 2008, p. 107: “The criteria for UNHCR’s involvement in IDP protection evolved during the 1990s through an initial General Assembly resolution in 1993 and then a series of internal guidelines and ExCom conclusions. The main criteria to emerge were that, first, there should be a specific request for UNHCR involvement by the Secretary-General; second that the host state should provide consent, third, that access and security should be guaranteed; fourth, that UNHCR should have the necessary expertise and funds.”

<sup>55</sup> In seguito IDPs.

<sup>56</sup> ORCHARD P., *Protection of Internally Displaced Persons: Soft Law as a Norm-generating mechanism*, *Review of International Studies*, vol. 2010, n. 36, pp. 281-303 (281): “Refugees, outside of their own state and unable to count on its protection, are provided protection through an

dalla crescente centralità dello Stato, in quanto indicano il legame crescente tra cittadino e Stato di appartenenza<sup>57</sup>. Oltrepassare i confini di uno Stato significa uscire dal proprio spazio territoriale, emanazione della sovranità dello stesso.

Un primo tentativo di definizione degli IDPs, sebbene già indirettamente presente nella Convenzione OUA che disciplina aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa<sup>58</sup>, deve attribuirsi all'ex Segretario Generale delle Nazioni Unite, Boutros Ghali<sup>59</sup>: “persons who have been forced to flee their homes suddenly or unexpectedly in large numbers, as a result of armed conflict, internal strife, systematic violations of human rights or natural or manmade disasters, and who are within the territory of their own country.”

Nel 1998 si è giunti ad una definizione più compiuta: “[...] 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 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 recognized State border”<sup>60</sup>.

Oltre alla categoria degli IDPs, rientrano nella tutela offerta dalla Convenzione di Ginevra i rifugiati *de facto*, che, nella definizione di Weis<sup>61</sup>, sono “persons not recognized as refugee 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 relating to the Status of Refugees and who are unable or, for reasons recognized as valid, unwilling to return to the country of their nationality or, if they have no nationality, to the country of their habitual residence”.

---

international refugee regime based in law [...]. By contrast, IDPs, though displaced for similar reasons, do not have the same protections since they remain within their own state. Primary responsibility for their protection continues to rest with the territorial state.”

<sup>57</sup> PHUONG C., *The International Protection of Internally Displaced Persons*, cit., pp. 23-25.

<sup>58</sup> In tal senso vedi il prossimo paragrafo.

<sup>59</sup> *Analytical Report of the Secretary-General on Internally Displaced Persons*, U.N. Doc. E/CN.4/1992/23 (1992).

<sup>60</sup> Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission resolution 1997/39, E/CN.4/1998/53/Add.2, <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d2e008c61b70263ec125661e0036f36e?Opendocument>

<sup>61</sup> WEIS P., *Convention Refugees and De Facto Refugees*, in (G. MELANDER AND P. NOBEL eds) *African Refugees and Law*, Uppsala, 1978, p. 15-22 (16).

In ambito regionale, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con raccomandazione 26 gennaio 1976 n. 773, ha definito i rifugiati *de facto*, quali "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 (*de facto* refugees)". Tuttavia dall'analisi della stessa definizione, offerta dal Consiglio d'Europa e da Weis, emerge la necessità di un accordo *ad hoc*, che disciplini tale figura, dal momento che non è espressamente tutelata dalla Convenzione di Ginevra. Emerge dalla realtà un'esigenza concreta di ampliare il concetto di rifugiato, oltre la disposizione convenzionale, dalla quale, come ricorda il Prof. Durante<sup>62</sup>, "restano necessariamente esclusi tutti coloro i quali lasciano il proprio Paese o si rifiutano di rientrarvi mossi dalla accertata obbiettiva impossibilità di realizzare ivi quello *standard* minimo della qualità della vita conforme alle esigenze ed alle aspirazioni sociali e culturali di ciascun individuo [...] è necessario procedere ad una nuova formulazione dell'art. 1, lett. A, n. 2 della Convenzione di Ginevra introducendovi una definizione di «rifugiato» che tenga presente la figura del rifugiato non politico." A tale scopo Egli si richiama all'art. 10 comma 3 della Costituzione italiana: "questa disposizione potrebbe costituire la base per una nuova definizione di «rifugiato» la quale faccia riferimento agli individui che per qualsiasi motivo, non legittimo, siano impediti nell'effettivo godimento di quei diritti e di quelle libertà fondamentali, enunciate nelle dichiarazioni e negli altri atti internazionali che riflettono la coscienza universale"<sup>63</sup>.

Secondo un criterio quantitativo, la Convenzione può essere applicata ad un soggetto unico quanto ad un gruppo di soggetti<sup>64</sup>: pertanto il principio in esame può essere applicato nei confronti di un individuo o di un gruppo di individui che siano bisognosi di protezione indipendentemente dalla loro condizione di regolarità sul territorio dello Stato di accoglienza.

---

<sup>62</sup> DURANTE F., *Tutela internazionale dei rifugiati e dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Sperduti. Fonti internazionali e rapporti tra ordinamenti. L'individuo nel diritto internazionale e altri contributi*, Milano, 1984, pp. 557-567 (567).

<sup>63</sup> V. supra.

<sup>64</sup> DURIEUX J.F., MCADAM J., *Non-Refoulement through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies*, *International Journal of Refugee Law*, vol. 16, n. 1, 2004, pp. 4-24 (9-10).

La *Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion* (1986), adottata dalla *International Law Association*, – ripresa dalla Dichiarazione del Cairo (1992) – afferma all’art. 13 che: «the principle of non-refoulement is the cornerstone of the protection of refugees, and is applicable whether or not refugees are lawfully admitted into the receiving state, and whether refugees arrive individually or en masse».

## ii) **Ratione materiae**

In generale, il grave *deficit* insito nella Convenzione, costituito dalla mancanza di una disciplina comune del diritto di asilo, tale da essere applicata uniformemente dagli Stati parti, ha comportato la coesistenza di differenti procedure di riconoscimento dello status di rifugiato<sup>65</sup>. Tale limite intrinseco, seppure riferito al diritto di asilo, che, come affermato in precedenza, è distinto dal principio in esame, potenzialmente potrebbe implicare conseguenze negative anche per coloro i quali corrono il rischio di persecuzioni, ma che *ipso facto* sono una categoria più debole dei richiedenti asilo.

Prima di definire le possibili fattispecie riconducibili al divieto di *refoulement*, la disposizione *ex art.* 33 della Convenzione ha come destinatari gli Stati parti ma si limita a stabilire l’obbligo per gli Stati di non inviare il rifugiato in un posto dove possa correre il rischio di essere perseguitato, senza implicare per gli stessi un obbligo di garantire protezione ai rifugiati che raggiungono il proprio territorio ed,

---

<sup>65</sup> MARCHISIO S., *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, in *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario, interno (IX Convegno SIDI; Roma, 17-18 giugno 2004)*, a cura di U. LEANZA, Napoli, 2005, pp. 327-344 (336): “Se la Convenzione del 1951 definisce la nozione di rifugiato e determina gli standard del trattamento da accordargli, nulla dice circa la procedura per l’accertamento di tale *status*, lasciando agli Stati la scelta dei mezzi a livello nazionale. In generale, nelle legislazioni nazionali la procedura di accertamento è sempre individuale, mentre l’onere della prova ricade sul richiedente, che deve presentare istanza motivata e per quanto possibile documentata.” e NERI L., *Profili sostanziali: lo Status di rifugiato*, in *Diritto degli stranieri* (a cura di NASCIBENE B.), Padova, 2004, pp. 1189-1243 (1194): “Se quindi la Convenzione in esame, nell’intento di non vincolare eccessivamente gli Stati contraenti, non eccelle in precisione ed univocità di termini e definizioni, lo stesso può dirsi in merito a quanto prescrive (o non prescrive) circa le modalità di ottenimento dello *status* ed alle garanzie da riconoscere nella procedura al richiedente rifugio. In assenza di una disciplina convenzionale, gli Stati contraenti hanno potuto adottare le più diverse procedure per il riconoscimento o l’attribuzione dello *status* di rifugiato; laddove quindi è stata effettivamente stabilita per legge una specifica procedura (non mancano infatti Paesi che non ne hanno prevista una) si sono adottati procedimenti amministrativi o giurisdizionali, con o senza la possibilità di ricorrere in appello”.

inoltre, comportando la possibilità che gli stessi Stati possano inviarli in altri Stati terzi, eventualmente anche non parti della Convenzione<sup>66</sup>.

La disposizione in esame implica un rischio latente, infatti qualora lo Stato parte intenda espellere il rifugiato verso il territorio di un altro Stato *distinto*<sup>67</sup> da quello dove egli potrebbe temere per la propria vita, tale Stato agirebbe senza aver violato la disposizione in esame<sup>68</sup>.

In tal senso la disposizione, che comporta un mero obbligo di astensione da parte dello Stato, potrebbe dar luogo a situazioni potenzialmente pericolose per l'incolumità del rifugiato, in quanto non efficacemente tutelato<sup>69</sup>.

In questa seconda pratica si può individuare un indiretto *refoulement*, in quanto nel caso in cui lo Stato terzo alla Convenzione adotti una interpretazione restrittiva della definizione di rifugiato *ex art. 1 A*, tale Stato potrebbe commettere un indiretto *refoulement*, inviando la persona bisognosa di protezione verso un altro Stato dove corre il rischio di vedere i suoi diritti violati.

Inoltre la situazione risulta ulteriormente complicata dal momento che, a differenza di altri strumenti internazionali, la Convenzione di Ginevra, come si è già osservato, non ha previsto la creazione di un organo che possa emettere pareri in merito all'interpretazione della stessa<sup>70</sup>. Questo costituisce senza dubbio un grave limite alla Convenzione ed in tal senso ci si affida all'obbligo di interpretare il trattato in base al

---

<sup>66</sup> FOSTER M., *Protection Elsewhere: The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State*, Michigan Journal of International Law, vol. 28, 2007, pp. 223-286 (226) e MARX R., *Non – Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims*, International Journal of Refugee Law, vol. 7, 1995, pp. 383-406 (385).

<sup>67</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>68</sup> KURUK P., *Asylum and the Non-Refoulement of Refugees: The Case of Missing Shipload of Liberian Refugees*, cit. p. 328.

<sup>69</sup> NERI L., *Profili sostanziali: lo Status di rifugiato*, cit., p. 1198: “Il divieto di respingimento si applica d'altra parte esclusivamente al Paese di «primo asilo», cioè al Paese che accoglie i rifugiati provenienti direttamente dal Paese in cui sono stati o potrebbero essere perseguitati. Se dunque il rifugiato che ha ottenuto asilo temporaneo, cerca in un secondo momento (e allo scadere del provvedimento provvisorio adottato dal Paese di primo asilo) protezione in un secondo Paese, potrebbe da questo essere respinto verso le frontiere del primo Paese senza che si abbia (aperta) violazione del divieto di respingimento, come formulato dalla Convenzione di Ginevra. Se poi anche il Paese di primo asilo si dovesse rifiutare di riammettere il rifugiato, si verificherebbe il fenomeno, noto nel diritto internazionale, dei «rifugiati in orbita»; nessuno in un caso come quello sopra ipotizzato avrà violato l'art. 33 della Convenzione (perlomeno nella sua formulazione letterale) ma la situazione venutasi a creare viene definita dal Comitato Esecutivo dei Programmi delle Nazioni Unite «*refoulement accidentale*»”.

<sup>70</sup> FOSTER M., *Protection Elsewhere: The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State*, cit., pp. 245-246.

criterio teleologico di interpretazione, secondo quanto sancito dall'art. 31 par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Il divieto di *refoulement* si applica a qualsiasi forma di trasferimento forzato, inclusa la deportazione, espulsione, estradizione<sup>71</sup>, trasferimento informale o “renditions” nonché non ammissione alle frontiere, che potrebbe esporre gli asilanti ad una minaccia di persecuzione per motivi di “razza”<sup>72</sup>, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o appartenenza di un'opinione politica, nonché ad un reale rischio di tortura, trattamenti<sup>73</sup>. Un elenco delle misure di trasferimento forzato si rinviene nell'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura, in seguito esaminata, mentre la Convenzione di Ginevra disciplina esclusivamente il divieto di *refoulement* nei confronti dei rifugiati.

Non si tratta di un divieto assoluto in quanto sono ammesse deroghe nel caso di sicurezza nazionale e ordine pubblico. Il concetto di sicurezza nazionale concerne la salvaguardia degli interessi essenziali dello Stato, che devono essere distinti dagli altri. Per interessi essenziali si intendono tutte quelle attività relative alla sovranità interna dello Stato, relative al potere di autogoverno e alla tutela delle proprie istituzioni. Mentre invece il concetto di ordine pubblico si ispira al principio in base al quale l'interesse del singolo può essere sacrificato in vista del conseguimento dell'interesse superiore della collettività, socialmente più rilevante.

Tuttavia, l'espulsione, misura eccezionale che prevede garanzie procedurali al rifugiato, diviene definitiva in seguito ad un processo e non semplicemente per decisione dell'esecutivo: “*décision rendue conformément á la procédure prévue par la loi*”.

Queste due esimenti devono però essere contemperate dall'esigenza di tutelare la vita della persona che potrebbe correre il rischio di essere sottoposta a tortura o temere per la propria vita se rimpatriata.

---

<sup>71</sup> Sul punto vedasi SAULLE M.R., In merito alla possibilità di estradare un rifugiato politico perseguito per reato comune, RDI, vol. LXIII, 1980, pp. 411-418.

<sup>72</sup> Intesa nel senso di “origine etnica”.

<sup>73</sup> LAMBERT H., *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law comes to the Rescue*, International and Comparative Law Quarterly, 1999, pp. 515-545 (519).

Secondo l'opinione di Stenberg, l'ampia discrezionalità, garantita agli Stati a livello internazionale e a livello nazionale, comporta una limitata applicabilità dell'art. 32 della Convenzione<sup>74</sup>.

Il divieto *ex art. 33* si applica non solo in riferimento al Paese di origine della persona ma anche in qualsiasi altro Paese dove la persona potrebbe avere ragioni di temere per la sua vita o libertà per i motivi enunciati dalla Convenzione del 1951 o potrebbe correrne il rischio.

Tuttavia, dalla considerazione che il *refoulement* costituisce per il rifugiato un pericolo per la propria vita, se rinvio al Paese dal quale è fuggito, si può affermare che tale principio riveste un ruolo essenziale nel diritto dei rifugiati, “the one which has to be maintained if all the international protection of refugees has to be reduced to only one principle, is that of «non-refoulement»”<sup>75</sup>.

Tale principio sancito dalla Convenzione è vincolante per tutti gli organi degli Stati parti della Convenzione e/o del Protocollo del 1967, nonché per tutte le persone o entità che agiscono per conto degli Stati parti stessi<sup>76</sup>. Infatti il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti<sup>77</sup>, adottato il 31 maggio 2001 dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, attribuisce allo Stato la responsabilità della condotta degli organi (art. 4<sup>78</sup> del Progetto di articoli) e delle persone o entità che esercitano una autorità di governo per conto dello Stato (art. 5 del Progetto<sup>79</sup>). Lo Stato parte della Convenzione può

---

<sup>74</sup> STENBERG G., *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, pp. 285-286.

<sup>75</sup> ABI SAAB G., *The Admission and Expulsion of Refugees with Special References to Africa*, African Yearbook of International Law, vol. 8, 2000, pp. 71-91(87).

<sup>76</sup> 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, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/45f17a1a4.pdf>

<sup>77</sup> In seguito “Progetto di articoli”.

<sup>78</sup> Cfr. Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001: “Article 4 Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State. 2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.”

<sup>79</sup> Cfr. Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001: “Article 5 Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority, The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.”

incorrere anche nella responsabilità per aiuto o assistenza nella commissione di atti internazionalmente illeciti secondo quanto stabilito dall'art. 16<sup>80</sup> del Progetto sopracitato. Il tipo di responsabilità<sup>81</sup> che discende dalla commissione di atti che vanno a ledere il principio di *non-refoulement* dipende dalla definizione giuridica dello stesso. Infatti mentre dalla violazione di una norma di *jus cogens* discende una responsabilità<sup>82</sup> aggravata, in caso di violazione di una norma di diritto internazionale generale o anche di una norma convenzionale la responsabilità che ne discende non assume tale rilievo, limitando i suoi effetti alla cessazione del comportamento illecito (art. 30 del Progetto), all'obbligo di riparazione (art. 31 del Progetto) che può assumere tre forme, anche in combinazione tra loro: a) la *restitutio in integrum* qualora sia possibile; b) il risarcimento di danni materiali in forma specifica (art. 35 del Progetto) o per equivalenza (art. 36 par. 1 del Progetto); c) invece in caso di danni morali, si darà luogo alla soddisfazione (art. 37 par. 2 del Progetto)<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001: "Article 16 Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act , A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State."

<sup>81</sup> CASSESE A., *Diritto internazionale*, Bologna 2006, p. 337: "Infine vi è ormai un accordo sul fatto che, in base alla specifica natura della norma primaria violata e alla gravità dell'illecito, vi sono due forme o categorie di responsabilità internazionale: la responsabilità c.d. *ordinaria*, ossia quella normalmente applicabile nei rapporti tra Stati a seguito della commissione di un illecito, [...], e la responsabilità *aggravata*, che discende dalla violazione di norme poste a tutela dei valori fondamentali per la comunità internazionale."

<sup>82</sup> A tal fine cfr gli art. 40-41 del Progetto di articoli (2001) che disciplinano la responsabilità per "violazioni gravi di obblighi derivanti da norme imperative di diritto internazionale generale". Dall'art. 41 del Progetto di articoli discendono non solo le conseguenze tipiche dell'illecito ma anche un obbligo di cooperazione tra Stati, che consiste nell'obbligo di non riconoscimento delle conseguenze derivanti dalla commissione di tale atto ex art. 40 e nel collaterale obbligo di non fornire assistenza o aiuto allo Stato responsabile dell'illecito. Pertanto si tratta di un regime di responsabilità aggravata nel senso che oltre alle normali conseguenze dell'illecito, si aggiungono quelle derivanti da violazione di norma con obblighi *erga omnes*. Sulle conseguenze gravi di una violazione di una norma imperativa (*jus cogens*), vedasi MONACO R., CURTI GIALDINO C., *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, pp. 679-681; LINDERFALK U., *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, The European Journal of International Law, 2007, vol. 18, pp. 853-871. Sulle due categorie di *jus cogens* ed obblighi *erga omnes* la dottrina non è unanime in ordine ai rapporti che li disciplinano, vedasi PICONE P., *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, RDI 1/2008, pp. 5-38. Sullo *jus cogens* nella giurisprudenza più recente, vedasi FOCARELLI C., *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, RDI 3/2007, pp. 637-656.

<sup>83</sup> In tal senso vedasi CASSESE A., *Diritto internazionale*, cit., p. 353-354.

Infine oltre alla cessazione dell'illecito, l'obbligo di riparazione, esiste un terzo obbligo in capo allo Stato che ha commesso l'illecito, vale a dire l'obbligo di non reiterarlo.

Si ritiene opportuno rinviare la disamina sul tipo di responsabilità, che a tal proposito rileva, al termine del presente lavoro, in quanto scopo anche essa della ricerca.

In conclusione, si può affermare senza dubbio la natura convenzionale<sup>84</sup> della disposizione in esame, in quanto contenuta in un accordo internazionale, ma d'altra parte emerge anche il suo carattere di norma di diritto internazionale generale, in seguito alla rimozione dei limiti geografico e temporale attraverso l'adozione del Protocollo alla Convenzione di Ginevra.

In senso favorevole<sup>85</sup> alla natura consuetudinaria del principio in esame si è espressa larga parte della dottrina (Saulle<sup>86</sup>, Stenberg<sup>87</sup>, Perluss & Hartman, Carella).

---

<sup>84</sup> LAMBERT H., *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law comes to the Rescue*, cit., pp. 518-519: “*Non-Refoulement* is the principle on which the system of legal protection of refugees rests. It has become a peremptory norm of international human rights law, as demonstrated by its endorsement in two UN instruments, the Refugee Convention (Article 33) and the Torture Convention (Article 3). Furthermore, Article 7 of the Political Covenant and Article 3 of the European Convention has been interpreted to encompass this prohibition.”

<sup>85</sup> In senso contrario vedasi HATHAWAY J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, cit., p. 363-364.

<sup>86</sup> SAULLE M.R., voce “*Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)*”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, 2002, p. 5: “Oltre alle norme che espressamente lo riguardano, l'ACNUR ha svolto un'azione particolarmente rilevante nel settore dei diritti dei rifugiati concorrendo a rafforzare, attraverso una prassi consolidata, il principio c.d. del «non – refoulement» [...]. Principio, contemplato dall'art. 33 della convenzione di Ginevra e che fin dalla conclusione della stessa convenzione non ha potuto formare oggetto di riserva conformemente a quanto prevede l'art. 42 della medesima. Lo stesso principio viene oggi considerato come fondato su una norma di «jus cogens», vale a dire di carattere inderogabile, la cui esistenza è stata dimostrata anche dai richiami rivolti dall'ACNUR agli Stati che hanno rifiutato in certi casi l'asilo respingendo i richiedenti verso territori, in senso ampio, nei quali sarebbero stati oggetto di sicura persecuzione e che sono stati, invece, obbligati a cercare soluzioni alternative allo scopo di evitare la situazione dei cosiddetti rifugiati in orbita, riguardante coloro i quali, non essendo accettati come tali da alcuno Stato, sarebbero costretti a vagare da una frontiera all'altra con la speranza che uno Stato alla fine offra, appunto, l'asilo”.

<sup>87</sup> STENBERG G., *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, pp. 7-305 (288): “The question of whether the principle of *non-refoulement* constitutes a rule of general international law today is the question which is still subject to the most controversy in international doctrine. That the principle does constitute regional custom in Western Europe, Africa and America can be considered to be fully proved. In view of the fact that most Eastern European States do not embrace the concept of refugee in the 1951 Convention or in the 1969 OAU Convention, it cannot be said that these States apply the principle of *non-refoulement* as it has evolved within traditional international refugee law. Furthermore, to date only four Asian States have acceded to the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol. The fact that so few States have acceded to these instruments in a region which hosts three of the world's major refugee areas is no doubt significant. All the same, it may, in the opinion of this author, be considered that the practice of the States which are most concerned by these problems do show that a widespread *opinio iuris* exists that

A tale proposito, si rileva come “l’eventuale natura consuetudinaria del divieto comporterebbe esclusivamente l’ampliarsi della sua sfera di efficacia soggettiva a tutta la comunità internazionale, non anche l’automatico allargamento dei beneficiari dei comportamenti imposti agli Stati”<sup>88</sup>.

“Il principale ostacolo al riconoscimento della natura consuetudinaria del principio in esame consiste, a nostro parere, nella circostanza che, sostanziandosi esso in una situazione di asilo, la sua efficacia generale contraddirebbe l’assenza di un obbligo consuetudinario di asilo”<sup>89</sup>.

Ci si chiede, tuttavia, se la norma convenzionale riproduce la norma consuetudinaria o piuttosto sia questa ad essersi formata successivamente alla norma convenzionale.

Infatti, tale principio ha assunto anche le caratteristiche della consuetudine<sup>90</sup> (*opinio iuris ac necessitatis, diuturnitas*), dal momento che gli Stati, non parti della Convenzione di Ginevra, si sono comportati come se tale principio potesse loro essere applicato lo stesso<sup>91</sup>. Nel contributo di Perluss e Hartman<sup>92</sup>, in riferimento al concetto di rifugio temporaneo, si rinviene che: “ in the process of norm creation, the core of the norm crystallizes first, while possible exceptions and limitations may emerge only gradually as practice accumulates. This is the case with temporary refuge [...] Both the extensiveness and consistency of state practice, as well as the

---

persons who fulfil the criteria for refugeehood must not be forcibly returned to their country of persecution.”

<sup>88</sup> CARELLA G., *Esodi di massa e diritto internazionale*, RDI; 1992, pp. 903-931 (909).

<sup>89</sup> CARELLA G., *Esodi di massa e diritto internazionale*, cit., p. 911 (nota 17).

<sup>90</sup> HURWITZ A., *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, 2009, p. 204: “In order to become customary, a rule of international law must be of a fundamentally norm-creating character, there must be consistent practice by States as well as evidence of *opinio iuris sive necessitatis*, an acceptance of the legally binding character of the rule, often demonstrated through statements, declarations, or agreement among States. Treaty provisions may become customary if they are of a norm-creating character and if there has been wide participation in the Convention, including by States specially affected, and if there has been extensive and virtually uniform practice.”

<sup>91</sup> HURWITZ A., *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, 2009, p. 207: “The determination of the existence of a customary obligation is important for several reasons. Most obviously, because States which are not parties to the Refugee Convention may nevertheless be bound by the *non-refoulement* principle.” Sul punto vedasi anche BENVENUTI P., *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati* in PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 151-172 (167): “Il principio del non-refoulement, sancito dall’art. 33.1, ha una collocazione centrale all’interno della Convenzione: esso sintetizza l’essenza umanitaria della Convenzione. D’altra parte, di siffatto principio si afferma altresì oggi, senza ombra di dubbio, il carattere consuetudinario. Al tempo stesso, si riconosce che gli obblighi a questo connessi sono caratterizzati dalla particolare forza della inderogabilità. Nella logica essenzialmente umanitaria che è propria della Convenzione, ben si comprende, inoltre, come l’art. 42 precluda agli Stati che procedono alla ratifica la possibilità di apporre riserve alla regola in questione.”

<sup>92</sup> PERLUSS D., HARTMAN J.F., *Temporary Refuge: Emergence of Customary Norm*, Virginia Journal of International Law, 1986, vol. 26, pp. 551-626 (555).

efforts of non – conforming states to mask breaches of the norm through evasive strategies, suggest recognition of its obligatory character”. Ci sembra plausibile poter applicare lo stesso ragionamento anche nel caso del principio di *non-refoulement*: dalle numerose limitazioni che ha subito in contesti internazionali e regionali se ne potrebbe dedurre che la norma si sia cristallizzata e che le numerose limitazioni siano indicative di tale processo in corso.

A sostegno di tale tesi, si cita l’Atto finale della Conferenza con il quale è stata adottata la Convenzione sullo status degli apolidi (1954) che ha adottato la seguente posizione: “The Conference being of the opinion that Article 33 of the Convention relating to the Status of Refugees of 1951 is an expression of the generally accepted principle that no state should expel or return a person in any manner whatsoever [...] Has not found it necessary to include in the Convention relating to the Status of Stateless Persons an article equivalent to Article 33 [...]”<sup>93</sup>.

### **iii) Ratione loci**

Sebbene l’obbligazione *ex art.* 33 par. 1 della Convenzione sia sottoposta ad una limitazione geografica “to the frontiers of territories where his/her life or freedom would be threatened [...]”, tale disposizione non risulta applicabile solo alle frontiere degli Stati. Infatti si può estenderne l’applicazione anche a territori sopra i quali gli Stati esercitino effettivamente una forma di giurisdizione. Questa interpretazione estensiva o extraterritoriale è utilizzata nell’applicazione di trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti umani<sup>94</sup>.

La sovranità degli Stati, che può essere interpretata nella duplice veste di sovranità interna e sovranità esterna, consiste nell’irradiazione<sup>95</sup> dell’autorità statale sulla terraferma, le acque, i corsi d’acqua ed i cieli.

---

<sup>93</sup> Final Act of the United Nations Conference on the Status of Stateless Persons, 28 September 1954, No. 1158, pp. 117-207 (123-124), [http://www.unhcr.se/Pdf/Statelessness\\_Convention\\_1954.pdf](http://www.unhcr.se/Pdf/Statelessness_Convention_1954.pdf)

<sup>94</sup> 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, European Human Rights Law Review, vol. 12, 2007, pp. 483-503 [<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/45f17a1a4.pdf>]

<sup>95</sup> LEANZA U., SICO L., *La sovranità territoriale II. Il mare*, Torino, 2001, pp. 20-21: “Si produce, quindi – a partire dalla terraferma – un fenomeno di irradiazione della giurisdizione statale, con cui si regolano la vita e gli interessi della comunità stanziale. Ed in funzione di questi interessi – ma solo in

Tuttavia la sovranità degli Stati incontra un limite nella tutela dei diritti umani, in quanto si “è andato progressivamente erodendo il c.d. dominio riservato o competenza interna”<sup>96</sup> in considerazione del carattere inderogabile ed assoluto di tale diritti. Questa affermazione può essere dimostrata dall’esistenza di trattati che pur interferendo con gli affari interni di uno Stato non sono mai stati considerati nulli, a tal proposito autorevole dottrina si era espressa in senso favorevole: “the norm in question, though having a general character and accepted and incorporated [art. 2 para 7] in an act of an organization with a universal social vocation i.e. the United Nations, cannot be considered «a jus cogens». This is confirmed by the fact that treaties (like those concerning protections) providing in various ways for certain kinds of interference in the internal and international affairs of a state by one or more states, have never been considered void”<sup>97</sup>.

Ai fini della presente ricerca riveste particolare attenzione, in quanto ancora oggetto di dibattito, la sovranità degli Stati sul proprio mare territoriale, definito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare<sup>98</sup> (1982), “una zona di mare adiacente al territorio, sulla quale lo Stato costiero esercita la sua sovranità. Questa sovranità si estende allo spazio aereo sovrastante il mare territoriale, al suo fondo e al relativo sottosuolo”<sup>99</sup>.

La stessa Convenzione di Montego Bay<sup>100</sup> disciplina anche il soccorso in mare, imponendo allo Stato costiero, in base all’art. 98<sup>101</sup> della sopracitata Convenzione,

---

funzione di questi – si esercitano negli spazi marini i poteri dello stato costiero, secondo le concrete esigenze della funzione di governo. Partendo da questa ipotesi, può spiegarsi in maniera persuasiva il regime giuridico dei diversi spazi marini adiacenti la costa. Se l’esercizio indisturbato della potestà di governo (giurisdizione) viene tutelato sulla terraferma – in via generale ed assoluta – quindi secondo moduli spaziali: così, fuori del confine, la medesima tutela è accordata solo in ragione dei singoli interessi protetti, quindi secondo moduli essenzialmente funzionali.”

<sup>96</sup> CONFORTI B., *Diritto internazionale, IV edizione*, Napoli, 1992, p. 232.

<sup>97</sup> SAULLE M.R., *Jus Cogens and Human Rights*, in *Lezioni di organizzazione internazionale, vol. II*, Napoli, 2003, pp. 47-55.

<sup>98</sup> In seguito “Convenzione di Montego Bay”.

<sup>99</sup> SCOVAZZI T., *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002, p. 39.

<sup>100</sup> Sul punto vedasi anche CAMARDA G., *Tutela della vita in mare e difesa degli interessi dello Stato: i tentativi di immigrazione clandestina*, Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente, vol. VI/2007 in [http://www.giureta.unipa.it/phpfusion/viewpage.php?page\\_id=56](http://www.giureta.unipa.it/phpfusion/viewpage.php?page_id=56)

<sup>101</sup> L’art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare afferma: “Article 98. Duty to render assistance 1. Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers; (a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost; (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him; (c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port

l'obbligo *a)* di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare; *b)* di procedere il più presto possibile in soccorso di persone in difficoltà, nei limiti della ragionevolezza dell'intervento; *c)* di prestare soccorso, in caso di collisione con un'altra nave, al suo equipaggio ed ai passeggeri e, per quanto possibile, di indicare all'altra nave il nome e il porto di iscrizione e il primo porto del suo approdo<sup>102</sup>. Infatti la citata Convenzione [di Montego Bay] afferma, all'art. 97<sup>103</sup>, il principio della bandiera che comporta la responsabilità "penale o disciplinare del comandante della nave o di qualunque altro membro dell'equipaggio" "in caso di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione nell'alto mare".

Inoltre la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare<sup>104</sup> (1974) prevede un obbligo per gli Stati parti di garantire qualsiasi mezzo necessario al salvataggio di persone in pericolo in mare o nelle vicinanze delle proprie coste (Capitolo V, Regolamento 15)<sup>105</sup>. Anche la successiva Convenzione internazionale sulla ricerca ed il soccorso in mare<sup>106</sup> (1979) prevede un obbligo per gli Stati parti di

---

at which it will call. 2. Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements co-operate with neighbouring States for this purpose."

<sup>102</sup> VASSALLO PALEOLOGO F., *Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime*, cit., pp. 13-47 (24).

<sup>103</sup> L'art. 97 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare afferma: "1. In the event of a collision or any other incident of navigation concerning a ship on the high seas, involving the penal or disciplinary responsibility of the master or of any other person in the service of the ship, no penal or disciplinary proceedings may be instituted against such person except before the judicial or administrative authorities either of the flag State or of the State of which such person is a national. 2. In disciplinary matters, the State which has issued a master's certificate or a certificate of competence or licence shall alone be competent after due legal process, to pronounce the withdrawal of such certificates, even if the holder is not a national of the State which issued them. 3. No arrest or detention of the ship, even as a measure of investigation, shall be ordered by any authorities other than those of the flag State."

<sup>104</sup> In seguito "Convenzione SOLAS".

<sup>105</sup> Il Regolamento 15 del Capitolo V della Convenzione SOLAS afferma: "*Regulation 15. SEARCH AND RESCUE (a)* Each Contracting Government undertakes to ensure that any necessary arrangements are made for coast watching and for the rescue of persons in distress at sea round its coasts. These arrangements should include the establishment, operation and maintenance of such maritime safety facilities as are deemed practicable and necessary having regard to the density of the seagoing traffic and the navigational dangers and should, so far as possible, afford adequate means of locating and rescuing such persons. *(b)* Each Contracting Government undertakes to make available information concerning its existing rescue facilities and the plans for changes therein, if any."

<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201184/volume-1184-I-18961-English.pdf>

<sup>106</sup> In seguito "Convenzione SAR".

garantire assistenza a qualunque persona in pericolo in mare senza alcuna distinzione di nazionalità, status o in relazione alle circostanze nelle quali viene trovata<sup>107</sup>.

In seguito all'introduzione, il 20 maggio 2004<sup>108</sup>, degli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR, intervenuti con risoluzioni della *Maritime Safety Committee* dell'IMO n. 153/78 e n. 155/78, si afferma un obbligo "condiviso" tra tutti gli Stati parti di cooperare con lo Stato responsabile al fine di garantire lo sbarco nel minore tempo possibile e con il "minore onere" per lo Stato che per primo effettua il soccorso<sup>109</sup>.

Entrambe le risoluzioni citate, la ris. 153/78<sup>110</sup> e la ris. 155/78<sup>111</sup>, sanciscono, tenuto conto delle particolari circostanze del caso, un obbligo di cooperazione per gli Stati parti nel prestare soccorso a persone in difficoltà "providing assistance by embarking persons in distress at sea", senza perciò comportare, almeno espressamente, un obbligo di accoglienza quanto piuttosto un obbligo di assicurare che le persone soccorse siano poste in salvo "so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety"<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> L'Annesso alla Convenzione SAR prevede all'art. 2.1.10: "Parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found."  
<http://www.admiraltylawguide.com/conven/searchrescue1979.html>

<sup>108</sup> Gli emendamenti sono entrati in vigore il 1 luglio 2006, gli unici due Stati ad esercitare il diritto di opting out sono stati Malta e Finlandia.

<sup>109</sup> DE VITTOR F., *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, RDI, fasc. 3, 2009, pp. 800-807 (803).

<sup>110</sup> IMO, MSC res. 153/78, Regulation 33. 4: "1-1 Contracting Governments shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from the obligations under the current regulation does not further endanger the safety of life at sea. The Contracting Government responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases the relevant Contracting Governments shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable."

<sup>111</sup> IMO, MSC res. 155/78, Chapter 3.3: "3.1.9 Parties shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable."

<sup>112</sup> DE VITTOR F., *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 802: "Dalla lettura del nuovo par. 3.1.9 dell'allegato alla Convenzione SAR

La Convenzione sul salvataggio in mare<sup>113</sup> (1989) ribadisce l'obbligo in capo al comandante di soccorrere qualsiasi persona in pericolo in mare, nei limiti dell'incolumità della sua nave e del suo equipaggio, compito degli Stati parti sarà di far adottare tutte le misure necessarie per ottemperare a tale obbligo (art. 10)<sup>114</sup>.

Al fine di salvaguardare la vita umana in mare, è stata adottato il Protocollo, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (2000), contro il traffico di migranti per terra, mare ed aria, sottoscritto a Palermo<sup>115</sup>. Il Protocollo di Palermo<sup>116</sup> afferma che il traffico di migranti “mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident” (art. 3) e stabilisce alcune possibili linee di intervento dal momento che ciascuno Stato è libero di adottare le misure che ritiene necessarie nella lotta al traffico illecito di migranti (art. 6). Ne discende tuttavia che la mancanza di

---

sembra quindi potersi dedurre che l'obbligo dello Stato responsabile nella zona in cui viene prestato il soccorso non sia necessariamente quello di accogliere la nave nei propri porti, quanto di coordinare le operazioni e cooperare affinché la nave che ha garantito il primo soccorso possa approdare in un luogo sicuro dove far sbarcare i momentanei passeggeri.”

<sup>113</sup> VASSALLO PALEOLOGO F., *Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime*, cit., p. 24.

<sup>114</sup> L'art. 10 della Convenzione sul soccorso in mare, 1989, afferma: “1. Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea. 2. The States Parties shall adopt the measures necessary to enforce the duty set out in paragraph 1.”

<sup>115</sup> QUADRI S., *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2006, p. 135: “In relazione alla tutela specifica degli Stati contro lo *smuggling* di migranti, il *Protocollo* di Palermo del 12 dicembre 2000, firmato contemporaneamente alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata, dopo aver individuato le cause dell'immigrazione illegale, esclude, in linea di massima, la perseguibilità penale dei migranti che abbiano concorso volontariamente alla propria immigrazione clandestina, concentrando la repressione penale nei confronti dei soggetti che organizzino o eseguano intenzionalmente il traffico di migranti allo scopo di trarne un utile, ovvero nei confronti dei loro complici. Lo scopo principale del Protocollo è costituito, infatti, dalla prevenzione dell'immigrazione clandestina, nonché dalla punizione, mediante sanzioni penali, degli organizzatori e degli esecutori dei traffici dei migranti.”

<sup>116</sup> VASSALLO PALEOLOGO F., *Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime*, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3, 2007, pp. 13-47 (28): “In base al Protocollo sottoscritto a Palermo nel 2000 contro il traffico illegale (*Smuggling*) di migranti, aggiuntivo rispetto alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (ratificato dall'Italia nel febbraio 2006) sono stabilite precise linee di intervento in base al principio secondo cui il traffico di migranti non è un crimine internazionale; per conseguenza, a meno del consenso dello Stato di bandiera, non è possibile adottare misure che limitino la navigazione di imbarcazioni trasportanti migranti. Si possono invece adottare misure coercitive, anche in acque internazionali, nei confronti di imbarcazioni prive di segni identificativi della nazionalità, che si sospettino dedite al trasporto di clandestini.” et PALMISANO G., *Smuggling via mare e responsabilità internazionale degli Stati*, in *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario, interno*, cit., pp. 217-242.

una disciplina uniforme della gestione di tale fenomeno potrebbe creare un gap tra i diversi Stati parti del Protocollo.

“L’obbligo di proteggere la vita umana in mare si applica in qualsiasi spazio marino, indipendentemente dalla sua condizione giuridica (acque marine interne, stretti internazionali, mare territoriale, zona contigua<sup>117</sup>, zona economica esclusiva, alto mare). L’obbligo di proteggere la vita umana in mare riguarda la vita di tutti gli uomini, indipendentemente dalle attività, lecite o illecite, in cui essi siano impegnati”<sup>118</sup>.

Pertanto il diritto internazionale del mare vigente prevede come fine ultimo la tutela della vita umana in mare e di conseguenza l’esistenza dell’obbligo in capo agli Stati parti di fornire soccorso ed assistenza, nonché in capo al comandante della nave che si trovi nella condizione di soccorrere in mare persone in difficoltà. La normativa esaminata appare uniforme nel ritenere l’obbligo di soccorso in mare assoluto anche rispetto alla sovranità degli Stati sul proprio mare territoriale<sup>119</sup>.

Tuttavia in merito all’applicazione extraterritoriale, in alto mare, del principio in esame, il caso dei boat-people haitiani, *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service et al. v. Haitian Centers Council*<sup>120</sup>, nella relativa sentenza

---

<sup>117</sup> Sulla disciplina della zona contigua cfr. SALVADEGO L., *Controllo marittimo dell’immigrazione clandestina e giurisdizione penale del giudice italiano*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 4, 2010, pp. 1154-1159 (1155): “Essa è stata codificata dalla Convenzione di Ginevra del 1958 relativa al mare territoriale e alla zona contigua e dall’art. 33 della Convenzione di Montego Bay. Quest’ultima riconosce agli Stati costieri la possibilità di esercitare, nel limite massimo di ventiquattro miglia marine dalla linea di base del mare territoriale, poteri preventivi di vigilanza in materia doganale, fiscale, sanitaria e di immigrazione rispetto ad attività destinate a verificarsi nel suo territorio o mare territoriale. [...] Tali poteri, che costituiscono un’applicazione della teoria dell’irradiazione della giurisdizione della costa verso il largo [...] si estendono poi alla repressione delle violazioni ivi avvenute.”

<sup>118</sup> SCOVAZZI T., *La tutela della vita umana in mare con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l’Italia*, RDI 1/2005, pp. 106-120 (107).

<sup>119</sup> SALVADEGO L., *Controllo marittimo dell’immigrazione clandestina e giurisdizione penale del giudice italiano*, Rivista di diritto internazionale, cit., p. 1155: “In particolare lo Stato ha la possibilità di esercitare la propria giurisdizione, in relazione alle citate materie, ogni qualvolta sussista un collegamento effettivo (*genuine link*) tra la nave ed il territorio dello Stato costiero, che può trarsi dalla destinazione delle merci trasportate o desumersi da altri elementi presuntivi, come tra la natura del carico o la rotta della nave.”

<sup>120</sup> US Supreme Court, *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service et al. v. Haitian Centers Council, inc. et al.*, 21 June 1993, p. 156 : “Article 33.2—affirmatively indicates that it was not intended to have extraterritorial effect. First, if Article 33.1 applied on the high seas, Article 33.2 would create an absurd anomaly: Dangerous aliens in extraterritorial waters would be entitled to 33.1’s benefits because they would not be in any “country” under 33.2, while dangerous aliens residing in the country that sought to expel them would not be so entitled. It is more reasonable to assume that 33.2’s coverage was limited to those already in the country because it was understood that 33.1 obligated the signatory state only with respect to aliens within its territory.” Vedasi inoltre p.

della Corte Suprema degli Stati Uniti, è di scuola in quanto introduce una interpretazione restrittiva dell'art. 33 par. 2<sup>121</sup>, riconoscendo quali bisognosi di protezione solo gli individui che fisicamente si trovavano sul territorio degli Stati Uniti<sup>122</sup>.

Tuttavia se si adottasse tale interpretazione si potrebbe giungere ad una discriminazione nei confronti di eventuali richiedenti asilo che non sono riusciti ad entrare nel territorio dello Stato membro della Convenzione di Ginevra, garantendo così protezione internazionale sul mero criterio della casualità<sup>123</sup> piuttosto che su quello dell'effettività<sup>124</sup>. Infine un'eventuale interpretazione restrittiva del principio

---

157: “d) Although not dispositive, the Convention’s negotiating history—which indicates, *inter alia*, that the right of *non-refoulement* applies only to aliens physically present in the host country, that the term “*refouler*” was included in Article 33 to avoid concern about an inappropriately broad reading of the word “return,” and that the Convention’s limited reach resulted from a hard-fought bargain—solidly supports the foregoing conclusion.”

<sup>121</sup> Sul punto vedasi Inter-American Commission on Human Rights, *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, 13 March 1997, § 156-157 “156. An important provision of the 1951 Convention is Article 33(1) which provides that: “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.” The Supreme Court of the United States, in the case of *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, Et. Al. v. Haitian Centers Council, INC., Et. Al.*, No. 92-344, decided June 21, 1993, construed this provision as not being applicable in a situation where a person is returned from the high seas to the territory from which he or she fled. Specifically, the Supreme Court held that the principle of non-refoulement in Article 33 did not apply to the Haitians interdicted on the high seas and not in the United States’ territory.

157. The Commission does not agree with this finding. The Commission shares the view advanced by the United Nations High Commissioner for Refugees in its *Amicus Curiae* brief in its argument before the Supreme Court, that Article 33 had no geographical limitations.”

<sup>122</sup> Sul punto vedasi anche CASTROGIOVANNI I., *Sul refoulement dei profughi haitiani intercettati in acque internazionali*, RDI, fasc. 2, 1994, pp. 474-482; JONES D. T., *Aliens Interdiction of Haitians on High Seas, Definition of “Return” under U.S. Statute, Extraterritorial Effect of Statute*, *The American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, pp. 114-126.

<sup>123</sup> In tale senso CASTROGIOVANNI I., *Sul refoulement dei profughi haitiani intercettati in acque internazionali*, cit., p. 476: “Alla luce di una diversa interpretazione, invece, l’art. 33 riguarderebbe anche i richiedenti asilo arrivati alla frontiera: si finirebbe, altrimenti, col privilegiare quei rifugiati che siano a riusciti a varcare, anche clandestinamente, le frontiere di uno Stato e che si presentino successivamente per chiedere asilo politico e regolarizzare la loro posizione. Escludendo dall’ambito di applicazione dell’obbligo di *non – refoulement* il principio del non respingimento alla frontiera si arriverebbe, infatti, all’irragionevole conclusione che «the extent to which a refugee is protected [...] against return to a country in which he fears persecution would depend upon the fortuitous circumstances whether he has succeeded in penetrating the territory of a Contracting State».”

<sup>124</sup> STOYANOVA V., *The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory*, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 3, 2008-2009, pp. 1-12 (6-7): “The idea that states are not responsible for human rights violations committed by their agents in so-called international zones is unacceptable. By signing international human rights treaties, states have undertaken obligations to respect the rights of individuals under their jurisdiction. Article 2 (I) of the International Covenant on Civil and Political Rights stipulates, ‘Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals *within its territory and subject to its jurisdiction* the rights recognized in the present Covenant [...]’. The phrase ‘within its territory’ cannot be interpreted as allowing states to commit in their own territory. The United Nations Rights

intesa sarebbe contraria al significato teleologico della Convenzione di Ginevra nonché alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, che sancisce all'art. 3 il divieto di espulsione/rimpatrio/estradizione di una persona verso uno Stato dove potrebbe essere sottoposta a tortura o altro trattamento inumano e degradante.

### **3. Il principio di *non – refoulement* espressamente previsto in altri strumenti internazionali.**

Scopo del seguente paragrafo consiste nel perseguimento di due obiettivi: individuare il principio in esame in altri strumenti internazionali ed eventualmente ricercare le norme ad esso collegate.

Non è presente all'interno della Dichiarazione Universale un espresso riferimento al principio in esame, né all'interno dei Patti delle Nazioni Unite del 1966, mentre esplicito riferimento compare in numerosi strumenti come i Principi concernenti il Trattamento dei Rifugiati, o Principi di Bangkok (1966), la Dichiarazione sull'Asilo Territoriale (1967), la Convenzione americana dei diritti dell'uomo (1969)<sup>125</sup> e la Convenzione OUA che disciplina aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa (1969) e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981)<sup>126</sup> e la Dichiarazione di Cartagena<sup>127</sup> (1984).

Primo esempio regionale di affermazione del principio in esame sono i Principi concernenti il Trattamento dei Rifugiati, o Principi di Bangkok, adottati dalla

---

Committee has stated that the phrase 'within its territory and subject to its jurisdiction' refers not to the place, but to the connection between the individual and the state. States should respect the rights of all individuals under their effective control, even if they are not in the states territory. The concept of jurisdiction is therefore not limited to national territory. Furthermore, the European Court of Human Rights has emphasized that the phrase 'within their jurisdiction' includes state responsibility for actions of state officials in international zones at airports and actions of state authorities irrespective of the place where they have been committed. The decisive factor is whether the individual is under the effective control of the state officials."

<sup>125</sup> In seguito "Convenzione americana".

<sup>126</sup> In seguito "Carta di Banjul".

<sup>127</sup> MARCHISIO S., *Ampliamento del concetto di rifugiato e gli strumenti regionali e forme di protezione sussidiaria*, in *La Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiati* ( a cura di M.R. SAULLE), Roma, 2002, pp. 67-76 (73): "[...] contrariamente alla Convenzione Africana, questa Dichiarazione di Cartagena è un atto adottato all'esito di un colloquio a cui hanno partecipato delegati governativi di 10 Paesi centro – americani. Quindi è un atto che non possiamo ritenere vincolante, quindi è un indizio molto importante ma rimane nell'alveo di questi atti non obbligatori, per di più limitato ai Paesi dell'America centrale, ai Paesi centro – americani."

Organizzazione giuridica consultiva africana – asiatica, (1966) 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. 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. 2. In 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.”

La Dichiarazione sull’Asilo Territoriale, adottata all’unanimità dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con ris. 2312 (XXII) del 14 dicembre 1967, introduce il principio in esame all’art. 3: “1. No person referred to in article 1, paragraph 1, 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.”

Nella Convenzione americana (1969) il principio in esame è codificato dall’art. 22 par. 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.”

Tuttavia la Convenzione americana prevede un importante limite a tale articolo, infatti a differenza di altri strumenti convenzionali, esaminati in precedenza, l’art. 22 par. 8 può essere derogato in caso di guerra, pericolo pubblico o altra emergenza pubblica che minacci la sicurezza dello Stato, in base all’art. 27<sup>128</sup>, in quanto non rientra nel novero di articoli considerati inderogabili<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> L’art. 27 della Convenzione americana afferma: “1. In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of

Il concetto “esteso” di rifugiato, riconducibile al concetto di IDPs, era stato già in precedenza introdotto dalla Convenzione OUA che disciplina aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa<sup>130</sup> (1969), all’art. I par. 2: “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.”

Non è un caso che l’ampliamento del concetto di “rifugiato”<sup>131</sup> sia stato previsto per la prima volta nella Convenzione OUA<sup>132</sup>, infatti è proprio dal contesto africano che proveniva la necessità di tale ampliamento, applicando la definizione di rifugiato non solo a coloro che non rientravano strettamente nelle condizioni di cui all’art. 1 B

---

race, color, sex, language, religion, or social origin. 2. The foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from Ex Post Facto Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), Article 20 (Right to Nationality), and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights. 3. Any State Party availing itself of the right of suspension shall immediately inform the other States Parties, through the Secretary General of the Organization of American States, of the provisions the application of which it has suspended, the reasons that gave rise to the suspension, and the date set for the termination of such suspension.”

<sup>129</sup> WEISSBRODT D., HÖRTREITER I., *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*, cit., p. 47: “Article 27 of the American Convention, however, creates a substantial limitation on the protection against refoulement. It indicates that States parties may derogate from Article 22 and other provisions in times of war or other public emergency that threatens the independence and security of the State party. A government faced with a massive influx of asylum seekers may very well claim that such a population movement threatens its independence or security and thus Article 27 may be used to limit Article 22 (8).”

<sup>130</sup> In seguito “Convenzione OUA”.

<sup>131</sup> MARCHISIO S., *Ampliamento del concetto di rifugiato e gli strumenti regionali e forme di protezione sussidiaria*, cit., p. 69: “[...] perché si parla di Convenzioni regionali ma in realtà la Convenzione regionale che ha provveduto ad estendere formalmente la nozione di rifugiato è una sola, ed è la Convenzione africana. L’elemento da tenere presente è proprio il suo carattere complementare rispetto alla Convenzione universale del 1951” e WEISSBRODT D., HÖRTREITER I., *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*, cit., p. 39: “Unlike the other treaties, the OAU Convention was seen by its drafters as a complement to the Convention on Refugees, rather than as an independent instrument.”

<sup>132</sup> NERI L., *Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, cit., p. 1192: “Costoro sono invece definiti *displaced persons* e tale categoria (come si è detto distinta da quella definita dalla Convenzione di Ginevra), trova precisazione in alcuni accordi internazionali dei quali l’Italia non è parte, il più importante ed avanzato dei quali è probabilmente la Convenzione della Organizzazione dell’Unità Africana (OUA) relativa allo specifico problema dei rifugiati nel continente africano”.

della Convenzione di Ginevra ma anche a flussi di rifugiati, piuttosto che ad individui singoli<sup>133</sup>.

Tale fenomeno rientra nelle conseguenze di una serie di conflitti interni<sup>134</sup> che hanno avuto luogo nel continente africano e che hanno causato l'esodo di migliaia di persone verso altri Paesi del continente o verso l'esterno.

La stessa Convenzione OUA all'art. II par. 3 contiene il principio di *non – refoulement*: “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<sup>135</sup>, paragraphs 1 and 2”. Nella Carta di Banjul (1981), a tal proposito rileva l'art. 5: “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 and degradation of man particularly slavery, slave trade, torture, cruel, inhuman or degrading punishment and treatment shall be prohibited”<sup>136</sup>.

La Dichiarazione di Cartagena<sup>137</sup> (1984) è giunta all'affermazione di tale principio quale “pietra angolare della protezione internazionale dei rifugiati. Questo principio imperativo nei confronti dei rifugiati deve essere riconosciuto e rispettato, allo stato

---

<sup>133</sup> ABI SAAB G., *The Admission and Expulsion of Refugees with Special References to Africa*, African Yearbook of International Law, vol. 8, 2000, pp. 71-91(76).

<sup>134</sup> Si pensi alla guerra civile Nigeria/Biafra (1967-1970), al conflitto interno in Chad (iniziato nel 1967 e durato oltre 25 anni), al conflitto in Zaire (dal 1960), alla trentennale guerra civile in Etiopia, al conflitto Hutu-Tutsi che ha causato un genocidio, alla attuale situazione nel Darfur in Sudan.

<sup>135</sup> L'art. I par. 1 e 2 della Convenzione OUA afferma: “1. For the purposes of this Convention, the term “refugee” shall mean every person who, owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

2. 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.”

<sup>136</sup> AKINSEYE – GEORGE Y., *New Trends in African Human Rights Law: Prospects of an African Court of Human Rights*, University of Miami International and Comparative Law Review, vol. 10, 2001-2002, pp. 159-175.

<sup>137</sup> MARCHISIO S., *Ampliamento del concetto di rifugiato e gli strumenti regionali e forme di protezione sussidiaria*, cit., p. 73: “[...] contrariamente alla Convenzione Africana, questa Dichiarazione di Cartagena è un atto adottato all'esito di un colloquio a cui hanno partecipato delegati governativi di 10 Paesi centro – americani. Quindi è un atto che non possiamo ritenere vincolante, quindi è un indizio molto importante ma rimane nell'alveo di questi atti non obbligatori, per di più limitato ai Paesi dell'America centrale, ai Paesi centro – americani.”

attuale del diritto internazionale, come un principio di *jus cogens*”<sup>138</sup>. Tale Dichiarazione, sebbene non abbia carattere vincolante, è particolarmente importante perché costituisce il primo tentativo di definizione giuridica del principio di *non – refoulement* quale norma di *jus cogens* ed introduce anche un concetto ampio di rifugiato, estendendo la protezione garantita dalla Convenzione di Ginevra e dal suo Protocollo anche “alle persone fuggite dal loro paese perché la loro vita, la loro sicurezza e la loro libertà erano minacciate da una violenza generalizzata, un’aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell’uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l’ordine pubblico”.

Nel contesto arabo non si rinviene alcuna previsione che tuteli espressamente il principio in esame, piuttosto la Carta araba dei diritti dell’uomo<sup>139</sup> ( riformata nel 2004 ) sancisce il divieto di tortura (art. 13<sup>140</sup>) e non ammette deroghe a tale divieto (art. 4<sup>141</sup>). L’unica previsione che lascia aperta l’ipotesi di una, seppure labile, tutela del principio in esame è contenuta nell’art. 23<sup>142</sup> che afferma il divieto di estradare rifugiati politici.

---

<sup>138</sup> La conclusione n. 5 della Dichiarazione di Cartagena afferma: “[5]. To reiterate the importance and meaning of the principle of non-refoulement (including the prohibition of rejection at the frontier) as a corner-stone of the international protection of refugees. This 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 cogens*.” [http://www.unhcr.ch/refworld/refworld/legal/instrume/asylum/cart\\_eng.htm](http://www.unhcr.ch/refworld/refworld/legal/instrume/asylum/cart_eng.htm) 1/12/99

<sup>139</sup> In seguito “Carta araba”.

<sup>140</sup> L’art. 13 della Carta araba riformata afferma: “a) Les Etats parties protègent toutes personnes résidant sur leur territoire contre toute forme de torture mentale ou physique, contre tout traitement dégradant ou inhumain et ils prennent toutes les mesures effectives. Toute pratique de ce genre ou toute participation est considérée comme une infraction punissable. b) Il est interdit de soumettre une personne à des expériences médicales ou scientifiques sans son consentement.”

<sup>141</sup> L’art. 4 della Carta araba riformata afferma: “a) Il ne peut être admis aucune restriction aux droits et libertés reconnus par cette Charte sauf si une telle restriction est prescrite par la loi et est considérée comme nécessaire pour la protection de la sécurité et de l’économie nationale, de l’ordre public, de la santé publique, de la morale ou des droits et libertés d’autrui. b) dans le cas d’une situation d’urgence menaçant la vie de la nation, tout Etat contractant peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Charte dans la stricte mesure où la situation l’exige. c) ces mesures ne doivent porter aucune dérogation aux droits et garanties prévues contre la torture, les traitements inhumains, le droit d’entrer dans son propre pays, l’asile politique, le droit à un procès équitable, le droit de ne pas être jugé deux fois pour la même infraction, et au principe de la légalité des délits et des peines. ”

<sup>142</sup> L’art. 23 della Carta araba riformata afferma: “Devant la persécution, tout citoyen a le droit de demander l’asile politique dans un autre pays. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur une infraction de droit commun. Il est interdit d’extrader les réfugiés politiques.”

Tuttavia rimangono alcuni dubbi sull'effettiva protezione offerta dalla Carta araba a causa della presenza della pena di morte per alcuni tipi di reati (art. 10<sup>143</sup>).

Infine per quanto concerne il continente asiatico, non si rileva la presenza di uno strumento regionale a carattere convenzionale, “contrariamente all'Europa, all'America ed all'Africa [...] non si è mai dotato neanche di uno strumento regionale unico in materia e la posizione dei Governi si distingue da quella delle altre regioni del mondo, per un atteggiamento di resistenza ed ambiguità verso il sistema internazionale di protezione dei diritti fondamentali”<sup>144</sup>.

### **3.1 Il principio di *non – refoulement* indirettamente previsto nel divieto di tortura.**

In numerosi strumenti internazionali il principio di *non-refoulement* è stato individuato indirettamente nel divieto di tortura<sup>145</sup>, quale rischio che il rifugiato potrebbe correre se inviato nel suo Paese di origine. Attraverso l'esame degli strumenti più significativi in tal senso, ovvero della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura<sup>146</sup>, del 10 dicembre 1984, (art. 3) e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>147</sup>, del 4 novembre 1950, (art. 3) e di altri strumenti internazionali regionali si potranno individuare eventuali punti di contatto con la Convenzione di Ginevra:

#### *a) la Convenzione contro la Tortura*

La Convenzione contro la Tortura non è stata concepita tanto come un meccanismo alternativo all'esercizio del diritto di asilo, quanto quale strumento per rafforzare il contenuto dell'art. 5<sup>148</sup> della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948) e

---

<sup>143</sup> L'art. 10 della Carta araba riformata afferma: “Une sentence de mort ne peut être prononcée que pour des infractions graves de droit commun. Tout condamné à mort a le droit de solliciter sa grâce ou la commutation de sa peine.”

<sup>144</sup> ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 485.

<sup>145</sup> MARCHESI A., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, RDI, fasc. 4, 1993, pp. 979-999.

<sup>146</sup> In seguito “Convenzione contro la Tortura”.

<sup>147</sup> In seguito “Convenzione europea”.

<sup>148</sup> L'art. 5 della Dichiarazione Universale dei diritti umani afferma: “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”

dell'art. 7<sup>149</sup> del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), nella lotta alla tortura e altri trattamenti inumani e degradanti.

A tal proposito, il Comitato dei diritti dell'uomo<sup>150</sup>, organo di controllo istituito all'interno del Patto sui diritti civili e politici, nel *Report of Human Rights Committee* (Vol. I) del 3 marzo 2009<sup>151</sup>, si è occupato in numerosi casi (*Sharifova et al v. Tajikistan*, *Uteev v. Uzbekistan*, *Titiahonjo v. Cameroon*, *El Hassy v. Libyan Arab Jamahiriya*, *Sathasivam v. Sri Lanka*, *Maksudov et al. v. Kyrgyzstan*) di violazioni dell'art. 7 del Patto sui diritti civili e politici.

Tuttavia l'indipendenza dell'operato del Comitato dei diritti dell'uomo è suscettibile di critiche, dal momento che le informazioni da esso esaminate sono contenute in rapporti periodici (art. 40<sup>152</sup> del Patto) forniti dagli stessi Stati parti sulle misure adottate "al fine di rendere effettivi i diritti riconosciuti nel Patto e sulle difficoltà incontrate durante l'applicazione di tali misure"<sup>153</sup>, oppure sono inserite in comunicazioni interstatali (art. 41<sup>154</sup> del Patto). La debolezza di tale sistema si rileva

---

<sup>149</sup> L'art. 7 del Patto sui diritti civili e politici afferma: "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation."

<sup>150</sup> Sul punto vedasi ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 97-122.

<sup>151</sup> Report of Human Rights Committee (Vol. I) (03/03/09), A/63/40.

<sup>152</sup> L'art. 40 del Patto sui diritti civili e politici afferma: "1. The States Parties to the present Covenant undertake to submit reports on the measures they have adopted which give effect to the rights recognized herein and on the progress made in the enjoyment of those rights: (a) Within one year of the entry into force of the present Covenant for the States Parties concerned; (b) Thereafter whenever the Committee so requests. 2. All reports shall be submitted to the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit them to the Committee for consideration. Reports shall indicate the factors and difficulties, if any, affecting the implementation of the present Covenant. 3. The Secretary-General of the United Nations may, after consultation with the Committee, transmit to the specialized agencies concerned copies of such parts of the reports as may fall within their field of competence. 4. The Committee shall study the reports submitted by the States Parties to the present Covenant. It shall transmit its reports, and such general comments as it may consider appropriate, to the States Parties. The Committee may also transmit to the Economic and Social Council these comments along with the copies of the reports it has received from States Parties to the present Covenant. 5. The States Parties to the present Covenant may submit to the Committee observations on any comments that may be made in accordance with paragraph 4 of this article."

<sup>153</sup> ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 99.

<sup>154</sup> L'art. 41 del Patto sui diritti civili e politici afferma: "1. A State Party to the present Covenant may at any time declare under this article that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications to the effect that a State Party claims that another State Party is not fulfilling its obligations under the present Covenant. Communications under this article may be received and considered only if submitted by a State Party which has made a declaration recognizing in regard to itself the competence of the Committee. No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party which has not made such a declaration. Communications received under this article shall be dealt with in accordance with the following procedure: (a) If a State Party to the present Covenant considers that another State Party is not giving effect to the provisions

inoltre nella previsione di un sistema di comunicazioni individuali all'interno del Protocollo facoltativo al Patto sui diritti civili e politici, strumento separato dal testo convenzionale ma adottato contemporaneamente al Patto.

Si evidenzia perciò un deficit nel sistema di controllo e tutela del divieto di tortura fino alla adozione della sopracitata Convenzione contro la Tortura (1984).

La Convenzione afferma all'art. 3 par. 1: "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."

Infatti tale Convenzione, attraverso la previsione del divieto in esame e la possibilità di ricorso individuale presso il Comitato contro la Tortura (art. 22 CAT), costituisce un valido strumento alternativo alla protezione dal divieto di *refoulement* anche nel caso di trasferimenti forzosi individuali<sup>155</sup>.

---

of the present Covenant, it may, by written communication, bring the matter to the attention of that State Party. Within three months after the receipt of the communication the receiving State shall afford the State which sent the communication an explanation, or any other statement in writing clarifying the matter which should include, to the extent possible and pertinent, reference to domestic procedures and remedies taken, pending, or available in the matter; (b) If the matter is not adjusted to the satisfaction of both States Parties concerned within six months after the receipt by the receiving State of the initial communication, either State shall have the right to refer the matter to the Committee, by notice given to the Committee and to the other State; (c) The Committee shall deal with a matter referred to it only after it has ascertained that all available domestic remedies have been invoked and exhausted in the matter, in conformity with the generally recognized principles of international law. This shall not be the rule where the application of the remedies is unreasonably prolonged; (d) The Committee shall hold closed meetings when examining communications under this article; (e) Subject to the provisions of subparagraph (c), the Committee shall make available its good offices to the States Parties concerned with a view to a friendly solution of the matter on the basis of respect for human rights and fundamental freedoms as recognized in the present Covenant; (f) In any matter referred to it, the Committee may call upon the States Parties concerned, referred to in subparagraph (b), to supply any relevant information; (g) The States Parties concerned, referred to in subparagraph (b), shall have the right to be represented when the matter is being considered in the Committee and to make submissions orally and/or in writing; (h) The Committee shall, within twelve months after the date of receipt of notice under subparagraph (b), submit a report: (i) If a solution within the terms of subparagraph (e) is reached, the Committee shall confine its report to a brief statement of the facts and of the solution reached; (ii) If a solution within the terms of subparagraph (e) is not reached, the Committee shall confine its report to a brief statement of the facts; the written submissions and record of the oral submissions made by the States Parties concerned shall be attached to the report. In every matter, the report shall be communicated to the States Parties concerned. 2. The provisions of this article shall come into force when ten States Parties to the present Covenant have made declarations under paragraph 1 of this article. Such declarations shall be deposited by the States Parties with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the other States Parties. A declaration may be withdrawn at any time by notification to the Secretary-General. Such a withdrawal shall not prejudice the consideration of any matter which is the subject of a communication already transmitted under this article; no further communication by any State Party shall be received after the notification of withdrawal of the declaration has been received by the Secretary-General, unless the State Party concerned has made a new declaration."

<sup>155</sup> MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, cit., pp. 111-112.

Il meccanismo del ricorso individuale previsto dall'art. 22<sup>156</sup>, infatti, è suscettibile di essere utilizzato anche dal richiedente asilo, nonché dai suoi parenti ed eventualmente da suoi rappresentanti<sup>157</sup>, contro lo Stato nel quale teme di essere perseguitato, tuttavia si ricorda che tale facoltà è subordinata alla ratifica da parte dello Stato in questione della Convenzione, nonché alla espressa dichiarazione di accettazione della competenza del Comitato, istituito dalla stessa Convenzione.

Il fine ultimo delle misure di espulsione, rimpatrio ed estradizione potrebbe consistere nel trasferimento fisico forzoso di una persona in un Paese dove corre il rischio di tortura. Le misure in esame sono tra loro differenti in quanto per espulsione si intende il trasferimento forzoso di persone entrate regolarmente nel territorio dello Stato di accoglienza, per rimpatrio ci si riferisce al trasferimento di persone al di fuori del territorio dello Stato di accoglienza, dove si reputano essere entrate irregolarmente. L'extradizione di una persona implica invece la commissione da parte di questa di un reato grave nello Stato di accoglienza.

Il divieto di *refoulement* previsto da tale Convenzione non incontra i limiti previsti dalla Convenzione di Ginevra sia all'art. 1 A (2) sia all'art. 33 par. 2. Infatti l'art. 1 A (2) riconduce il timore fondato di essere perseguitati per origini etniche, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale o ad opinioni politiche. Mentre la protezione accordata dall'art. 3 della Convenzione contro la Tortura non richiede la presenza di tali condizioni per vedersi garantito il principio di *non-refoulement*<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> L'art. 22 par. 1 della Convenzione delle Nazioni contro la Tortura afferma: "A State Party to this Convention may at any time declare under this article that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by a State Party of the provisions of the Convention. No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party to the Convention which has not made such a declaration."

<sup>157</sup> LAMBERT H., *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, International and Comparative Law Quarterly, 1999, pp. 515-545 (525): "[A]rticle 22 of the Torture Convention explicitly provides for communications to be submitted not only by individual alleged victim but also by relatives, designated representatives (e.g. NGOs) or «others on behalf of an alleged victim when it appears that the victim is unable to submit the communication himself, and the author of the communication justifies his acting on the victim's behalf»."

<sup>158</sup> FRESHWATER P., *The Obligation of Non - refoulement under the Convention Against Torture: When Has a Foreign Government Acquiesced in the Torture of Its Citizens?*, Georgetown Immigration Law Journal, vol. 19, 2005, n. 4, pp. 585-608 (590): "Protection under the Convention Against Torture differs from both asylum and withholding of removal in that it does not require that the torture be inflicted on one of the five grounds: a showing that it is more likely than not that one would be tortured if returned to a specific country is sufficient, regardless of the reasons the torture would be inflicted" e MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, cit., p. 112: "However, unlike the Refugee Convention, the CAT permits no exceptions to the principle of *non - refoulement*, since the prohibition of torture is considered a peremptory norm of international

Invece l'art. 33 par. 2 introduce delle limitazioni al principio di *non-refoulement*, nel caso in cui il rifugiato possa essere seriamente considerato un pericolo per la sicurezza del Paese dove si trova o, se condannato in via definitiva per un crimine o delitto particolarmente grave, costituisca una minaccia per la comunità di quel Paese. Tuttavia si ricorda come l'art. 33 della Convenzione di Ginevra è "protetto" dall'art. 42, che ne impedisce ogni eventuale deroga.

Il concetto di tortura introdotto dall'art. 1<sup>159</sup> della Convenzione contro la Tortura, che consiste in "ogni atto con il quale il dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali, sono intenzionalmente inflitte ad una persona con lo scopo in particolare di ottenere dalla stessa o da una terza persona, informazioni o confessioni, di punirla per un'azione commessa da essa stessa o da una terza persona, di intimidirla o di esercitare pressioni su di lei o su una terza persona o per qualunque altra ragione basata su una qualunque forma di discriminazione", riconduce la responsabilità a un pubblico ufficiale o a qualsiasi altra persona che eserciti funzioni ufficiali, quando sono da esso inflitti o compiuti su sua istigazione, consenso o acquiescenza espressa o tacita.

Nel caso in cui a commettere un atto di tortura non sia un pubblico ufficiale, ma piuttosto un gruppo ribelle, è necessario considerare alcuni elementi che ne descrivono la capacità di autogoverno (amministrazione della giustizia, gestione di elezioni politiche, garanzia di un servizio di polizia). Se i ribelli godono perciò del controllo effettivo del territorio di un Paese ed agiscono come un governo *de facto*, in questo caso una persona potrà invocare la protezione garantita dalla Convenzione ed invocare la responsabilità dello Stato.

L'esistenza di un legame diretto tra colui il quale commette un atto di tortura e lo Stato per conto del quale egli agisce è un elemento di ulteriore differenza tra le due Convenzioni in esame; infatti la Convenzione contro la Tortura introduce un meccanismo, che prevede la responsabilità dello Stato anche nel caso di

---

law, regarded by the international community as so fundamental that it cannot be derogated from under any circumstances".

<sup>159</sup> L'art. 1 par. 1 della Convenzione contro la Tortura afferma: "[...] torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, 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. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions."

acquiescenza o tacito consenso<sup>160</sup>, qualora tale Stato si astenga dall'assumere misure che limitino o facciano cessare il comportamento lesivo del suo rappresentante.

Un'altra importante differenza tra le due Convenzioni in esame, che influenza anche l'effettiva applicazione, consiste nella mancanza nella Convenzione di Ginevra di un organo di controllo, che svolga sia la funzione ausiliaria di interpretazione della Convenzione di Ginevra e del suo Protocollo – a tale scopo si ricorda l'art. 38<sup>161</sup> della Convenzione che sottopone la soluzione di ogni eventuale controversia in merito all'interpretazione o applicazione della stessa alla Corte Internazionale di Giustizia – sia la funzione di controllo di applicazione della stessa attraverso l'attivazione di procedure di ricorso individuali e statali, nonché la presentazione di rapporti annuali. Infatti la Convenzione contro la Tortura prevede l'istituzione di un Comitato contro la Tortura<sup>162</sup> con il compito di sorvegliarne l'applicazione della stessa e la tutela dei diritti da essa garantiti.

Inoltre, una chiara affermazione del divieto di tortura quale norma di *jus cogens* è contenuta nella sentenza Furundžija<sup>163</sup> del Tribunale penale per la Ex-Jugoslavia del 10 dicembre 1998, che si analizzerà in seguito.

Dal riconoscimento del divieto di tortura quale norma di *jus cogens* possono discendere una molteplice conseguenze giuridiche, riconducibili ad una progressiva erosione della sovranità degli Stati e della immunità dalla giurisdizione<sup>164</sup> per

---

<sup>160</sup> MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, cit., p. 116: “As was noted by the Special Rapporteur on Torture in 1986, a State which does not intervene against quasi-public groups, such as tribes, that commit human rights abuses may be considered to have «consented» or «acquiesced» in their acts.”

<sup>161</sup> WEISSBRODT D., HÖRTREITER I., *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*, cit., p. 27: “Although Article 38 of the Convention on Refugees provides that disputes between States parties may be brought before the International Court of Justice, no procedure for individual complaints is available. But the provisions of the Convention on Refugees serve in most countries as the primary basis for domestic asylum and refugee law. Hence, despite the lack of an international body, individuals should be able to bring their petitions to domestic courts.”

<sup>162</sup> L'art. 17 par. 1 della Convenzione contro la Tortura afferma: “There shall be established a Committee against Torture (hereinafter referred to as the Committee) which shall carry out the functions hereinafter provided. The Committee shall consist of 10 experts of high moral standing and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity. The experts shall be elected by the States Parties, consideration being given to equitable geographical distribution and to the usefulness of the participation of some persons having legal experience.”

<sup>163</sup> Sul punto vedasi CASSESE A., *Diritto internazionale*, cit., pp. 208-209; MONACO R., CURTI GIALDINO C., *Diritto internazionale pubblico*, cit., p.116; FOCARELLI C., *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, RDI, fasc. 3, 2007, pp. 637-656 (637 nota 2).

<sup>164</sup> FOCARELLI C., *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, RDI, fasc. 3, 2008, pp. 738-757.

commissione di crimini internazionali, ma attualmente si tratta di una tendenza evolutiva ed in via di codificazione.

*b) la Convenzione europea*<sup>165</sup>

Il divieto di tortura è sancito all'art. 3 della Convenzione europea che stabilisce "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

A differenza della Convenzione contro la Tortura, la Convenzione europea offre una tutela maggiore, relativa non solo ad atti di tortura ma anche a trattamenti e pene inumani e degradanti.

Circa il contenuto di tali atti, è intervenuta in numerose occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>166</sup>, che attraverso le sue sentenze ha contribuito notevolmente all'opera di interpretazione della disposizione in esame. Il ruolo svolto dalla Corte europea risulta fondamentale nell'interpretazione della stessa Convenzione ed evidenzia il grave deficit di cui soffre la Convenzione di Ginevra.

A tal fine la Convenzione prevede la possibilità di attivare ricorsi individuali<sup>167</sup> – oltre che interstatali – così come il Comitato contro la Tortura, in precedenza esaminato. Il procedimento presso la Corte europea è attivabile da parte di ciascuno individuo, che si ritenga vittima di una violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione europea o da uno dei suoi Protocolli. "An asylum seeker must indeed show two things: first, the existence of «substantial grounds» (for believing that, in the event of expulsion, he or she would face ill-treatment); second, the existence of a

---

<sup>165</sup> NASCIBENE B., *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Profili ed effetti nell'ordinamento italiano* (a cura di B. NASCIBENE), Milano, 2002, pp. 153-184 (155-156): "L'art. 3, che come il precedente non è derogabile e integra uno dei valori e principi fondamentali del sistema della Convenzione, impedisce che lo straniero possa essere sottoposto a pene o trattamenti inumani e degradanti o a torture, distinguendosi, nella giurisprudenza di Strasburgo, le tipologie di sofferenze, fisiche o morali che sono definibili inumane, ovvero degradanti quando creano timore, angoscia e, comunque, umiliazione della persona. La tortura è, invero, una forma aggravata di trattamento inumano e la pena comporta una sofferenza o umiliazione eccessiva rispetto al trattamento che l'espiazione di una pena, pur intesa come «sofferenza» legittimamente imposta, dovrebbe comportare."

<sup>166</sup> In seguito "Corte europea".

<sup>167</sup> L'art. 34 della Convenzione europea afferma: "The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right." Sul punto vedasi ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, pp. 214-242.

«real risk» (that, in the event of expulsion, he or she, personally, is expected to face ill-treatment)»<sup>168</sup>.

L'art. 35 della Convenzione europea disciplina le condizioni di ricevibilità di tale ricorso, che sono simili a quelle previste dal Comitato contro la Tortura.

La Convenzione europea ha ribadito in numerosi casi la natura assoluta ed inderogabile del divieto di tortura, trattamenti e pene inumani e degradanti (*Caso Soering c. Regno Unito, Caso Chahal c. Regno Unito, Caso H.L.R. c. Francia; Caso Aydin c. Turchia, Caso A. contro Regno Unito; Caso Mahmut Kaya c. Turchia ed in particolare Caso Al-Adsani c. Regno Unito e Caso Saadi c. Italia*)<sup>169</sup>, in tal senso ricorda Bossuyt<sup>170</sup> che gli Stati parti sono responsabili anche indirettamente per una violazione potenziale dell'art. 3 compiuta da uno Stato terzo proprio per il valore assoluto che ha tale divieto.

Un riferimento al divieto di espulsione collettiva nei confronti di stranieri si rinviene anche nel Protocollo n. 4 (1963) alla Convenzione europea laddove l'art. 4 ribadisce che “[C]ollective expulsion of aliens is prohibited”. Tale divieto di espulsione collettiva è temperato dall'art. 2<sup>171</sup> del Protocollo, dove si riconosce libertà di movimento e diritto di circolazione a chiunque si trovi legalmente sul territorio dello Stato, lasciando quindi intatto un eventuale diritto di uscita, che incontra gli unici limiti nel mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale. “Il diritto di uscita prescinde, comunque, dalla regolarità della presenza o residenza, fatte salve le restrizioni di cui si è detto. Lo straniero irregolare, a seguito di ingresso irregolare o

---

<sup>168</sup> LAMBERT H., *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, International and Comparative Law Quarterly, 1999, pp. 515-545 (535).

<sup>169</sup> Per l'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si rinvia al terzo capitolo del presente lavoro.

<sup>170</sup> BOSSUYT M., *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'application de la Convention relative au Statut des Réfugiés*, in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons. Avancées et confins actuels des droit de l'homme aux niveaux international, européen et national*, Bruxelles, 2003, pp. 11-28 (28).

<sup>171</sup> L'art. 2 del Protocollo n. 4 (1963) alla Convenzione europea afferma: “1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of *ordre public*, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. 4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.”

di soggiorno divenuto appunto irregolare, non trova (si direbbe ovviamente) limiti nel lasciare volontariamente il territorio dello Stato”<sup>172</sup>.

In conclusione il divieto di tortura trova nella Convenzione europea un’applicazione estensiva rispetto alla disciplina offerta dalla Convenzione contro la Tortura: come si vedrà in seguito attraverso l’analisi della giurisprudenza europea, la Corte europea si sta orientando verso un’interpretazione più ampia del concetto di tortura, trattamenti e pene inumane e degradanti, riuscendo a garantire uno spettro di protezione maggiore e più intensa di quanto non facciano altri strumenti internazionali esistenti. La Convenzione europea costituisce una tutela ancora più evoluta rispetto alla Convenzione di Ginevra e alla Convenzione contro la Tortura, dal momento che non si limita a prevedere l’attivazione di ricorsi individuali in caso di tortura nonché in caso di pene e trattamenti inumani e degradanti<sup>173</sup>. L’unico eventuale limite a tale forma estensiva di protezione potrebbe consistere nel carattere regionale di tale strumento.

#### **4. Considerazioni conclusive.**

Come in precedenza rilevato, a causa della mancanza nella Convenzione di Ginevra di un organo di controllo necessario, l’interpretazione della Convenzione e Protocollo è rimessa agli Stati parti e alle loro legislazioni interne, implicando una necessaria mancanza di uniformità nell’applicazione degli strumenti convenzionali e ad una frammentazione della tutela del rifugiato. In senso conforme al nostro parere, si è espressa anche autorevole dottrina riconoscendo il sistema “della Convenzione di Ginevra, privo di organi di controllo, che ne definiscano l’interpretazione in maniera vincolante per gli Stati” e “l’ampia discrezionalità della quale godono gli Stati membri non rende certo agevole stabilire in maniera certa se un determinato comportamento sia posto in attuazione ovvero in difformità rispetto agli obblighi

---

<sup>172</sup> NASCIMBENE B., *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, cit., pp. 166-167.

<sup>173</sup> LAMBERT H., *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, cit., p. 543: “However, the Torture Convention limits the scope of *non-refoulement* under the European Convention extends to inhuman and degrading treatment, whatever the source, but admissibility requirements are stringent and every single one is strictly applied. In sum the best option lies in proceedings before the Strasbourg organs, provided particular effort is put into the procedural requirements (i.e. formalism) and the presentation of evidence.”

posti dalla Convenzione. Anche in relazione all'oggetto ed al carattere di tali obblighi, infatti, l'interesse di ciascuna delle Parti ad assicurarne l'esatto adempimento ad opera delle altre appare flebile<sup>174</sup>. Da questa breve panoramica risultano due problemi principali: *a)* l'evidente mancanza di un organo di controllo della Convenzione di Ginevra che garantisca una tutela giurisdizionale e controlli l'applicazione della stessa Convenzione da parte degli Stati parti, secondo un'interpretazione coerente della stessa; *b)* la definizione giuridica di norma cogente o meno del principio in esame, scopo ultimo di questa ricerca.

---

<sup>174</sup> CANNIZZARO E., *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, RDI, fasc. 2, 2001, pp. 440- 443 (442).

## CAPITOLO 2

### IL RUOLO DELL'UNHCR NELLA PRASSI ED APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI *NON - REFOULEMENT*.

SOMMARIO. INTRODUZIONE - 1. Le origini dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) ed il suo Statuto. - 2. Il mandato dell'UNHCR nel "sistema di Ginevra". - 2.1 Il contenuto degli obblighi dell'art. 35 della Convenzione di Ginevra e dell'art. II del Protocollo opzionale del 1967. - 2.2 I diritti riconosciuti ai rifugiati dalla Convenzione di Ginevra. - 2.3 I limiti al ruolo di controllo dell'UNHCR nell'applicazione della Convenzione e nella protezione dei rifugiati. - 3. Il principio di *non-refoulement* secondo l'UNHCR. a) *Il principio di non-refoulement nelle Conclusions dell'Executive Committee (EXCOM)*. b) *Il principio di non - refoulement nei pareri dell'UNHCR*.

#### INTRODUZIONE

Alla luce della finalità sottesa alla presente ricerca, il capitolo secondo si propone di descrivere il contributo dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite nel controllo dell'applicazione della Convenzione di Ginevra ed in particolare nella definizione del principio di *non - refoulement*.

In particolare risulta interessante il percorso storico che ha condotto alla creazione dell'ente in esame, nonché le sue competenze previste dalla stessa Convenzione di Ginevra, che ha evidenziato l'importanza della norma che invita alla cooperazione fra Stati, peraltro già sancita dalla Carta delle Nazioni Unite.

Infine merita un'analisi particolare la posizione dell'ente in esame in merito al principio oggetto di studio: infatti se da un lato ha ribadito la natura consuetudinaria dello stesso, dall'altro ci appare che si stia indirizzando verso una definizione vicina al concetto di norma di *jus cogens*.

## **1. Le origini dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) ed il suo Statuto.**

L'istituzione dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, di cui ci siamo occupati in precedenza, seppure in modo sintetico, ha costituito la risposta efficace al fenomeno dei rifugiati nel mondo. Prima di questo, erano stati creati dalle Nazioni Unite altri enti a tutela dei rifugiati: l'*United Nations Relief and Rehabilitation Administration* (UNRRA) nel dicembre 1944, sostituito dall'*International Refugee Organization* (IRO), istituito nel dicembre 1946 con il compito di gestire circa un milione e seicentomila rifugiati europei, oppure l'*United Nations and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East* (UNRWA), istituito nel dicembre 1949 al fine di assistere i rifugiati palestinesi, in seguito alla creazione dello Stato di Israele. Tuttavia tali enti, seppure hanno rappresentato un segnale della volontà della comunità internazionale, nella sede delle Nazioni Unite, hanno operato in modo disomogeneo e non coordinato per evidenti ragioni, che discendono dalle diverse finalità per le quali erano stati creati. Pertanto le Nazioni Unite, consapevoli del fatto che dovesse essere un unico ente ad occuparsi della gestione del fenomeno dei rifugiati su scala mondiale, hanno istituito l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati<sup>1</sup> con ris. n. 428 (V) (14 dicembre 1950) dell'Assemblea Generale, adottandone lo Statuto. E' opportuno ricordare come l'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite relativa allo Status dei Rifugiati sia, ad esso, di poco successiva, essendo stata adottata con la ris. n. 429 dello stesso anno da parte dell'Assemblea Generale. Pertanto l'UNHCR e la Convenzione di Ginevra risultano *ab origine* parte dello stesso meccanismo di tutela dei rifugiati nel mondo<sup>2</sup>.

Lo Statuto dell'UNHCR<sup>3</sup>, adottato con la ris. n. 428 citata, afferma tra i principi generali di cui al cap. 1 la protezione internazionale, sotto gli auspici delle Nazioni Unite, a tutti i rifugiati che rientrano nello scopo dello stesso Statuto al fine di trovare soluzioni permanenti al problema dei rifugiati assistendo i governi e favorendo il rimpatrio volontario dei rifugiati o la loro integrazione nel nuovo contesto nazionale dello Stato di accoglienza. L'azione dell'UNHCR, guidata dall'Alto Commissario, a carattere non politico, dovrà seguire le direttive politiche dell'Assemblea Generale e del Consiglio Economico e Sociale (ECOSOC). Il ruolo così conferito all'Alto Commissario rispondeva alla naturale inclinazione degli Stati a

---

<sup>1</sup> In seguito "UNHCR".

<sup>2</sup> SAULLE M.R., voce "*Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)*", Enciclopedia del Diritto, vol. VI, 2002.

<sup>3</sup> Sul punto vedasi AGA KHAN S., *UNHCR – Its Function – Development of Relevant Law*, in AGA KHAN S., *Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons*, Recueil des Cours, 1976, vol. 149, pp. 287-352 (334-350).

non acconsentire ad alcuna limitazione nella propria sovranità in virtù del principio del non intervento negli affari interni, sancito peraltro dall'art. 2 § 7 della Carta delle Nazioni Unite<sup>4</sup>. Inoltre lo stesso ECOSOC potrà, sentito il parere dell'Alto Commissario, istituire un comitato consultivo composto da rappresentanti di Stati membri e non membri delle Nazioni Unite, che abbiano dimostrato un interesse particolare al fenomeno dei rifugiati.

Infine il cap. I dello Statuto si conclude con un'indicazione della durata temporale del mandato dell'Ufficio dell'Alto Commissario, fissato al 31 dicembre 1953, salva la facoltà da parte dell'Assemblea Generale di modificare tale termine.

Tale facoltà è stata spesso esercitata dall'Assemblea generale in numerose risoluzioni<sup>5</sup>, finché con la ris. n. 58/153 del 24 febbraio 2004, la stessa Assemblea generale ha finalmente rimosso ogni limite temporale all'esistenza dell'UNHCR “*to continue the Office until the refugee problem is solved*”.

Il cap. II dello Statuto indica le funzioni dell'ente e dell'Alto Commissario: la protezione dei rifugiati, di coloro i quali sono stati considerati tali secondo i precedenti strumenti convenzionali in materia (gli *Arrangements* del 10 maggio 1926 e del 30 giugno 1928; la Convenzione del 28 ottobre 1933 e quella del 10 febbraio 1938 e del suo Protocollo del 14 settembre 1939; la *Constitution* dell'IRO) e di coloro che rientrano nella definizione di rifugiato offerta dalla Convenzione di Ginevra del 1951<sup>6</sup>. Secondo quanto riportato dall'ExCom<sup>7</sup> (cui si è accennato nel primo cap.), nella *Note on Determination of Refugee Status under International Instruments*, del 24 agosto 1977, lo Statuto dell'UNHCR ricopre una posizione particolare nel contesto degli strumenti internazionali a tutela dei rifugiati, in quanto introduce una definizione a carattere universale, che esula da limiti temporali o geografici. Tale definizione è l'unica accettata ed applicata dalle Nazioni Unite anche nei

---

<sup>4</sup> Per un'analisi storica della posizione dell'UNHCR durante e dopo la guerra fredda vedasi LOESCHER G., BETTS A., MILNER J., *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): the Politics and Practice of Refugee Protection into the Twenty-first Century*, London, 2008, pp. 17-72.

<sup>5</sup> A titolo esemplificativo, vedi le precedenti risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite che fissavano un limite temporale: A/RES/47/104 (16 dicembre 1992); A/RES/52/104 (9 febbraio 1998); A/RES/57/186 (4 febbraio 2003).

<sup>6</sup> Vedasi cap. 1.

<sup>7</sup> The Executive Committee currently consists of 85 members. Current Members: Algeria, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Belgium, Benin, Brazil, Bulgaria\*, Cameroon\*, Canada, Chile, China, Colombia, Congo\*, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatia\*, Cyprus, Democratic Republic of the Congo, Denmark, Djibouti, Ecuador, Egypt, Estonia, Ethiopia, Finland, France, Germany, Ghana, Greece, Guinea, Holy See, Hungary, India, Iran (Islamic Republic of), Ireland, Israel, Italy, Japan, Jordan, Kenya, Lebanon, Lesotho, Luxembourg, Madagascar, Mexico, Montenegro, Morocco, Mozambique, Namibia, Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Nigeria, Norway, Pakistan, Philippines, Poland, Portugal, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, Russian Federation, Serbia, Slovenia, Somalia, South Africa, Spain, Sudan, Sweden, Switzerland, Thailand, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Togo\*, Tunisia, Turkey, Turkmenistan\*, Uganda, United Kingdom, United Republic of Tanzania, United States of America, Venezuela (Bolivarian Republic of), Yemen, Zambia. (\*) *Elected by the Economic and Social Council on 27 April 2011. This brings the number of Executive Committee members to 85.* . [http://www.unhcr.org/pages/49c3646c89.html]

confronti delle persone bisognose di protezione ma che si trovano sul territorio di uno Stato non parte del sistema convenzionale di Ginevra<sup>8</sup>.

La competenza dell'Alto Commissario cessa nel caso in cui: a) la persona decida di avvalersi volontariamente della protezione dello Stato di nazionalità; b) oppure se ha volontariamente riacquisito la nazionalità che aveva perso; c) nel caso in cui abbia acquistato una nuova nazionalità e goda della protezione offerta dallo Stato di nuova nazionalità; d) nel caso in cui si sia volontariamente ristabilita nello Stato che aveva abbandonato o dal quale era fuggita per il timore fondato di persecuzioni; e) qualora vengano meno le circostanze per le quali si era vista riconoscere lo status di rifugiato; f) se apolide qualora cessino le circostanze per le quali aveva ricevuto lo status di rifugiato ed è in grado di poter tornare allo Stato di residenza abituale.

Esulano dalla competenza dell'Alto Commissario: a) le persone con cittadinanza plurima; b) le persone riconosciute dalle autorità competenti dello Stato nel quale abbiano acquistato la residenza in quanto aventi diritti ed obblighi relativi al possesso della nazionalità; c) le persone che continuano a ricevere protezione o assistenza da altri organi o agenzie delle Nazioni Unite; d) le persone nei confronti delle quali ci sia il convincimento di aver commesso un crimine menzionato all'art. VI dello Statuto di Londra del Tribunale Militare Internazionale adottato con l'Accordo dell'8 agosto 1945 e dalla norma contenuta nell'art. 14 § 2<sup>9</sup> della Dichiarazione universale dei diritti umani.

Secondo quanto previsto dal par. 8 dello Statuto, i mezzi attraverso i quali l'Alto Commissario esercita la sua funzione di protezione dei rifugiati consistono: *i*) nella promozione della conclusione e della ratifica di accordi internazionali in tema di rifugiati; *ii*) nella promozione di particolari accordi con i governi in merito all'esecuzione di ogni misura volta a migliorare la condizione dei rifugiati e a ridurre il numero dei richiedenti protezione; *iii*) nell'assistenza ai rimpatri volontari o all'integrazione nelle nuove comunità, a livello nazionale e privato; *iv*) nella promozione dell'ammissione dei rifugiati, senza escludere quelli rientranti in categorie particolarmente bisognose; *v*) nel favorire il trasferimento delle attività dei rifugiati, in particolare di quelle necessarie al nuovo trasferimento; *vi*) nell'ottenere dai governi le informazioni concernenti il numero e le condizioni dei rifugiati, nonché delle leggi e dei regolamenti che li riguardano; *vii*) nel mantenere contatti stretti con i governi e le

---

<sup>8</sup> UNHCR, ExCom, *Note on Determination of Refugee Status under International Instruments*, 24 August 1977, § 9.

<sup>9</sup> L'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo afferma: "1) Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution. (2) This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations."

organizzazioni intergovernative che si occupano di rifugiati; *viii*) nello stabilire contatti nel modo migliore possibile con le organizzazioni che si occupano di rifugiati; *ix*) nel facilitare il coordinamento delle azioni delle organizzazioni intergovernative in materia. Infine l'Alto Commissario può impegnarsi in attività ulteriori, come il rimpatrio e la risistemazione secondo le indicazioni dell'Assemblea generale e nel limite delle proprie risorse finanziarie. Tra le altre funzioni dell'Alto Commissario vi sono, infine, quelle relative alla gestione dei fondi, pubblici o privati, che riceve per assistere i rifugiati. Infatti può decidere di rifiutare di accettare fondi che non ritenga appropriati o che non possono essere utilizzati. L'Alto Commissario potrà rivolgere un appello ai governi per la ricezione di fondi solo con la previa autorizzazione dell'Assemblea generale. Egli, inoltre, dovrà fornire in un rapporto annuale indicazioni circa le attività svolte ed ha diritto a fornire propri pareri all'Assemblea generale e all'ECOSOC e ai loro organi sussidiari.

Il cap. III dello Statuto disciplina l'organizzazione dell'ente – l'elezione dell'Alto Commissario avviene da parte dell'Assemblea generale ed il suo mandato è quinquennale – e la sua organizzazione finanziaria. Infatti il mantenimento dell'Ufficio dovrà essere finanziato dalle Nazioni Unite mentre le attività dell'Alto Commissario dovranno essere finanziate su base volontaria dagli Stati membri. L'amministrazione dell'Ufficio è sottoposto alle Regole Finanziarie delle Nazioni Unite e alle disposizioni finanziarie promulgate dal Segretario generale. Infine le transazioni o accordi per la custodia e l'allocazione dei fondi dell'Alto Commissario sono sottoposte ad una verifica da parte del "Board of Auditors" al fine di verificarne la corretta gestione.

La contribuzione su base volontaria alle attività dell'ente costituisce per l'UNHCR un forte condizionamento, in quanto gli Stati che in misura maggiore concorrono sono soprattutto quelli occidentali<sup>10</sup>. Infatti per il 2010 i maggiori donatori sono gli Stati Uniti (\$ 553,830,238), il Giappone (\$ 135,248,785). Mentre 16 dei primi 20 donatori sono Stati europei: la Svezia (\$99,476,551), la Commissione europea (\$ 66,645,559), i Paesi Bassi (\$ 62,363,436), la Norvegia (\$ 53,458,055), la Germania (\$ 45,068,936), la Danimarca (\$ 42,452,119), la Finlandia (\$ 23,606,690), la Spagna (\$21,654,160), il Regno Unito (\$ 21,338,108), il Belgio (\$ 21,221,849), la Svizzera (\$ 20,887,280), la Francia (\$ 19,276,379), il Lussemburgo (\$ 10,910,494), l'Italia (\$ 9,004,772), l'Irlanda (\$ 7,706,535). Emergono perciò

---

<sup>10</sup> Questo trend è stato confermato anche per il 2010 (vedi Contributions to UNHCR for Budget Year 2010).

alcuni dubbi circa l'influenza che tali Stati donatori possano esercitare sulle attività dell'ente<sup>11</sup> (vedi *infra*).

## 2. Il mandato dell'UNHCR nel "sistema di Ginevra".

Nell'analisi della posizione dell'UNHCR all'interno del c.d. "sistema di Ginevra", si ritiene opportuno ricordare la natura giuridica di tale ente. Infatti esso, creato attraverso una risoluzione dell'Assemblea generale, è considerato dalla maggior parte della dottrina quale suo organo sussidiario<sup>12</sup>. Pertanto gode di una limitata autonomia, in quanto riceve, come ricordato in precedenza, indicazioni politiche da parte della stessa Assemblea generale e da parte dell'ECOSOC.

Il mandato dell'UNHCR, che ha quale finalità ultima la protezione dei rifugiati nel mondo<sup>13</sup>, deve essere ricercato sia nel proprio Statuto (par. 8) sia nella Convenzione di Ginevra del 1951 e nel suo Protocollo del 1967. Infatti, in assenza di un meccanismo di monitoraggio interno, la stessa Convenzione ha affidato, nell'art. 35<sup>14</sup>, all'UNHCR il compito di supervisionare l'applicazione delle disposizioni della stessa (*"its duty of supervising the*

---

<sup>11</sup> KANAKO S., *Genuine Protection of International Refugees: A Study of the Influence of Western States on the Mandate of the UNHCR*, Asian Yearbook of International Law, vol. 11, 2003-2004, pp. 89-121, p. 108: "[...] as long as the UNHCR depends on financial support from the Western states, it is difficult to imagine that the Organization would be able to enjoy complete freedom of action without taking those states' views into account." Sul punto vedasi anche HURWITZ A., *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, 2009, p. 263: "Clearly, the major obstacle to UNHCR's supervisory work is its dependency on voluntary contributions by donor States. [...] It is however undeniable that the reform of the budgetary structure of the agency would improve UNHCR's standing towards States."

<sup>12</sup> SMRKOLJ M., *International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination*, in A.A.V.V., *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, 2009, pp. 165-193, p. 178: "Regarding the question of the legal capacity of UNHCR as such, the majority of opinion considers it a 'subsidiary organ' that needs authorization by the UN General Assembly in order to enter into legal relations with states, other international organizations or privates. Since UNHCR was not established by a treaty but by a Resolution of the UN GA that lacks competence to establish new international organizations as subjects of international law it enjoys international personality but is at the same time not a subject of international law." Vedasi inoltre KANAKO S., *Genuine Protection of International Refugees: A Study of the Influence of Western States on the Mandate of the UNHCR*, cit., p. 97: "The UNHCR was established as a subsidiary organ of the General Assembly on 14 December 1950 by Resolution No. 428 of the Fifth United Nations General Assembly, which laid down the Statute of the UNHCR."

<sup>13</sup> SMRKOLJ M., *International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination*, cit., p. 180: "With regard to the protection territory and the addressee, the Mandate refugee enjoys *international protection* whereas CSR51/CSRP67 refugees enjoy *protection by parties to the treaties*."

<sup>14</sup> L'art. 35 della Convenzione del 1951 afferma: "1. The Contracting States undertake to co-operate with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, or any other agency of the United Nations which may succeed it, in the exercise of its functions, and shall in particular facilitate its duty of supervising the application of the provisions of this Convention. 2. In order to enable the Office of the High Commissioner or any other agency of the United Nations which may succeed it, to make reports to the competent organs of the United Nations, the Contracting States undertake to provide them in the appropriate form with information and statistical data requested concerning: (a) The condition of refugees, (b) The implementation of this Convention, and; (c) Laws, regulations and decrees which are, or may hereafter be, in force relating to refugees."

*application of the provisions of this Convention*”) contribuendo così anche ad una sua interpretazione<sup>15</sup>. Inoltre tale previsione è stata ribadita anche dall’art. II del Protocollo opzionale del 1967, che ha emendato la Convenzione<sup>16</sup>.

La cooperazione tra gli Stati parti della Convenzione e l’UNHCR deve avere quale scopo quello di ridurre le divergenze esistenti nell’interpretazione delle procedure di riconoscimento dello status che sono stabiliti dagli ordinamenti interni degli Stati<sup>17</sup>.

Infatti la Convenzione del 1951 prevede, all’art. 38<sup>18</sup>, che qualsiasi controversia sorta in merito alla sua interpretazione debba essere deferita alla Corte internazionale di giustizia, tuttavia non risulta, finora, che l’art. 38 sia stato mai invocato dagli Stati parti né dall’UNHCR, in quanto l’ente non può chiedere un parere consultivo alla Corte internazionale di giustizia, a meno che l’Assemblea generale non abbia previsto tale possibilità con apposita risoluzione. Evidentemente ciò si è verificato al fine di evitare di richiamare l’attenzione su comportamenti che sarebbero stati reputati criticabili. Pertanto venendo meno il contributo della Corte internazionale di giustizia nell’interpretazione della Convenzione, l’intervento dell’UNHCR attraverso le proprie opinioni, pareri o rapporti risulta di ulteriore importanza.

Tuttavia, l’elenco delle competenze dell’ente non deve considerarsi come definitivo e restrittivo, proprio in quanto esse devono ispirarsi al valore superiore della protezione dei rifugiati – nella definizione più ampia (a cui si è fatto in precedenza riferimento) che include rifugiati, richiedenti asilo, *stowaway people* – nel mondo.

Le misure attraverso le quali l’UNHCR realizza il suo ruolo di supervisore del sistema di Ginevra possono essere riassunte in tre strumenti principali: a) la raccolta di informazioni concernenti l’applicazione delle disposizioni degli strumenti convenzionali da parte dei rispettivi Stati parti; b) l’accertamento di tali informazioni alla luce delle norme applicabili; c)

---

<sup>15</sup> NORTH A.M., CHIA J., *Towards Convergence in the Interpretation of the Refugees Convention: A Proposal for the Establishment of an International Judicial Commission for Refugees*, in MCADAM J. (edited by), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Oxford and Portland, 2008, pp. 225-261 (235): “UNHCR has, of course, already made significant efforts in the area of interpretation. It publishes the leading soft law instrument, commonly known as Handbook. It has issued the previously-mentioned Guidelines on International Protection, as well as a variety of position papers. Occasionally, UNHCR intervenes in and presents amicus curiae briefs in significant cases. Lastly, the Executive Committee sometimes gives interpretative guidance in its Conclusions.”

<sup>16</sup> SMRKOLJ M., *International Institutions and Individualized Decision-Making*, cit., p. 172: “In general, CSR51 Art. 35 and CSP67 Art. II set the legal basis for the obligation of states to accept UNHCR’ role of providing international protection to asylum seekers and refugees, the obligation of states to respond to information request by UNHCR ban the authoritative character of certain UNHCR statements, like standard-setting materials, policy guidelines, etc. within the exercise of its supervisory role. UNHCR Statute Para. 8 further lists UNHCR’s protection activities.”

<sup>17</sup> UNHCR, ExCom, *Note on Determination of Refugee Status under International Instruments*, 24 August 1977, par. 24.

<sup>18</sup> L’art. 38 della Convenzione del 1951 afferma: “Any dispute between parties to this Convention relating to its interpretation or application, which cannot be settled by other means, shall be referred to the International Court of Justice at the request of any one of the parties to the dispute.”

un meccanismo rafforzato per assicurare forme di riparazione, nonché l'osservanza delle norme da parte degli Stati parti<sup>19</sup>.

La raccolta di informazioni, lett. a), viene realizzata dallo staff dell'UNHCR presente nei rispettivi Stati parti, che ha il compito di esaminare tutta la relativa legislazione interna in tema di rifugiati. In un secondo momento si procede all'accertamento delle informazioni raccolte anche attraverso i rapporti Paese presentati dagli stessi Stati. Infine opera un meccanismo coercitivo di controllo, "enforcement", dell'applicazione della Convenzione, che tuttavia soffre del mancato carattere giudiziario dell'ente. Infatti per "enforcement", si intende un'ampia gamma di interventi ed attività di supporto che riguardano il fenomeno complessivo dello spostamento di persone e che includono ammissione, ricezione, determinazione dello status di rifugiato, nonché miglioramento degli standard, regolarizzazione del soggiorno o del ritorno<sup>20</sup>.

In conformità con le finalità previste dal proprio mandato, l'UNHCR si è interessato alla redazione di convenzioni regionali in materia: si ricorda infatti la collaborazione dell'UNHCR nella adozione dei Principi di Bangkok, così come nell'adozione della Convenzione OUA che disciplina aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa e nella Dichiarazione di Cartagena, adottata nel sistema interamericano<sup>21</sup>. Invece nel continente europeo si è registrata una inversione di tendenza: il ruolo dell'UNHCR non gode di una particolare incidenza, limitandosi ad un ruolo, informalmente, consultivo nell'ambito dell'Unione europea (a tal proposito si ricorda la presenza dell'UNHCR nella *Ad Hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Refugees*, composta da esperti in tema di asilo provenienti dai ministeri dell'interno e di giustizia degli Stati membri). Infatti, l'UNHCR, nello stadio finale delle negoziazioni per l'adozione del testo definitivo dell'Accordo di Schengen, è stato consultato semplicemente

---

<sup>19</sup> TURK V., *UNHCR's Supervisory Responsibility*, Revue québécoise de droit international, 2002, pp. 135-158 (146-148).

<sup>20</sup> TURK V., *UNHCR's Supervisory Responsibility*, cit., p. 148: "a wide range of intervention and advocacy activities covering the whole spectrum of displacement ranging from admission, reception, determination of refugee status to improvement of standards, regularisation of stay or return."

<sup>21</sup> TURK V., *UNHCR's Supervisory Responsibility*, cit., p. 140: "Broader states' acceptance of the UNHCR's supervisory responsibility is also reflected, *inter alia*, in recommendation (e) of the 1984 *Cartagena Declaration* and the *Preamble* to the 1957 *Agreement relating to Refugee Seamen*. Furthermore, both Article 28 of the 1990 *Schengen Implementation Convention* and Article 2 of the 1990 *Dublin Convention* reaffirm the commitment of the contracting parties to cooperate with the UNHCR in the implementation of the international refugee instruments, which extends to the UNHCR's supervisory role. The declaration to the final act of the 1997 *Treaty of Amsterdam*, which foresees consultations with the UNHCR in the area of harmonisation of refugee law and policies, can be seen as a concrete implementation by European Union member states of their responsibility to co-operate with the UNHCR in the exercise of its supervisory responsibility. Indeed, in practice, the UNHCR actively contributes to the EU harmonization process by providing detailed policy and legal opinions on the various draft texts, as well as by preparing substantive background documentation both on state practice and on relevant international refugee law standards."

(vedi *infra*). Inoltre molti Stati europei, interpretando in modo restrittivo la Convenzione di Ginevra, hanno limitato *ipso facto* anche l'azione dell'UNHCR<sup>22</sup>.

L'ente in esame esercita un ruolo consultivo, ma più incisivo, anche su base nazionale nelle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato.

Al fine di giungere ad una procedura standardizzata per il riconoscimento dello status di rifugiato, l'UNHCR ha elaborato l'*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*<sup>23</sup> (1992) a cui si è accennato in precedenza, così come ha elaborato alcuni moduli operativi (*Determination of Refugee Status*, 1989; *Interviewing Applicants for Refugees Status* 1995)<sup>24</sup>. Tuttavia nonostante tali iniziative, si registra un profondo divario tra il sistema di Ginevra e le procedure interne per il riconoscimento del diritto di asilo, che differiscono da Paese a Paese. Inoltre si ricorda anche il caso di Stati, che, pur non essendo parti della Convenzione di Ginevra e del suo Protocollo, si trovano a dover gestire al proprio interno il fenomeno di rifugiati. L'UNHCR pertanto svolge un ruolo importante di mediazione e pur rappresentando “*the possessor of objective expertise in the area of refugee status determination*”, difficilmente riesce ad essere un esempio di buone prassi<sup>25</sup> e piuttosto è oggetto di malfunzionamenti interni o ancora più grave è stato responsabile di violenze nei confronti di rifugiati in Africa.

---

<sup>22</sup> KANAKO S., *Genuine Protection of International Refugees cit.*, Asian Yearbook of International Law, vol. 11, 2003-2004, pp. 89-121, (105): “[...] there may be various answers emerging as to why the mandates of the UNHCR are significantly limited in Western Europe while the Organization enjoys a greater role in the developing countries. One of the primary reason is that some states in the developing countries have neither become parties to the 1951 Convention nor have adequate resources such as finance and a well-structured asylum policy to assist refugees in their countries. Therefore, they rely heavily on the UNHCR or just allow its staff to work in order to resolve the refugee problems ranging from the determination of the granting of asylum to material assistance. [...] However, the Western European governments, on the other hand, possess their own sophisticated asylum policy as well as enough resources to deal with refugees, within their respective capacities.”

<sup>23</sup> WOUTERS K., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerp, Oxford, Portland, 2009, p. 43: “The Handbook was drafted at the request of the Executive Committee, first published in 1979 and last updated in 1992. The Handbook contains a clear and comprehensive set of guidelines on how to determine who is a refugee and is based on the UNHCR’s experience in the field, the practice of States and the views of scholars. It is difficult to assess what authority should be attributed to the UNHCR Handbook. It is certainly not a legally binding document, but the fact that – according to its preface – the Handbook is partly based on State’s practice professes that it is, at least in part, a reflection of international customary law.”

<sup>24</sup> ALEXANDER M., *Refugee Status Determination Conducted by UNHCR*, International Journal of Refugee Law, 1999, vol. 11, pp. 251-289 (254): “The *Handbook*, although prepared for governments, also provides some guidance on the practices of UNHCR, as it is expected that UNHCR would follow the basic procedures laid down there. Other sources of guidance on UNHCR processes are contained in documents prepared for other purposes. Training modules produced by UNHCR provide some clues, in particular those on *Determination of Refugee Status* (RLD2) and *Interviewing Applicants for Refugee Status* (RLD4). These manuals are aimed at UNHCR staff as well as government personnel, NGOs, and so forth.”

<sup>25</sup> ALEXANDER M., *Refugee Status Determination Conducted by UNHCR*, cit., p. 255: “UNHCR is expected to be, and still presents itself as, the possessor of objective expertise in the area of refugee status determination. However, in its own practice, UNHCR is lagging behind the practices in many Convention States. UNHCR is far from ‘best practice’ and it does not provide a good model.”

Nella crisi dei rifugiati nei Grandi Laghi, in seguito al genocidio avvenuto in Ruanda nel 1994, l'UNHCR non ha evitato il verificarsi di violenze nei campi di rifugiati, attraverso la mancata applicazione della clausola di esclusione dallo status di rifugiato, sancita dall'art. 1 F<sup>26</sup> della Convenzione di Ginevra, che ha così inficiato il meccanismo del riconoscimento dello status<sup>27</sup>.

Infatti la mancata applicazione della clausola di esclusione ha comportato che non venissero esclusi dalla protezione offerta dalla Convenzione di Ginevra coloro i quali si erano macchiati del crimine di genocidio<sup>28</sup>, che sono stati ospitati nei campi dell'UNHCR insieme agli altri rifugiati.

L'UNHCR, pur essendo vincolato da un obbligo giuridico e allo stesso tempo morale<sup>29</sup>, non può sostituirsi ai governi degli Stati (indipendentemente che siano parti del sistema di Ginevra), incidendo così anche sulla sovranità interna degli stessi<sup>30</sup>. Sono gli Stati stessi ad essere investiti della responsabilità del rispetto e della garanzia dei diritti dei rifugiati, in quanto l'UNHCR svolge un ruolo di "assistenza" agli Stati nella gestione del fenomeno migratorio<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> L'art. 1 F della Convenzione del 1951 afferma: "F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that: (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes; (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee; (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations."

<sup>27</sup> WAGNER K., *UNHCR's Involvement in the Great Lakes Refugee Crisis*, *Pace International Law Review*, vol. 21, 2009, pp. 365-386 (381): "The UNHCR failed its obligations in the refugee camps of the Great Lakes region by not making early, formal assessments of the refugee caseload. If these assessments had been made, those deserving of refugee status would have been separated from those who perpetrated the genocide, thereby bypassing many of the problems that were soon to follow within the camps."

<sup>28</sup> WAGNER K., *UNHCR's Involvement in the Great Lakes Refugee Crisis*, cit., p. 373: "Another reason for the exclusion clauses is to protect the community of the host state from dangers associated with admitting refugees who have committed serious crimes."

<sup>29</sup> ALEXANDER M., *Refugee Status Determination Conducted by UNHCR*, cit., p. 263: "At the very least, UNHCR is under a *moral* obligation to comply with human rights standards. However the obligation is more than moral, it is a legal in the sense that UNHCR has a *legal* duty to promote observance of human rights. In this instance, UNHCR is carrying out a function which is usually carried out by governments."

<sup>30</sup> PALLIS M., *The Operations of UNHCR's Accountability Mechanism*, *International Law and Politics*, vol. 37, 2005, pp. 869-918 (873): "On a firmer legal basis than the other approaches, the idea is hampered practically because many of the states where UNHCR operates are not party to international human rights treaties, or have entered numerous reservations. It is also often unclear whether statal functions have actually been transferred to the UNHCR. In the grey legal area that so often surround the UNHCR's relations with a host state, it can be hard to claim anything more than that the UNHCR should be bound just because an obligation theoretically exists on a host state."

<sup>31</sup> TURK V., *UNHCR's Supervisory Responsibility*, cit., p. 138: "The main responsibility for safeguarding the human rights of refugee lies with states; the role of UNHCR is to ensure that governments take the necessary measures, starting with admission and ending with the realisation of durable solutions."

Dalla adesione alla Convenzione di Ginevra deriva l'obbligo per gli Stati parti di iniziare la procedura per il riconoscimento<sup>32</sup> dello status attraverso l'implicito corollario di non respingere i richiedenti asilo, garantendo loro l'esercizio del diritto ad una effettiva protezione giuridica<sup>33</sup>.

## **2.1 Il contenuto degli obblighi dell'art. 35 della Convenzione di Ginevra e dell'art. II del Protocollo opzionale del 1967.**

L'art. 35<sup>34</sup> della Convenzione di Ginevra affida all'UNHCR il compito di monitorare l'applicazione della Convenzione, da tale previsione discendono due obblighi principali in capo agli Stati parti: 1) un obbligo di cooperazione con l'Alto Commissario e le altre istituzioni delle Nazioni Unite (di cui al § 1 dello stesso articolo e sancito anche dall'art. II<sup>35</sup>, § 1, del Protocollo 1967); 2) un obbligo di presentare rapporti all'Alto Commissario o ad altre istituzioni delle Nazioni Unite (§ 2 dello stesso articolo e sancito anche dall'art. II, § 2, del Protocollo 1967)<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> STOYANOVA V., *The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory* cit., p. 8: "Without procedure aimed at identifying the refugees, the observance of *non-refoulement* can be ensured."

<sup>33</sup> PALLIS M., *The Operations of UNHCR's Accountability Mechanism*, cit., p. 879-880: "The first, core rule is the 'RSD obligation' – the rule that obliges states to determine whether and individual who is seeking asylum in their territory meets the relevant definition. The obligation is derived from the customary *ius cogens* rule of *non-refoulement* which prohibits the return of 'refugees'. That prohibition presupposes that there will be an effective way of finding out who is – and who is not – a refugee. When the rule of *non-refoulement* is combined with the 'guarantee of effective legal protection' – a general principle of law – the RSD obligation is created: an obligation to conduct refugee status determination in a manner which provides effective legal protection against the possibility of *refoulement* or denial of rights due under the refugee convention."

<sup>34</sup> L'art. 35 della Convenzione di Ginevra afferma: "The Contracting States undertake to co-operate with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, or any other agency of the United Nations which may succeed it, in the exercise of its functions, and shall in particular facilitate its duty of supervising the application of the provisions of this Convention. In order to enable the Office of the High Commissioner or any other agency of the United Nations which may succeed it, to make reports to the competent organs of the United Nations, the Contracting States undertake to provide them in the appropriate form with information and statistical data requested concerning: (a) The condition of refugees, (b) The implementation of this Convention, and; (c) Laws, regulations and decrees which are, or may hereafter be, in force relating to refugees."

<sup>35</sup> L'art. II del Protocollo opzionale alla Convenzione di Ginevra afferma: "The States Parties to the present Protocol undertake to co-operate with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, or any other agency of the United Nations which may succeed it, in the exercise of its functions, and shall in particular facilitate its duty of supervising the application of the provisions of the present Protocol. In order to enable the Office of the High Commissioner, or any other agency of the United Nations which may succeed it, to make reports to the competent organs of the United Nations, the States Parties to the present Protocol undertake to provide them with the information and statistical data requested, in the appropriate form, concerning: (a) The condition of refugees; (b) The implementation of the present Protocol; (c) Laws, regulations and decrees which are, or may hereafter be, in force relating to refugees."

<sup>36</sup> KÄLIN W., *Supervising the 1951 Convention on the Status of Refugees: Article 35 and Beyond* in E. FELLER, V. TURK, AND F. NICHOLSON (eds.) *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 613-666 (617): "The primary purpose of Article 35(1) CSR51 and Article II(1) CSR67, thus, is to link the duty of States Parties to apply the Convention and the Protocol with

L'obbligo di cooperazione implica per gli Stati parti l'obbligo di applicare la Convenzione ed il suo Protocollo attraverso l'intervento dell'UNHCR<sup>37</sup>, pertanto si tratta di un obbligo di natura dinamica ed evolutiva. La natura dinamica dello stesso può essere individuata anche nella previsione contenuta nel par. 1 dell'art. 35, laddove si sancisce l'obbligo di cooperazione degli Stati con l'UNHCR o con "ogni altro istituto delle Nazioni Unite che gli succeda". Infatti anche nel caso di un'eventuale cessazione dell'ente, tale obbligo di cooperazione continuerebbe ad essere vigente nei confronti di un ente successivo<sup>38</sup>, in quanto tale obbligo può considerarsi adempiuto nella misura in cui gli Stati parti favoriscano l'operato dell'ente in modo concreto<sup>39</sup>.

Inoltre si ricorda che l'obbligo di cooperazione con l'UNHCR discende dall'obbligo più generale di cui sono titolari gli Stati membri delle Nazioni Unite in quanto sancito dagli artt. 1, § 3; 2, § 2; 2, § 5; 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite.

Invece l'obbligo per gli Stati parti di presentare rapporti all'Alto Commissario, su richiesta dello stesso, in merito allo stato dei rifugiati, all'applicazione della Convenzione, nonché agli strumenti legislativi interni in vigore in materia di rifugiati al proprio interno, costituisce il naturale corollario alla presentazione di rapporti da parte dell'Alto Commissario all'Assemblea generale e all'ECOSOC.

Tuttavia la raccolta di informazioni da parte dell'Alto Commissario nella ricezione dei rapporti degli Stati non è stata oggetto di una esplicita obbligazione, pertanto l'Alto

---

UNHCR's task of supervising their application by imposing a treaty obligation on States Parties (1.) to respect UNHCR's supervisory power and to not hinder UNHCR in carrying out this task, and (2.) to actively co-operate with UNHCR in this regard in order to achieve an optimal implementation and harmonized application of all provisions of the Convention and its Protocol. These duties have a highly dynamic and evolutive character. By establishing a duty of States parties to cooperate with UNHCR "in the exercise of its functions", Article 35(1) CSR51 does not refer to a specific and limited set of functions but to all tasks that UNHCR has under its mandate or might be entrusted with at a given time<sup>12</sup>. Thus, the co-operation duties follow the changing role of UNHCR."

<sup>37</sup> Sul punto vedasi: ExCom, Conclusions No. 57 (XL) – 1989; ExCom, Conclusions No. 74 (XLV) – 1994; ExCom, Conclusions No. 79 (XLVII) – 1996; ExCom, Conclusions No. 81 (XLVIII) – 1997; ExCom, Conclusions No. 93 (LIII) – 2002; ExCom, Conclusions No. 108 (LIX) – 2008.

<sup>38</sup> TURK V., *UNHCR's Supervisory Responsibility*, cit., p. 143 : "The 'dynamic' character of the obligation to cooperate with the UNHCR is, to some extent, also reflected in the reference contained in Article 35 (1) to 'any other agency of the United Nations which may succeed it'. In this sense, the provision contemplates that, should the UNHCR be abolished and a successor of agency be established, states would continue to be obligated to any such future agency."

<sup>39</sup> KÄLIN W., *Le mécanisme de surveillance de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*, in CHETAIL V (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 après : bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, pp. 133-192 (136-137): "Le but premier de l'article 35 § 1 de la Convention de 1951 et de l'article II § 1 du Protocole de 1967 est donc de relier l'obligation qu'ont les Etats parties d'appliquer la Convention et le Protocole à la tâche de surveillance de leur application par le HCR, en imposant aux Etats signataires l'obligation conventionnelle (1) de respecter le pouvoir de surveillance du HCR et de ne pas entraver l'Organisation dans l'accomplissement de cette tâche, et (2) de coopérer activement avec le HCR à cet égard, afin de parvenir à une mise en œuvre optimale et harmonisée de toutes les dispositions de la Convention et de son Protocole. Ces obligations ont un caractère éminemment dynamique et évolutif.[...] Les obligations de coopération suivent ainsi l'évolution du rôle du HCR."

Commissario può sottoporre agli stessi un questionario. Questa pratica purtroppo negli ultimi anni è rimasta invalsa e poco utilizzata a causa della reticenza degli Stati parti.

Circa la posizione degli Stati terzi, che non sono parti della Convenzione, l'obbligo di cooperazione con l'Alto Commissario sussiste in quanto contenuto in altri strumenti convenzionali a carattere regionale, nonché nella sopracitata ris. n. 428 dell'Assemblea generale che include lo Statuto dell'ente in esame. In tal senso operano l'art. VIII della Convenzione OUA del 1969, la raccomandazione II (e) della Dichiarazione di Cartagena del 1984.

Dal momento che la protezione dei rifugiati è stata codificata oltre che dal sistema di Ginevra anche da numerose convenzioni regionali in materia (vedi cap. 1), si rileva che tali norme abbiano acquisito carattere consuetudinario, che anzi alcune fra queste rechino in sé elementi di norma di *jus cogens*. Tuttavia emerge il rischio latente di una frammentazione della tutela dei diritti dei rifugiati ed è pertanto necessario procedere ad una modifica degli strumenti esistenti a carattere universale, rafforzando il ruolo dell'UNHCR o attraverso un'eventuale adesione delle organizzazioni regionali al "sistema di Ginevra". Proprio per evitare di incorrere in una diversificata disciplina giuridica a tutela dei rifugiati<sup>40</sup>.

Il ruolo di protezione dell'UNHCR, secondo quanto descritto dallo stesso nelle *Note sur la protection*, può essere riassunto nell'insieme di attività volte ad assicurare "la garantie du respect des droit fondamentaux des réfugiés, ainsi que, de plus en plus, de leur sureté et de leur securité physique"<sup>41</sup>.

Nella *Note sur la protection internationale 2000*, l'UNHCR ricorda le sue attività principali funzionali al proprio ruolo attraverso: a) l'accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati, anche in caso di flussi su larga scala<sup>42</sup>; b) l'intermediazione con le autorità; c) la garanzia della sicurezza fisica; d) la protezione di donne, bambini ed anziani; e) la promozione delle procedure di asilo nelle legislazioni nazionali; f) la partecipazione alle procedure nazionali di

---

<sup>40</sup> KÄLIN W., *Le mécanisme de surveillance de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*, cit., p. 154 : "A un niveau plus pratique, les Etats peuvent envisager un renforcement des mécanismes de surveillance au niveau mondial pour contrebalancer les mécanismes régionaux émergents qui risquent de répondre aux attentes et aux problèmes purement régionaux plutôt que de préserver l'universalité de ces instruments.[...] Le fait de donner aux organisations régionales la possibilité de devenir parties à ces instruments permettrait lui aussi de préserver l'application uniforme et intégrale de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967."

<sup>41</sup> HCR, *Note sur la protection internationale*, A/AC.96/930, 7 luglio 2000, § 2.

<sup>42</sup> HCR, ExCom, Conclusion No. 22, 1981, sul punto vedasi CLARK T., *Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation*, International Journal of Refugee Law, vol. 16, n. 4, 2004, pp. 584-608 (589): "The ExCom Conclusion No. 22 confirms the application of the Convention Article 33 and 31 for a large scale influx, at least on a temporary basis."

riconoscimento dello status di rifugiati; *g*) la decisione in merito alla determinazione dello status ed infine *h*) l'assistenza legale ed il contributo ad uno sviluppo giurisprudenziale<sup>43</sup>.

## 2.2 I diritti riconosciuti ai rifugiati dalla Convenzione di Ginevra.

I diritti riconosciuti ai rifugiati dalla Convenzione di Ginevra sono i seguenti: *a*) libertà di religione (art. 4); *b*) diritto di proprietà, secondo quanto accordato agli stranieri per quanto concerne l'acquisto di proprietà immobiliari e altri diritti connessi (art. 12); *c*) diritto alla proprietà intellettuale e industriale (art. 14); *d*) diritti di associazione (art. 15); *e*) diritto di stare in giudizio (art. 16), nonché *f*) diritto al razionamento in caso di ripartizione di prodotti scarsi (art. 20); *g*) diritto all'assistenza amministrativa (art. 25); *h*) libertà di circolazione (art. 26); *i*) diritto al possesso di un documento di identità (art. 28); *j*) diritto agli stessi oneri fiscali dei cittadini dello Stato in situazioni analoghe (art. 29); *k*) diritto al trasferimento dei propri beni; *l*) diritto a non essere puniti per ingresso irregolare nel Paese di accoglimento (art. 31); *m*) divieto di espulsione (art. 32); *n*) divieto di *refoulement* (art. 33).

I diritti sopracitati consentono al rifugiato di essere equiparato quanto più possibile al cittadino dello Stato di accoglienza. Tuttavia il nocciolo duro dei diritti sanciti dalla Convenzione di Ginevra consiste nei diritti sanciti dagli artt. 32 e 33. Infatti dal momento che il principio di *non – refoulement* trova applicazione indiretta nel diritto alla vita e nel divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti (vedi *infra*), sancito da numerosi strumenti convenzionali universali e regionali, esso costituisce il caposaldo della tutela dei diritti dei rifugiati<sup>44</sup>. Tale affermazione è supportata anche dalla constatazione che il principio in esame ha acquisito carattere consuetudinario (vedi *infra*).

Inoltre il *corpus* giuridico del diritto internazionale dei rifugiati costituisce un sottoinsieme del *corpus* più ampio della tutela internazionale dei diritti umani: pertanto si devono applicare ai rifugiati anche le convenzioni universali e/o regionali in materia.

---

<sup>43</sup> Le disposizioni in esame del “sistema di Ginevra” sono state oggetto di riferimento da parte della giurisprudenza inglese (Khalif Mohamed Abdi, Corte di Appello; Adimi High Court; T vs. Secretary of State for the Home Department), olandese (Osman Egal vs. State Secretary of Justice, Court of District of the Hague).

<sup>44</sup> LAUTERPACHT SIR E., BETHLEHEM D., *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in (E. FELLER, V. TURK AND F. NICHOLSON eds.), *Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 87-177 (107): “[...] within the scheme of the 1951 Convention, the prohibition on refoulement in article 33 holds a special place. This is evident in particular from the Article 42 (1) of the Convention which precludes reservations inter alia to Article 33. The prohibition on refoulement of Article 33 is therefore a non-derogable obligation under the 1951 Convention. It embodies the humanitarian essence of the Convention.”

### **2.3 I limiti al ruolo di controllo dell'UNHCR nell'applicazione della Convenzione e nella protezione dei rifugiati.**

Tuttavia si deve precisare che l'obbligo di monitoraggio dell'applicazione della Convenzione da parte dell'ente in esame incontra un importante limite nella Convenzione stessa: infatti l'UNHCR, a differenza di altri meccanismi di controllo obbligatori, non è dotato di un organo giudiziario<sup>45</sup>.

Inoltre esistono limiti politici: infatti non tutti gli Stati collaborano nel ricevere i rifugiati nel proprio territorio. Infine si ricordano anche i limiti economici e pratici, in quanto l'ente dipende per il finanziamento delle proprie attività da Stati donatori, che perciò sono in grado di esercitare un forte condizionamento<sup>46</sup>.

A causa del persistere di alcuni limiti all'azione dell'UNHCR, nell'ultimo decennio, l'ente ha adottato una serie di iniziative volte a migliorare l'efficacia del funzionamento dello stesso. Il processo, denominato *Global Consultations on International Protection*<sup>47</sup>, che riuniva 56 Stati che compongono l'ExCom, così come 35 Stati in qualità di osservatori, nonché 15 delle maggiori organizzazioni internazionali (incluse la Commissione europea in rappresentanza dell'Unione europea; il Consiglio d'Europa; l'OUA; la Lega degli Stati arabi e l'OSA) e 40 ONG con il diritto di presentare proposte alla riunione, ha dato luogo a due risultati principali: a) una dichiarazione, adottata nel dicembre 2001, con lo scopo di riaffermare l'importanza fondamentale della Convenzione di Ginevra nonché il ruolo dell'UNHCR con il mandato di provvedere alla protezione internazionale dei rifugiati nel mondo; b) l'*Agenda for Protection*, adottata dall'Assemblea generale nel 2002. Tale documento aveva un ampio respiro, in

---

<sup>45</sup> WOUTERS K., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, cit., pp. 39-40: "The UNHCR's duty to supervise the Refugee Convention is meant to ensure the optimal and harmonised application of the Convention. In essence, the UNHCR's supervisory function is not that different from the supervisory role the United Nations Treaty Bodies have regarding human rights treaties. The problem is, however, that, contrary to UN treaty bodies, the UNHCR in its Statute or in the Refugee Convention is not provided with any specific enforcement power or tool. Neither has it any proper procedure for enforcing its supervisory role, nor has it created a strong role on its own accord."

<sup>46</sup> HUNTER M., *The Failure of Self Reliance in Refugee Settlements*, Polis Journal (University of Leeds), v. 2, 2009, pp. 1-46.

<sup>47</sup> LOESCHER G., BETTS A., MILNER J., *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): the Politics and Practice of Refugee Protection into the Twenty-first Century*, London, 2008, p. 102: "A primary concern for UNHCR has been that a significant number of refugee-hosting states, especially in Asia, have not yet signed the 1951 Convention, while a greater number of states who have signed the Convention continue to apply it in a restrictive way. A major focus of the Global Consultations process was therefore to encourage greater respect for the core instruments of the international refugee protection regime. UNHCR called upon all states to sign the 1951 Convention and for states that are party to Convention to develop better procedures to ensure its implementation. Through the Global Consultations process, UNHCR also tried to address the longstanding and difficult task of burden sharing. While the importance of international solidarity to share the costs associated with granting asylum are expressed in a range of international documents, from the Preamble of the 1951 Convention, General Assembly resolutions and a significant number of ExCom Conclusions over past 25 years, international law does not include a duty on states to engage in burden sharing."

quanto stilava una serie di priorità e di attività che dovevano essere realizzate. Tuttavia, forse a causa proprio delle sue finalità così ampie, l'*Agenda for Protection* non ha avuto esito positivo. Nel 2001, l'allora Alto Commissario, Ruud Lubbers<sup>48</sup>, ha lanciato una nuova iniziativa, la "Convention Plus". L'Alto Commissario intendeva così favorire la conclusione di nuovi accordi internazionali, volti a promuovere a) il *resettlement* come strumento di protezione quale soluzione durevole e forma concreta di *burden-sharing*<sup>49</sup>; b) un obiettivo di assistenza allo sviluppo più effettiva nei confronti dei rifugiati sia negli Stati di accoglienza che nei propri Stati di origine; c) una maggiore chiarezza di responsabilità degli Stati in caso di movimenti secondari irregolari di rifugiati, ovvero nel caso di rifugiati che si muovono in modo irregolare da un primo Stato di rifugio ad un altro.

Il lavoro di negoziato finalizzato alla conclusione di questi accordi è stato affidato a cinque Stati: il Canada per il *resettlement*, la Danimarca e il Giappone per l'assistenza allo sviluppo, il Sud Africa e la Svizzera per i movimenti irregolari secondari. Ciascuno di questi Stati aveva il compito di coordinare le discussioni ed eventuali delibere con un gruppo di altri Stati interessati, assicurando che le ONG fossero in grado di esprimere la propria opinione. Tuttavia tale processo è fallito nel novembre 2005 e gli accordi programmati non sono stati purtroppo mai conclusi. Il motivo del fallimento della "Convention Plus" deve probabilmente essere individuato nei contenuti troppo specifici degli accordi che si sarebbero dovuti concludere, in quanto si è perso di vista il contesto più generale del sistema di Ginevra, al quale ancora non partecipano alcuni Stati della comunità internazionale<sup>50</sup>.

L'attuale Alto Commissario, Antonio Guterres, eletto il 15 giugno 2005, si è orientato verso un approccio globale al problema dei rifugiati, con un'estensione delle competenze *ratione personae* anche agli sfollati, IDPs<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> UNHCR, Progress Report: Convention Plus (FORUM/2005/6), available at <http://www.unhcr.org/4371c24c2.html>: "At the first meeting of the Forum in 2003, High Commissioner Ruud Lubbers described Convention Plus as a means to "promote a convergence of interests between cash donors and host countries, between countries of origin, countries providing protection in regions of origin, and countries further away which have a stake in solving refugee problems"."

<sup>49</sup> ZIECK M., *Doomed to Fail from the Outset? UNHCR's Convention Plus Initiative Revisited*, IJRL, v. 21, n. 3, pp. 387-420 (398): "'Burden-sharing' in the context of refugee law is usually related to the uneven distribution of refugees populations in the world and the consequent uneven division of corresponding obligations: some states are called upon to host massive refugee populations, other none."

<sup>50</sup> ZIECK M., *Doomed to Fail from the Outset? UNHCR's Convention Plus Initiative Revisited*, cit., p. 419: "Instead of addressing the cause and identifying an appropriate remedy in a universal instrument that would build upon and supplement the 1951 Convention, the Convention Plus initiative lost itself in highly specific issues, most likely on account that Agenda for Protection, with its emphasis on the need to solve protracted refugee situations, without explanation as to how those specifics would contribute to an effective system of global burden-sharing (the focus on specific refugee situations could not be expected to yield the requisite fundamental analysis or substitute for such analysis either)."

<sup>51</sup> LOESCHER G., BETTS A., MILNER J., *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): the Politics and Practice of Refugee Protection into the Twenty-first Century*, cit., pp.118-119.

### 3. Il principio di *non-refoulement* secondo l'UNHCR.

L'UNHCR ha spesso fatto riferimento al principio di *non-refoulement*, in modo piuttosto significativo, contribuendo alla definizione giuridica di esso quale norma consuetudinaria<sup>52</sup>. Infatti il suo contributo si muove su un doppio binario: le *Conclusions* dell'ExCom e i pareri dell'ente in esame.

#### *a) Il principio di non-refoulement nelle Conclusions dell'Executive Committee (EXCOM).*

Infatti già a partire dalla *Conclusion*<sup>53</sup> n. 6 (XXVIII) del 1977, l'ExCom<sup>54</sup> affermava l'importanza dell'osservanza di tale principio sia al confine che sul territorio dello Stato nei

---

<sup>52</sup> LEWIS C., *UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution*, International Journal of Refugee Law, vol. 17, 2005, pp. 67-90 (86-87): "UNHCR has played a key role in the evolution of the *non-refoulement* principle from a fundamental principle to a rule that has become firmly entrenched in customary international law. [...] UNHCR's work relating to *non-refoulement* occurs in several domains. From a practical standpoint, UNHCR voices to states' representatives, both formally and informally, its objections to occurrences of *refoulement* and has expressed its general objections and concern in numerous Annual Reports submitted to the General Assembly and in Notes on International Protection submitted to EXCOM and the General Assembly. UNHCR has been instrumental in ensuring that a provision on *non-refoulement* is included in a General Assembly resolution on an annual basis. In particular, UNHCR drafts the omnibus General Assembly resolutions in which the endorsements of the principle of *non-refoulement* are contained. General Assembly resolutions have affirmed the fundamental nature of the principle of *non-refoulement*, requested states to respect the principle, and expressed concern s about violations of the principle. Although General Assembly resolutions are not binding form a legal standpoint, they may be pronouncements of customary law principles, may help to influence state practice, and may serve as evidence of *opinio juris*."

<sup>53</sup> VIBEKE EGGLI A., *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, cit., p. 164: "As a source of international law and interpretation, conclusions from EXCOM are formally non-binding and their significance may therefore more precisely be viewed as reiterations of existing law principles or, alternatively, as recommendations from EXCOM Member States to the world community of states and member states of the 1951 Refugee Convention."

<sup>54</sup> WOUTERS K., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, cit., p. 44-45: "The Executive Committee was established in 1958 by the United Nations Economic and Social Council at the request of the United Nations General Assembly. The Executive Committee is formally independent of the UNHCR. Officially, the Executive Committee has the competence to advise the High Commissioner, at his request or in the exercise of its statutory functions, on the appropriateness of providing international assistance in order to solve specific refugee problems. The Executive Committee also determines the general policies under which the High Commissioner plans, develops and administers its programmes and projects, has the authority to make changes to them and approves the UNHCR budget. [...] The EXCOM Conclusions are published and form an important source of information on how to interpret and apply the Refugee Convention. The Executive Committee's Conclusions on International Protection are legally binding neither on the Member States of the Executive Committee nor on the States parties to the Refugee Convention or Refugee Protocol. [...] According to the UNHCR the Conclusions 'constitute a clear manifestation of the refugee law in its developing stage'. [...] When addressing States – both States that are party to the Refugee Convention and/or Refugee Protocol and those that are not – it more often tries to guide them in implementing the Convention rather than to create specific binding norms."

confronti di persone che potrebbero essere sottoposte a persecuzioni se rinviate nello Stato di origine, a dispetto del formale riconoscimento dello status di rifugiato<sup>55</sup>.

Nel 1979, l'ExCom ha riconosciuto il principio di *non-refoulement* quale principio generale<sup>56</sup>, quindi nel 1982 ha stabilito che esso sta progressivamente acquisendo valore di norma imperativa del diritto internazionale, "the principle of *non-refoulement* which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law" [ExCom, Conclusions No. 25 (XXXIII)].

Infatti proprio il principio in esame insieme con le norme a tutela dei rifugiati costituiscono il caposaldo della protezione internazionale dei rifugiati: "[...] thus constitute the corner-stone of international protection" [ExCom, Conclusion No. 42 (XXXVII) – 1986].

Pertanto tale principio non può essere derogato<sup>57</sup> e piuttosto deve essere applicato anche ai richiedenti asilo clandestini "stowaway asylum-seekers"<sup>58</sup>, che devono essere protetti da un ritorno forzato nel loro Stato di origine.

Inoltre l'ExCom ricorda che un approccio più ampio [*"a comprehensive approach"*] alla protezione internazionale dei rifugiati include il rispetto di tutti i diritti umani, il rispetto del principio in esame, nonché l'accesso, coerente con le disposizioni della Convenzione di Ginevra e del suo Protocollo, da parte di tutti i richiedenti asilo a procedure eque ed efficaci per il riconoscimento dello status o di altra protezione umanitaria; il non respingimento alla frontiera senza l'accesso a tali procedure; l'eventuale asilo ed un'adeguata assistenza materiale ed infine l'individuazione di soluzioni durevoli che riconoscano la dignità umana<sup>59</sup>.

Alla luce di tale approccio, l'ExCom ha in seguito affermato che la norma che sancisce il divieto di *refoulement* è uno strumento importante di tutela internazionale che si rivolge a

---

<sup>55</sup> UNHCR EXCOM, 'Non-refoulement', Conclusion No. 6 (XXVIII), 1977: "(c) Reaffirms the fundamental importance of the observance of the principle of non-refoulement 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."

<sup>56</sup> ExCom, Conclusion No. 15 (XXX) – 1979: "(b) Action whereby a refugee is obliged to return or is sent to a country where he has reason to fear persecution constitutes a grave violation of the recognized principle of *non-refoulement*."

<sup>57</sup> ExCom, Conclusion No. 79 (XLVII) – 1996: "(i) *Distressed* at the widespread violations of the principle of *non-refoulement* and of the rights of refugees, in some cases resulting in loss of refugee lives, and seriously disturbed at reports indicating that large numbers of refugees and asylum-seekers have been *refouled* and expelled in highly dangerous situations; recalls that the principle of *non-refoulement* is not subject to derogation."

<sup>58</sup> ExCom, Conclusion No. 53 (XXXIX) – 1988: "(1) Like other asylum-seekers, stowaway asylum-seekers must be protected against forcible return to their country of origin."

<sup>59</sup> ExCom, Conclusion No. 81 (XLVIII) – 1997: "(h) *Reaffirms* Conclusion No. 80 (XLVIII), and notes that a comprehensive approach to refugee protection 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 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."

tutte le persone in difficoltà che si trovano al di fuori del proprio Stato di origine e che possono richiedere la protezione dell'UNHCR, pur non rientrando nella definizione di rifugiato *ex* Convenzione di Ginevra e/o del suo Protocollo<sup>60</sup>.

b) *Il principio di non-refoulement nei pareri dell'UNHCR.*

L'ente in esame ha quindi ribadito l'applicazione extraterritoriale del principio di *non-refoulement*, infatti nel parere *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of the Principle of Non-Refoulement*<sup>61</sup>, l'Alto Commissario esaminando gli strumenti internazionali che contemplano il principio di *non-refoulement*, ricorda che una interpretazione diversa dell'art. 33, § 1, della Convenzione di Ginevra, volta a limitare le misure degli Stati parti, che, agendo al di fuori del proprio territorio, procedono al rimpatrio o trasferimento di rifugiati, sarebbe in evidente contrasto con l'oggetto e lo scopo a carattere umanitario della stessa Convenzione e del suo Protocollo<sup>62</sup>.

Infatti, risulta dalla pratica degli Stati parti, attraverso numerose conclusioni dell'ExCom, che molta attenzione è attribuita al principio in esame, a dispetto del fatto che il richiedente asilo si trovi nel territorio dello Stato interessato.

L'Alto Commissario ha ricordato un importante commento del Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the ICCPR*, in cui lo stesso Comitato ha affermato che gli Stati parti sono tenuti a rispettare e garantire i diritti che discendono dallo stesso Patto a tutte le persone che si trovino nel proprio territorio o sotto la propria giurisdizione<sup>63</sup>. Così come ha citato la stessa Corte

---

<sup>60</sup> ExCom, Conclusion No. 103 (LVI) – 2005: “m) *Affirms* that relevant international treaty obligations, where applicable, prohibiting *refoulement* represent important protection tools to address the protection needs of persons who are outside their country of origin and who may be of concern to UNHCR but who may not fulfil the refugee definition under the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol; and *calls upon* States to respect the fundamental principle of *non-refoulement*.”

<sup>61</sup> Sul punto vedasi inoltre UNHCR, *Protection Policy Paper, Maritime Interception Operations and the Processing of International Protection Claims: Legal Standards and Policy Considerations with Respect to Extraterritorial Processing*, November 2010.

<sup>62</sup> 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*, *European Human Rights Law Review*, vol. 12, 2007, pp. 483-503 (497): “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.”

<sup>63</sup> CCPR Committee, *General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant: 26/05/2004. 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 [...]”

internazionale di giustizia che, nel suo parere *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ha osservato che “while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory”<sup>64</sup>. A tale proposito si ricorda che in seguito la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto nel *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*<sup>65</sup> la responsabilità dell’Uganda per le azioni perpetrate dalle proprie forze militari nel territorio della Repubblica Democratica del Congo in quanto lesive degli obblighi che discendono dalle norme di diritto internazionale dei diritti umani e di diritto umanitario, applicabili in simili circostanze.

Nell’importante parere citato, l’Alto Commissario riporta inoltre quanto affermato dal Comitato delle Nazioni Unite contro la Tortura e dalle corti regionali circa il concetto esteso di giurisdizione<sup>66</sup>. In tal senso la Corte europea si è espressa nei casi *Banković e altri c. Belgio e altri* § 59<sup>67</sup>, *Loizidou c. Turchia* § 52<sup>68</sup>, *Issa c. Turchia* § 71<sup>69</sup>, *Ilaşcu e altri c. Moldova e Russia*<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 July 2004, § 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. Thus, the Committee has found the Covenant applicable where the State exercises its jurisdiction on foreign territory. [...]”

<sup>65</sup> ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, 19 December 2005, § 180: “The Court notes that Uganda at all times has responsibility for all actions and omissions of its own military forces in the territory of the DRC in breach of its obligations under the rules of international human rights law and international humanitarian law which are relevant and applicable in the specific situation.”

<sup>66</sup> KLUG A., HOWE T., *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non – refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, in *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (edited by B. RYAN and V. MITSILEGAS), Leiden, 2010, pp. 69-101 (73): “Within its territory, a sovereign State is entitled to exercise domestic jurisdiction limited only by rules of international law. The three classical forms of jurisdiction are: prescriptive jurisdiction, adjudicative jurisdiction and enforcement jurisdiction.”

<sup>67</sup> ECHR, *Case Banković and others v. Belgio*, [GC], 12 December 2001, Appl. no. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, § 59: “As to the “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States.” Sul punto vedasi GONDEK M., *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, *Netherlands International Law Review*, vol. III, 2005, pp. 349-387.

<sup>68</sup> ECHR, *Case Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, [GC], 23 March 1995, Appl. no. 15318/89, Court, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, § 52 : “As regards the question of imputability, the Court recalls in the first place that in its above-mentioned Loizidou judgment (preliminary objections) (pp. 23-24, para. 62) it stressed that under its established case-law the concept of “jurisdiction” under Article 1 of the Convention (art. 1) is not restricted to the national territory of the Contracting States. Accordingly, the responsibility of Contracting States can be involved by acts and omissions of their authorities which produce effects outside their own territory. Of particular significance to the present case the Court held, in conformity with the relevant principles of international law governing State responsibility, that the responsibility of a Contracting Party could also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out

La Corte europea, infatti, ha seguito un approccio dinamico e flessibile<sup>71</sup> del concetto di giurisdizione, al fine di garantire in modo pieno ed effettivo i diritti sanciti dalla CEDU.

A partire infatti dal caso *Banković e altri c. Belgio*, la Corte europea accorda alla giurisdizione di uno Stato una competenza certamente territoriale “primarily territorial”, senza escluderne una competenza extraterritoriale, che tuttavia incontra dei limiti nell’esercizio dei diritti sovrani di altri Stati.

Nel caso *Loizidou c. Turchia*, la Corte europea attribuisce la responsabilità di uno Stato per atti compiuti da propri organi al di fuori del territorio dello stesso. Infatti, richiamando i principi che disciplinano la responsabilità internazionale degli Stati, la Corte riconosce l’insorgenza della responsabilità di uno Stato se le sue truppe esercitano un controllo effettivo di un’area al di fuori del proprio territorio nazionale. Tale controllo deve essere esercitato direttamente dalle proprie truppe o attraverso una amministrazione locale ad esse sottoposta.

In tale circostanza, la Corte ritiene che la responsabilità dello Stato derivi dall’art. 1 della Convenzione europea, che non può essere interpretato in modo da consentire ad uno Stato parte di compiere violazioni della stessa Convenzione – che non commetterebbe nel proprio territorio – nel territorio di un altro Stato (caso *Issa c. Turchia*).

---

in the Convention, derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration (see the above-mentioned *Loizidou* judgment (preliminary objections), *ibid.*.)”

<sup>69</sup> ECHR, Case *Issa v. Turkey*, 16 November 2004, Appl. no. 31821/96, Court, § 71: “Moreover, a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State’s authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully - in the latter State (see, *mutatis mutandis*, *M. v. Denmark*, application no. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, DR 73, p. 193; *Illich Sanchez Ramirez v. France*, application no. 28780/95, Commission decision of 24 June 1996, DR 86, p. 155; *Coard et al. v. the United States*, the Inter-American Commission of Human Rights decision of 29 September 1999, Report No. 109/99, case No. 10.951, §§ 37, 39, 41 and 43; and the views adopted by the Human Rights Committee on 29 July 1981 in the cases of *Lopez Burgos v. Uruguay* and *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, nos. 52/1979 and 56/1979, at §§ 12.3 and 10.3 respectively). Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory (*ibid.*)”

<sup>70</sup> ECHR, Case of *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, [GC], 8 July 2004, Appl. no. 48787/99, § 333: “The Court considers that where a Contracting State is prevented from exercising its authority over the whole of its territory by a constraining *de facto* situation, such as obtains when a separatist regime is set up, whether or not this is accompanied by military occupation by another State, it does not thereby cease to have jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention over that part of its territory temporarily subject to a local authority sustained by rebel forces or by another State. Nevertheless, such a factual situation reduces the scope of that jurisdiction in that the undertaking given by the State under Article 1 must be considered by the Court only in the light of the Contracting State’s positive obligations towards persons within its territory. The State in question must endeavour, with all the legal and diplomatic means available to it *vis-à-vis* foreign States and international organisations, to continue to guarantee the enjoyment of the rights and freedoms defined in the Convention.”

<sup>71</sup> GONDEK M., *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, cit., p. 369: “The *Ilaşcu* reference to the reduction of the scope of jurisdiction seems to confirm that jurisdiction is a flexible concept and that depending on the extent of state control the person can be within the jurisdiction to a certain extent, not necessarily with regard to all Convention rights and full scale of state human rights obligations.”

Anche nel caso in cui uno Stato parte non sia in grado di esercitare piena sovranità sul proprio territorio a causa di una situazione *de facto*, che la impedisce (ad es. un'occupazione militare), lo Stato parte non cessa di esercitare la sua giurisdizione, secondo quanto previsto dall'art. 1 della Convenzione europea, sulla parte di territorio temporaneamente soggetta ad un'autorità locale sostenuta da forze ribelli o da un altro Stato.

Sebbene questa situazione possa comportare una compressione della giurisdizione dello Stato in questione, essa non esonera lo stesso dagli obblighi positivi che discendono dall'art. 1 e perciò tale Stato dovrà garantire, attraverso ogni mezzo giuridico e diplomatico ad esso disponibile nei confronti di Stati esteri o di organizzazioni internazionali, il godimento dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzione (caso *Ilașcu e altri c. Moldova e Russia*).

Inoltre, nell'eventualità di una compressione della giurisdizione di uno Stato, lo Stato, pur derogando alcuni diritti della Convenzione (art. 15), è tenuto a garantire un nocciolo duro di diritti tra i quali figurano il diritto alla vita (art. 2), il divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti (art. 3), il divieto di schiavitù e servitù (art. 4 § 1), l'irretroattività della legge penale ovvero *nullum crimen sine lege* (art. 7) (vedi *infra*).

Allo stesso modo anche la Commissione interamericana nel caso *Coard c. Stati Uniti*, § 37<sup>72</sup> si è pronunciata in merito ad un concetto esteso di giurisdizione.

In tal senso la giurisprudenza citata fonda le sue argomentazioni in merito ad un'estensione del concetto di giurisdizione su un approccio coerente con la protezione dei diritti umani<sup>73</sup>.

Pertanto l'Alto Commissario conclude affermando che “the 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,

---

<sup>72</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Case *Coard et al. v. United States*, Case 10.951, Report N° 109/99, 29 September 1999, § 37: “While the extraterritorial application of the American Declaration has not been placed at issue by the parties, the Commission finds it pertinent to note that, under certain circumstances, the exercise of its jurisdiction over acts with an extraterritorial locus will not only be consistent with but required by the norms which pertain. The fundamental rights of the individual are proclaimed in the Americas on the basis of the principles of equality and non-discrimination – ‘without distinction as to race, nationality, creed or sex.’ Given that individual rights inhere simply by virtue of a person's humanity, each American State is obliged to uphold the protected rights of any person subject to its jurisdiction. While this most commonly refers to persons within a state's territory, it may, under given circumstances, refer to conduct with an extraterritorial locus where the person concerned is present in the territory of one state, but subject to the control of another state – usually through the acts of the latter's agents abroad. In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether, under the specific circumstances, the State observed the rights of a person subject to its authority and control.”

<sup>73</sup> KLUG A., HOWE T., *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non – refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, in *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, cit., p. 88: “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.”

given the similar nature of the obligations and the object and purpose of the treaties which form their legal basis”<sup>74</sup>.

Infatti nella posizione dell’UNHCR, uno Stato è vincolato all’obbligo di *non-refoulement* (art. 33, § 1) e quindi a non respingere i richiedenti asilo a rischio di persecuzione fin dove tale Stato eserciti effettivamente la propria giurisdizione<sup>75</sup>: “the decisive criterion 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”<sup>76</sup>.

Tuttavia in un’interessante comunicazione, *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*<sup>77</sup>, il Comitato dei Diritti dell’Uomo ha sottolineato che nella giurisdizione dello Stato rientra persino un fatto illecito che sia stata compiuto, anche al di fuori del territorio dello stesso, da un individuo della sua nazionalità. Pertanto rileva il legame effettivo tra l’individuo e lo Stato per l’insorgere di una eventuale responsabilità dello stesso Stato, *ovunque la violazione abbia luogo*.

Pur ricordando il mancato carattere vincolante delle comunicazioni del Comitato, si evidenzia l’importanza del legame tra individuo e Stato quale elemento di diretta imputazione di responsabilità allo Stato per atti commessi da un individuo, in quanto organo di fatto<sup>78</sup>.

Il concetto di organo<sup>79</sup> di fatto di uno Stato nella commissione di un fatto illecito presuppone l’esistenza di un legame tra questo e lo Stato al quale si imputa la responsabilità di tale illecito, che va individuato nell’“effettiva integrazione dell’individuo agente all’interno della struttura reale dello Stato”<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> 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* cit., § 42, p. 503.

<sup>75</sup> LAUTERPACHT SIR E., BETHLEHEM D., *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, cit., p. 109: “In principle, subject to the particular facts in issue, the prohibition on *refoulement* will therefore apply to circumstances in which organs of other States, private undertakings (such as carriers, agents responsible for checking documentation in transit, etc.) or other persons act on behalf of a Contracting State or in exercise of the governmental activity of other State.”

<sup>76</sup> UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non - Refoulement*, cit., § 43, p. 503.

<sup>77</sup> Case *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, CCPR/C/13/D/52/1979, UN Human Rights Committee (HRC), 29 July 1981, § 12.2: “The reference in article 1 of the Optional Protocol to “individuals subject to its jurisdiction” does not affect the above conclusion because the reference in that article is not to the place where the violation occurred, but rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred”.

<sup>77</sup> UN High Commissioner.

<sup>78</sup> MONACO R., CURTI GIALDINO C., *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009.

<sup>79</sup> PALCHETTI P., *L’organo di fatto dello Stato nell’illecito internazionale*, Milano, 2007, p. 2: “Il concetto di organo rinvia all’idea dello Stato come ente reale organizzato. La specificità del vincolo che unisce l’organo allo Stato e che distingue l’individuo-organo dagli altri individui può appunto essere ravvisata, in prima approssimazione, nell’appartenenza dell’organo all’organizzazione dello Stato. L’esistenza della qualità di organo in capo all’individuo presuppone quindi che si sia riusciti ad accertare l’effettiva appartenenza di questo all’organizzazione dello Stato. [...] Occorre, infatti, ancora stabilire quali siano le condizioni in presenza delle quali un individuo può essere considerato come facente parte dell’organizzazione dello Stato ai fini dell’attribuzione.”

<sup>80</sup> PALCHETTI P., *L’organo di fatto dello Stato nell’illecito internazionale*, cit., p. 16.

In tal senso, alcuni autori (Palchetti cit., Salerno<sup>81</sup>) non sono unanimi né nella definizione di organo di fatto né in merito al principio di effettività, tuttavia adottare questo principio consentirebbe di poter disciplinare situazioni di fatto, altrimenti difficilmente disciplinabili secondo un approccio normativo.

Infatti il contenuto del legame che unisce l'individuo-organo allo Stato non deve essere ricercato nella mera funzione di controllo quanto piuttosto nel requisito dell'effettività che soggiace alla relazione individuo-organo e Stato, secondo alcuni criteri come "il tipo di funzione svolta, il luogo dove il fatto illecito è stato commesso, la posizione rispetto all'organizzazione di governo dello Stato, l'esistenza, prima o dopo il fatto illecito, di un legame formale di diritto interno tra l'individuo agente e lo Stato"<sup>82</sup>.

In merito al concetto di organo, riportando il contenuto dell'art. 4<sup>83</sup> del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti (v. *supra*), si attribuisce allo Stato qualunque condotta di un proprio organo, se tale organo esercita funzioni legislative, esecutive giudiziarie o qualunque altra funzione, a prescindere dalla posizione che esso riveste nell'organizzazione dello Stato e dall'appartenenza dello stesso al governo centrale oppure ad un ente territoriale dello Stato stesso. Per organo deve perciò intendersi ogni persona o entità che abbia tale status secondo le disposizioni del diritto interno dello Stato.

Pertanto, secondo l'art. 5 del Progetto di articoli, la condotta di una persona o di un ente che non è un organo dello Stato, secondo le previsioni dell'art. 4, ma che è autorizzato dalla legge di questo ad esercitare elementi di autorità governativa, dovrà essere considerata come un atto dello Stato secondo il diritto internazionale, previsto che la persona o ente stia agendo secondo tali qualità in quella particolare circostanza.

A questo proposito sempre nel Progetto di articoli, la Commissione di diritto internazionale<sup>84</sup>, in base all'art. 8<sup>85</sup>, attribuisce la responsabilità allo Stato per comportamenti tenuti dal singolo

---

<sup>81</sup> SALERNO F., *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana*, RDI, fasc. 4, 2009, pp. 921-958.

<sup>82</sup> PALCHETTI P., *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, cit., pp. 182-202.

<sup>83</sup> Cfr. Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Art. 4: "1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State. 2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State."

<sup>84</sup> PALCHETTI P., *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, cit., p. 21: "Come è implicito in tale distinzione, il termine 'organo' non è usato dalla Commissione per indicare ogni individuo il cui comportamento è da considerare come proprio dello Stato. Esso serve piuttosto ad indicare uno specifico criterio di attribuzione. In questo senso, organi sono soltanto coloro che sono legati allo Stato da un particolare tipo di vincolo. L'esistenza di un legame organico non è tuttavia il solo criterio in base al quale una certa condotta di individui può essere considerata come propria dello Stato. L'attribuzione allo Stato si giustifica anche in presenza di altre forme di collegamento tra la condotta dell'individuo e lo Stato."

<sup>85</sup> Cfr. Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, art. 8: "The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is

o da un gruppo di persone se costoro agiscono secondo le istruzioni o il controllo di tale Stato<sup>86</sup>.

La responsabilità dello Stato emerge anche nel caso di successivo riconoscimento della condotta illecita come propria, secondo quanto affermato dall'art. 11<sup>87</sup> dello stesso Progetto.

Ci si chiede perciò se sia possibile, data l'assenza di una previsione di un limite geografico nel concetto di giurisdizione, invocare la responsabilità di uno Stato anche in alto mare, nel caso in cui un suo organo, anche di fatto, non presti soccorso a persone che si trovino su imbarcazioni in difficoltà o che siano in mare. Infatti, in questa ipotesi, applicando il principio di effettività, lo Stato è tenuto a salvare le persone in difficoltà, sebbene non sia obbligato ad

---

in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.” Sul contenuto dell'art. 8 del Progetto di articoli vedi BARTOLINI G., *Il concetto di “controllo” sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.L.), Milano, 2006, pp. 25-52 (38, 39, 40): “I tre criteri di controllo nell'attuale art. 8 del Progetto (istruzioni, direzione e controllo) – necessari per far considerare il comportamento di una persona o di un gruppo come atto dello Stato ai sensi del diritto internazionale – sembrano utilizzabili in modo disgiunto, essendo pertanto sufficiente l'accertamento di uno solo di tali indicatori per determinare la trasformazione di privati in organi di fatto dello Stato. Pertanto, seguendo tali indicazioni, la possibilità di utilizzare il criterio di «controllo», che ovviamente si caratterizza per essere il criterio più elastico fra quelli impiegati nel testo dell'articolo, potrebbe sussistere, non solo in relazione ad attività di gruppi organizzati, secondo la ricostruzione espressamente fornita dal caso *Tadić*, ma anche in relazione a fattispecie in cui sono coinvolti singoli individui o gruppi non organizzati. [...] Risulta infatti difficile ipotizzare situazioni in cui gli Stati forniscano aiuti di una certa entità, di carattere logistico, finanziario, ecc., a singoli privati in assenza di un piano strategico prestabilito e finalizzato al raggiungimento di obiettivi preventivamente definiti.”

<sup>86</sup> SALERNO F., *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana* cit., pp. 942-943: “Nel suo originario art. 8, Ago faceva rientrare la condotta del privato che in situazioni concrete svolgesse «di fatto» pubbliche funzioni al di fuori del suo inquadramento istituzionale. Dichiaratamente, Ago intendeva recuperare la figura amministrativa del funzionario «di fatto». Con tale espressione, la giuspubblicistica tanto continentale che britannica si riferiva (e continua a farlo) all'individuo che ricopre senza titolo formale ed in buona fede (oppure volutamente usurpando) un ufficio pubblico comunque preconstituito, legittimandone l'operare per ragioni di interesse generale da esso perseguito in situazione di necessità, vuoi dell'affidamento che terzi a loro volta in buona fede hanno riposto rispetto ad atti «apparentemente» pubblici posto in essere dal funzionario «di fatto». Ago circoscriveva debitamente l'impiego di questa categoria: «The notion of the *de facto* official presupposes the existence of a government in office and of a State machinery serving it». E difatti il percorso di imputazione del funzionario di fatto non può mai attagliarsi a chi operi in contrasto con l'ordinamento giuridico, dal momento che la sua figura si fonda semplicemente sulla presunzione giuridica che il privato abbia assunto pubbliche funzioni in un «vuoto» dell'apparato istituzionale, se non nel suo momentaneo collasso.”

<sup>87</sup> Cfr. Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, art. 11: “Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.” Sul contenuto dell'art. 11 del Progetto vedi SAVARESE E., *Fatti di privati e responsabilità dello Stato tra organo di fatto e “complicità” alla luce di recenti tendenze della prassi internazionale*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, cit., pp. 63-64: “Per quanto attiene al primo aspetto, e cioè all'art. 11 del Progetto, esso prende in considerazione l'ipotesi nella quale il ruolo dello Stato in relazione all'atto del privato è successivo alla commissione di quest'ultimo e si materializza in un «riconoscimento» di esso, esplicito o implicito, determinativo della responsabilità dello Stato per quell'atto con effetto retroattivo. A noi pare che [...] la formulazione dell'art. 11 consenta la considerazione di elementi tipicamente riconducibili alla categoria della complicità e, significativamente, non definiti alla luce della nozione di organo di fatto. Ciò, si badi, nei limiti in cui si ritenga di attribuire alla «ratifica» significato ed effetti specifici, esigendo che l'approvazione *ex post* si concretizzi in un contributo, materiale ed effettivo, che consenta all'individuo o al gruppo la continuazione dell'illecito o la commissione di altri illeciti.”

accoglierle in un momento successivo, e a procedere con l'identificazione per individuare eventuali richiedenti asilo. Il mancato adempimento di questa procedura dà luogo ad una violazione del principio di *non – refoulement* in esame<sup>88</sup>.

Coerentemente con questo approccio, nel parere del 31 gennaio 1994 in risposta ad un quesito postogli da parte della Corte costituzionale tedesca della Repubblica Federale di Germania, *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*, l'Alto Commissario, riconoscendo la funzione di monitoraggio dell'applicazione del sistema di Ginevra, ha affermato che il proprio operato si estende sia ai rifugiati che si trovino all'interno del territorio di uno Stato sia ai richiedenti che si trovino sulle frontiere di uno Stato. Pertanto il principio di *non – refoulement* ha acquisito un sicuro valore consuetudinario<sup>89</sup>.

Infatti nella *Note on International Protection*<sup>90</sup> (1994), l'UNHCR, prendendo atto del rinnovato rispetto del principio di *non-refoulement* da parte di organizzazioni regionali, dalle legislazioni di molti Stati, ha riconosciuto tale principio la più importante previsione normativa della Convenzione di Ginevra, pietra angolare della protezione internazionale.

---

<sup>88</sup> STOYANOVA V., *The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory*, cit., p. 8: "Asylum-seekers in distress on the high seas have to be rescued; however, it is not clear who should take responsibility for them after their rescue. There is no provision in international maritime law to stipulate where the rescued asylum-seeker can disembark from the ship which has rescued them. States are obliged not to return asylum-seekers to the frontiers of territories where their lives or freedom might be threatened. No state, nevertheless, has the positive obligation to accept them. It is not clear which state is responsible to review their applications for asylum. Without procedure aimed at identifying the refugees, the observance of *non-refoulement* cannot be ensured.

<sup>89</sup> 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, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/437b6db64.html>: "4. In the exercise of his supervisory function under paragraph 8 of the Statute of his Office, combined with Article 35 of the 1951 United Nations Refugee Convention and Article II of the 1967 Refugee Protocol, 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 by the High Commissioner has related both to refugees within a State's territory and also to refugees seeking asylum at a State's frontiers. It 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."

<sup>90</sup> UNHCR, *Note on International Protection*, 7 September 1994, A/AC.96/830, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f0a935f2.html>: "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. UNHCR plays a central role in this international framework, with responsibility under its Statute for promoting and supervising the application of international conventions for the protection of refugees, with the corresponding responsibility of States Parties, under Article 35 of the Convention and Article II(1) of the Protocol, to cooperate with the Office in the exercise of its functions."

In seguito, nella *Note on the Principle of Non-Refoulement*<sup>91</sup> (1997), l'ente in esame ricorda che il riconoscimento del valore consuetudinario di tale principio è stato confermato anche dalla prassi degli Stati, che hanno provveduto ad incorporarlo in numerosi trattati adottati a livello universale e regionale (vedi cap. 1, paragrafo 3, *supra*) oltre che ribadito dalle molteplici conclusioni dell'ExCom e delle risoluzioni dell'Assemblea generale. Oltre agli strumenti dove è direttamente esaminato, si rilevano anche le convenzioni regionali che lo tutelano indirettamente nel divieto di tortura (vedi cap. 3 *infra*).

Le misure di *refoulement* sono numerose ed includono espulsione/deportazione, rimpatrio di rifugiati negli Stati di origine o in Paesi terzi a rischio, recinti elettrici per evitare l'ingresso, non ammissione dei richiedenti asilo clandestini, *push – offs* delle imbarcazioni in arrivo o interdizione alla navigazione in alto mare. Tali misure possono essere applicate anche in caso di estradizione.

Ogni qualvolta i rifugiati o i richiedenti asilo che possono in seguito acquisire lo status di rifugiato sono soggetti direttamente o indirettamente ad una qualsiasi delle misure di rinvio, che si tratti di rifiuto, espulsione o altra, verso il territorio di uno Stato dove la sua vita o libertà sono in pericolo, si assiste ad una violazione del principio di *non-refoulement*<sup>92</sup>.

Nel suo ultimo rapporto *Note sur la protection internationale*<sup>93</sup> (2009), l'Alto Commissario, illustrando i contenuti della attuale protezione internazionale nonché i suoi limiti, a causa di fattori ambientali e di conflitti in atto, afferma nuovamente che il principio di *non-refoulement*

---

<sup>91</sup> UNHCR, *Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997 (Prepared for the EU Seminar on the Implementation of the 1995 EU Resolution on Minimum Guarantees for Asylum Procedures, which took place in Luxembourg on 4 and 5 November 1997), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/438c6d972.htm>: “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.”

<sup>92</sup> UNHCR, *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, cit. : “D) Measures of *refoulement* are various and include 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. Whenever 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. Furthermore, having regard to the nature and purpose of the principle, it also applies to extradition. Indeed, the protection of a refugee cannot be regarded as complete unless he or she is also protected against extradition to a country where he or she has reason to fear persecution. Insofar as their actual wording is concerned, statements of the principle of *non-refoulement* figuring in various international instruments are wide enough to cover extradition. This applies in particular as regards the wording of Article 33 (1) of the 1951 Convention. Most extradition conventions also foresee a safeguard against extradition to countries of persecution.”

<sup>93</sup> UNHCR, *Note on International Protection*, A/AC.96/1066, 26 June 2009, available at <http://www.unhcr.org/refworld/type,UNHCRNOTES,,,4a5c594d3c,0.html>.

è “un principe fondamental et bien reconnu du droit internationale”<sup>94</sup>. Inoltre ribadisce che i rimpatri forzati dei richiedenti asilo e migranti, avvenuti senza una previa valutazione dei propri bisogni di protezione internazionale ed in modo reiterato, con particolare riferimento agli arrivi illegali, costituiscono una violazione di tale principio (§ 20)<sup>95</sup>.

L’Alto Commissario riporta inoltre la necessità di rafforzare l’operatività della Convenzione di Ginevra, in quanto gli ordinamenti interni degli Stati parti si sono rivelati inefficaci nel tradurre sul piano interno, attraverso apposite leggi sul diritto di asilo, le disposizioni che discendono dalla Convenzione. Tra le buone prassi Egli ricorda il Nicaragua, la Repubblica di Corea, la Liberia, mentre per quanto concerne l’Unione europea, pur riconoscendo l’importanza dell’adozione del Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo (adottato il 15 ottobre 2008), registra la presenza di pratiche contrarie alla Convenzione di Ginevra e la mancanza di armonizzazione nella regione (vedi *infra*).

---

<sup>94</sup> UNHCR, *Note on International Protection*, cit. § 20.

<sup>95</sup> UNHCR, *Note on International Protection*, cit. § 20: “[l]es retours forcés de demandeurs d’asile et de migrants sans avoir évalué leurs besoins de protection internationale, en particulier les arrivées illégales, se sont néanmoins produits de façon réitérée en violation de ce principe”.

## CAPITOLO 3

### **IL PRINCIPIO DI *NON – REFOULEMENT* NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI REGIONALI E NELLA PRASSI DEGLI ORGANI DI CONTROLLO DEI DIRITTI UMANI NELL’AMBITO DELLE NAZIONI UNITE.**

SOMMARIO. INTRODUZIONE – SEZIONE I La prassi del Comitato contro la Tortura e del Comitato dei Diritti dell’Uomo nell’ambito delle Nazioni Unite. – SEZIONE II 1. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. 2. La CEDU e la tutela dello straniero. 3. Il principio di *non – refoulement* nella giurisprudenza CEDU: il *refoulement* indiretto nel divieto di tortura ed in violazioni combinate. 3.1 Il divieto di *refoulement* nel caso di violazioni degli artt. 1 e 8 della Convenzione. 4. L’ambito di applicazione dell’art. 3 della Convenzione europea. 5. L’applicazione dell’art. 3 CEDU a casi di estradizione ed espulsione. 6. Gli obblighi per gli Stati parti. 7. Altri strumenti nel Consiglio d’Europa per la prevenzione della tortura. – SEZIONE III La giurisprudenza degli altri sistemi regionali a tutela dei diritti umani. 1. Il principio di *non-refoulement* nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell’uomo. 2. Gli obblighi per gli Stati parti. 3. Il principio di *non-refoulement* nel sistema africano di protezione dei diritti umani. 4. Rilievi conclusivi.

#### INTRODUZIONE

Il presente capitolo ha come obiettivo quello di analizzare il principio di *non-refoulement* nella fattispecie indiretta del divieto di tortura, in modo da poter giungere ad una definizione univoca di tale divieto e, in via indiretta, del *non-refoulement*. A tal scopo si è pensato di analizzare la prassi degli organi di controllo delle Nazioni Unite nella loro attività “quasi giurisdizionale” e la giurisprudenza degli organi di controllo degli atti adottati a livello regionale, così da avere una visione il più possibile esaustiva del divieto di tortura. Nell’ambito dei sistemi regionali presi in esame, ovvero quello europeo, interamericano ed africano, non è presente, per ragioni oggettive e realistiche, il continente asiatico, non essendoci al momento uno strumento convenzionale unico di tutela dei diritti umani nella regione.

## SEZIONE I

### **La prassi del Comitato contro la Tortura e del Comitato dei Diritti dell’Uomo nell’ambito delle Nazioni Unite.**

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura<sup>1</sup> prevede all’art. 3<sup>2</sup> il divieto di espulsione e respingimento di un individuo verso uno Stato dove potrebbe essere sottoposto a tortura, offrendo così una protezione complementare a quella offerta dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati.

La stessa Convenzione ha previsto un organo di controllo, il Comitato contro la tortura, che monitora l’applicazione della stessa da parte degli Stati parti attraverso numerosi mezzi: *i*) la presentazione di rapporti forniti dagli Stati parti che illustrano l’applicazione dei diritti che discendono dalla stessa Convenzione e che sono in un secondo momento sottoposti all’esame da parte del Comitato, il quale può indirizzare allo Stato interessato osservazioni e raccomandazioni sotto forma di “Concluding Observations” (art. 19); *ii*) le comunicazioni individuali<sup>3</sup> (art. 22); *iii*) le comunicazioni interstatali e *iv*) lo svolgimento di inchieste (art. 20). Inoltre il Comitato, nell’esame dei rapporti presentati dagli Stati parti, svolge il ruolo di interprete della Convenzione.

Il Protocollo opzionale alla Convenzione<sup>4</sup>, adottato in data 18 dicembre 2002 ed entrato in vigore il 22 giugno 2006, ha istituito la Sottocommissione per la prevenzione della tortura, con il compito di visitare ed ispezionare luoghi di detenzione e rivolgere raccomandazioni agli Stati parti circa informazioni “*concerning the protection of persons deprived of their liberty*

---

<sup>1</sup> Sul punto cfr. PARISI N., *La tutela dei diritti fondamentali della persona*, in DRAETTA U., FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Il diritto delle organizzazioni internazionali, parte speciale, terza edizione*, Milano, 2011, pp. 73-115 (97-98).

<sup>2</sup> L’art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura afferma: “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.

<sup>3</sup> MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, p. 112: “[...] at the international level, the optional article 22 mechanism enables individuals to bring claims against a State alleged to be in breach of its *non-refoulement* obligations under article 3. While the content of such protection is variable and depends on the laws of individual States, in some cases extending no further than *non-refoulement* through time, it nonetheless places immense political pressure on States not to return a person to a place where he or she is likely to be tortured. Country reports by the Torture Committee clarify that article 3 applies to admission as well as removal.” Vedi inoltre pp. 124-125: “An asylum seeker will therefore only be able to bring a claim to the Committee against a country threatening to deport him or her if that country has ratified the CAT and made a declaration under article 22. The bulk of the communications received in recent years has involved failed refugee claims in domestic determination procedures. These cases have made a positive contribution to the legal framework of refugee protection by reinforcing States’ *non-refoulement* obligations.”

<sup>4</sup> EDWARDS A., *The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees*, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 57, 2008, pp. 789-825.

against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”<sup>5</sup>. La Sottocommissione inoltre, collabora con altri rilevanti attori internazionali, agenzie specializzate dell’ONU, istituzioni regionali e nazionali<sup>6</sup>.

Circa la definizione di luogo di detenzione, *place of detention*, il Protocollo opzionale indica “any place under its jurisdiction and control where persons are or may be deprived of their liberty”<sup>7</sup>. Invece per privazione della libertà, *deprivation of liberty*, lo stesso Protocollo riconosce “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”<sup>8</sup>.

Al contrario, la definizione di “detenzione” offerta dall’UNHCR differisce da quella del Protocollo opzionale in esame: “confinement within a narrowly bounded or restricted location, including prisons, closed camps, detention facilities or airport transit zones, where freedom of movement is *substantially curtailed*, and where the only opportunity to leave this limited area is to leave the territory”<sup>9</sup>.

Pertanto la definizione di detenzione dell’UNHCR appare applicabile in un senso più esteso, a tutte quelle situazioni nelle quali la libertà personale è sostanzialmente ridotta. Il Protocollo, invece, sembra circoscrivere la detenzione ad un luogo dove l’individuo è trattenuto contro la propria volontà, per ordine di un’autorità giudiziaria, amministrativa o di altra autorità. Tuttavia al di là di queste precisazioni, si ricorda che si ritiene detenzione, così come definita dal Protocollo opzionale, anche quella nei centri di accoglienza per i migranti e richiedenti asilo.

In caso di detenzione di migranti, richiedenti asilo e rifugiati<sup>10</sup>, l’UNHCR nelle *Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-seekers* (1999), ha ribadito che la detenzione di richiedenti asilo può essere applicata solo qualora

---

<sup>5</sup> UN OPCAT, art. 11 (a).

<sup>6</sup> UN OPCAT, art. 11(c): “Cooperate, for the prevention of torture in general, with the relevant United Nations organs and mechanisms as well as with the international, regional and national institutions or organizations working towards the strengthening of the protection of all persons against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”

<sup>7</sup> UN OPCAT, art. 4. 1.

<sup>8</sup> UN OPCAT, art. 4. 2.

<sup>9</sup> UNHCR, *Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers* (n. 10), 1999, Guideline 1, § 1.

<sup>10</sup> FLYNN E. J., *Counter-Terrorism and Human Rights: The View from the United Nations*, *European Human Rights Law Review*, 2005, pp. 29-49 (46): “Both the Human Rights Committee and the Committee against Torture have cautioned the States over the obligation to respect the principle of *non-refoulement*, prohibiting expulsions of persons to states where there are substantial grounds for believing they could be at risk of torture or other serious human rights violations. The Human Rights Committee, for example, expressed concern over the possible negative effects of new asylum legislation and practices in one state, including ‘the absence of monitoring mechanisms with regard to the expulsion of those suspected of terrorism to their countries of origin which, despite assurances that their human rights would be respected, could pose risks to the personal safety and lives of the persons expelled’”.

necessaria e in ogni caso deve essere prescritta dalla legge<sup>11</sup>. Tuttavia deve essere considerata solo dopo che si siano esclusi tutti gli altri mezzi<sup>12</sup>.

Infatti l'UNHCR già a partire dalla *Conclusion no. 44 (1986)*<sup>13</sup> ricordava che, proprio in ragione delle sofferenze che essa comportava, la detenzione doveva essere evitata e, se necessario, ricorrervi solo su prescrizione di legge per motivi eccezionali e nel rispetto dei criteri di necessità e proporzionalità<sup>14</sup>. Pertanto l'ente invocava l'importanza di procedure eque e rapide al fine di evitare una detenzione ingiustificata ed eccessivamente lunga.

Inoltre affermava che le condizioni di detenzione di richiedenti asilo dovevano essere umane e pertanto i richiedenti asilo, qualora possibile, non avrebbero dovuto essere alloggiati insieme con gli altri detenuti al fine di tutelare la loro incolumità personale. Infine l'UNHCR ribadiva l'importanza del rispetto del principio di *non-refoulement*.

Circa il concetto di giurisdizione dello Stato che si irradia anche al luogo di detenzione, il Comitato contro la Tortura ha applicato il criterio del "controllo effettivo"<sup>15</sup>, stabilendo,

---

<sup>11</sup> LANDGREN K., *Comments on the UNHCR Position on Detention of Refugees and Asylum Seekers*, in AA. VV. (edited by HUGHES J., LIEBAUT F.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague, 1998, pp. 141-160 (155): "[...] the notion of 'prescribed by law' to specify that this means a law which is in conformity with general norms and principles of international human rights law. This underlines the strongest check on the use of detention lies in subjecting it to review – a review which examines both the lawfulness of the measure, and the substantive issue of whether detention is and continues to be necessary in the particular case. To be meaningful, it is not sufficient if such reviews simply acknowledge the exercise of a discretion to detain. Under Conclusion No. 44, the Executive Committee 'recommended that detention measures taken in respect of refugees and asylum seekers should be subject to judicial or administrative review'. One omission of this Conclusion was its failure to specify the need for an independent judicial or administrative review."

<sup>12</sup> UNHCR, Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers (n. 10), 1999, Guideline 3: "Detention of asylum-seekers may exceptionally be resorted to for the reasons set out below as long as this is clearly prescribed by a national law which is in conformity with general norms and principles of international human rights law. These are contained in the main human rights instruments. 4 There should be a presumption against detention. Where there are monitoring mechanisms which can be employed as viable alternatives to detention, (such as reporting obligations or guarantor requirements [see Guideline 4]), these should be applied first unless there is evidence to suggest that such an alternative will not be effective in the individual case. Detention should therefore only take place after a full consideration of all possible alternatives, or when monitoring mechanisms have been demonstrated not to have achieved the lawful and legitimate purpose. In assessing whether detention of asylum-seekers is necessary, account should be taken of whether it is reasonable to do so and whether it is proportional to the objectives to be achieved. If judged necessary it should only be imposed in a non discriminatory manner for a minimal period."

<sup>13</sup> UNHCR, Conclusion No. 44 (1986) at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c43c0.html>

<sup>14</sup> UNHCR, Conclusion No. 44 (1986), lett. b): "[...] If necessary, detention may be resorted to only on grounds prescribed by law to verify identity; to determine the elements on which the claim to refugee status or asylum is based; to deal with cases where refugees or asylum-seekers have destroyed their travel and/or identity documents or have used fraudulent documents in order to mislead the authorities of the State in which they intend to claim asylum; or to protect national security or public order."

<sup>15</sup> CAT, Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UN CAT/C/CR/33/3, 25 November 2004, § 4 (b): "the State party's limited acceptance of the applicability of the Convention to the actions of its forces abroad, in particular its explanation that "those parts of the Convention which are applicable only in respect of territory under the jurisdiction of a State party cannot be applicable in relation to actions of the United Kingdom in Afghanistan and Iraq"; the 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" and CAT, Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture on the United States of America, UN CAT/C/USA/CO/2, 18 May 2006, § 15, 20, 26: (15) "The Committee notes that a number of the Convention's provisions are expressed as applying to "territory under [the State party's] jurisdiction" (arts. 2, 5,

inoltre, che le obbligazioni che discendono dalla tutela dei diritti umani come, il *non-refoulement*, si applicano agli individui detenuti, anche, al di fuori del territorio di uno Stato parte.

Nel caso *Tapia Paez c. Svezia*<sup>16</sup>, il Comitato ha affermato la natura assoluta del divieto di tortura, implicando per ogni Stato parte il divieto di espulsione. Infatti, il Comitato ha ribadito che deve essere condotta un'analisi circa le circostanze personali che potrebbero mettere in pericolo la vita dell'individuo se espulso o rimpatriato (*casi Mutombo c. Svizzera*<sup>17</sup>, *caso Tala c. Svezia*<sup>18</sup>).

---

13, 16). The Committee reiterates its previously expressed view that this includes all areas under the de facto effective control of the State party, by whichever military or civil authorities such control is exercised. The Committee considers that the State party's view that those provisions are geographically limited to its own de jure territory to be regrettable.

The State party should recognize and ensure that the provisions of the Convention expressed as applicable to "territory under the State party's jurisdiction" apply to, and are fully enjoyed, by all persons under the effective control of its authorities, of whichever type, wherever located in the world."; § 20: "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*", § 26: "The Committee is concerned by reliable reports of acts of torture or cruel, inhuman and degrading treatment or punishment committed by certain members of the State party's military or civilian personnel in Afghanistan and Iraq. It is also concerned that the investigation and prosecution of many of these cases, including some resulting in the death of detainees, have led to lenient sentences, including of an administrative nature or less than one year's imprisonment

The State party should take immediate measures to eradicate all forms of torture and ill-treatment of detainees by its military or civilian personnel, in any territory under its jurisdiction, and should promptly and thoroughly investigate such acts, prosecute all those responsible for such acts, and ensure they are appropriately punished, in accordance with the seriousness of the crime."

<sup>16</sup> Case *Tapia Paez v. Sweden*, Communication No. 39/1996, 28<sup>th</sup> April 1997, CAT/C/18/D/39/1996, § 14.5: "The Committee considers that 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."

<sup>17</sup> Case *Mutombo v. Switzerland*, Communication No. 13/1993, 27<sup>th</sup> April 1994, CAT/C/12/D/013/1993, § 9.3: "It follows that the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights in a country does not as such constitute a sufficient ground for determining that a person would be in danger of being subjected to torture upon his return to that country; additional grounds must exist that indicate that the individual concerned would be personally at risk. Similarly, the 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."

<sup>18</sup> Case *Tala v. Sweden*, Communication No. 43/1996, 15<sup>th</sup> November 1996, CAT/C/17/D/43/1996 (1996), § 10.1: "The Committee must decide, pursuant to paragraph 1 of article 3, whether there are substantial grounds for believing that Mr. Tala would be in danger of being subject to torture upon return to Iran. In reaching this decision, the Committee must take into account all relevant considerations, pursuant to paragraph 2 of article 3, including the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights. The aim of the determination, however, is to establish whether the individual concerned would be *personally* at risk of being subjected to torture in the country to which he or she would return. It follows that the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights in a country does not as such constitute a sufficient ground for determining that a particular person would be in danger of being subjected to torture upon his return to that country; additional grounds must exist to show that the individual concerned would be personally at risk. Similarly, the 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 or her specific circumstances."

Tuttavia si ricorda la natura non giuridicamente vincolante delle comunicazioni del Comitato, in quanto organo “quasi giurisdizionale”.

Oltre al Comitato contro la Tortura, anche il Comitato dei diritti dell’uomo<sup>19</sup> ha riconosciuto, in tal senso, che i Patti sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite<sup>20</sup> si applicano a tutti coloro che si trovino sotto il controllo diretto di uno Stato parte e al di fuori del suo territorio. Infatti il Comitato dei diritti dell’uomo, in modo coerente con la giurisprudenza della Corte europea, ha riconosciuto nel *caso Kindler c. Canada*<sup>21</sup> la necessaria previsione delle conseguenze, che potrebbe subire un individuo in caso di espulsione: “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.” Nel *caso N.G. c. Canada*<sup>22</sup>, il Comitato si è soffermato ancora una volta sulla responsabilità dello Stato parte per violazione del Patto in caso di espulsione: “[I]f 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.”

Nel caso sopracitato, il Comitato ha considerato il rischio di una eventuale esecuzione per asfissia trattamento disumano e crudele in piena violazione da parte del Canada dell’art. 7<sup>23</sup> del Patto sui diritti civili e politici (il ricorrente, cittadino britannico colpevole di omicidio,

---

<sup>19</sup> HRC, General Comment No 31, § 10: “[...] the 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.”

<sup>20</sup> Sul punto cfr. PARISI N., *La tutela dei diritti fondamentali della persona*, cit. pp. 94-95.

<sup>21</sup> *Case Kindler v. Canada*, Communication No. 470/1991, 11<sup>th</sup> November 1993, UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), § 6. 2, *Case Mansour Ahani v. Canada*, Communication No.1051/2002, 15<sup>th</sup> June 2004, UN Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002, § 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.”

<sup>22</sup> *Case Ng. v. Canada*, Communication No. 469/1991, 7<sup>th</sup> January 1994, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), § 14.2.

<sup>23</sup> BORELLI S., *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 724-751 (740): “Il Comitato ha affermato che la decisione di estradare un individuo accusato di reati punibili con la pena di morte senza richiedere garanzie in merito alla non comminazione o non esecuzione di tale pena, esponendolo quindi al rischio reale di essere privato della vita, non costituisce di per sé una violazione dell’art. 6 del Patto sui diritti civili, relativo al diritto alla vita, dal momento che tale articolo prevede la possibilità per gli Stati parti di comminare la pena per i reati più gravi. Rispetto invece a una potenziale violazione dell’art. 7 del Patto, il Comitato, pur rigettando la tesi per cui la pena di morte, *in quanto tale*, costituisce una forma di trattamento crudele, inumano e degradante, ha comunque riconosciuto che, *in casi specifici*, la comminazione o l’esecuzione di una sentenza capitale possono costituire una violazione dell’art. 7.”

sequestro di persona e altri capi di imputazione, se fosse stato estradato verso gli Stati Uniti, avrebbe rischiato la condanna alla pena capitale e l'esecuzione nella camera a gas)<sup>24</sup>. La previsione dell'art. 7 è coerente con l'approccio seguito dalla Corte europea nel *caso Soering* (v. *infra*) che ha ritenuto rilevanti sia violazioni reali sia quelle potenziali del divieto di tortura.

## SEZIONE II

### 1. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Per quanto concerne la giurisprudenza CEDU, il divieto di *refoulement* è stato individuato numerose volte in merito a violazioni dell'art. 3 (divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti) ed in combinato a violazioni degli artt. 1 (obblighi generali), 2 (diritto alla vita), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 13 (diritto ad un ricorso effettivo). Inoltre deve ricordarsi l'art. 4 del Protocollo n. 4 della Convenzione europea (adottato il 16 settembre 1963 ed entrato in vigore il 2 maggio 1968), che sancisce il divieto di espulsioni collettive di stranieri<sup>25</sup>.

Pertanto l'applicazione *ratione personae* del divieto di espulsione deve essere letto sotto un duplice profilo: il divieto di espulsione di singoli, sancito dal citato art. 3, ed il divieto di espulsione di gruppi di individui, di cui all'art. 4 del Protocollo n. 4.

Per procedere ad un'analisi del contenuto della giurisprudenza rilevante, occorre ricordare le fattispecie concrete che sono state sottoposte alla Corte, alla luce delle quali si è giunti ad affermare il carattere cogente del divieto di tortura, sancito dall'art. 3 e quindi ricercare elementi utili ad una interpretazione estensiva, «par ricochet» (caso *Soering, infra*)<sup>26</sup>, della Convenzione europea nelle violazioni degli articoli sopracitati.

---

<sup>24</sup> LUGATO M., *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Torino, 2006, pp. 67-68.

<sup>25</sup> LENZERINI F., *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, pp. 372-373: "La preclusione per gli Stati parti del potere di procedere alla deportazione degli stranieri può infatti derivare anche – almeno in linea di principio – da altre norme sancite dallo strumento in esame, tra cui l'articolo 2 (diritto alla vita), l'articolo 6 (diritto ad un equo processo), articolo 13 (diritto ad un rimedio effettivo contro la violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione compiuta da individui che espletino funzione ufficiale) e in particolare l'articolo 8, il quale sancisce il diritto al rispetto per la vita familiare. Quest'ultima disposizione, oltretutto, non rileva soltanto come possibile fattispecie inibitoria della facoltà di emanare provvedimenti di deportazione nei confronti degli stranieri, ma anche (sostanzialmente) come fondamento di un diritto di asilo acquisito dai familiari di uno straniero a cui sia stato riconosciuto il medesimo beneficio o comunque il diritto a non essere espulso."

<sup>26</sup> SUDRE F., MARGUENAUD J. P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 2003, p. 155: "L'économie de cette «protection par ricochet», exposée au § 85 de l'arrêt, tient en trois propositions: la Convention ne régit pas «la matière de l'extradition, de l'expulsion et du droit d'asile» (Lukka c. Royaume -Uni) et comme le rappelle régulièrement la

## 2. La CEDU e la tutela dello straniero.

La Convenzione europea, pur non prevedendo espressamente il diritto di asilo per gli stranieri, riconosce la titolarità di alcuni diritti a qualsiasi persona, sia essa cittadina di uno Stato membro, apolide e straniera (art. 1 CEDU). Tra le disposizioni che direttamente descrivono la posizione dello straniero nell'ordinamento CEDU, rilevano l'art. 16<sup>27</sup> circa alcune limitazioni all'attività politica degli stranieri, l'art. 5, § I, lett. f<sup>28</sup>, che concerne limitazioni di libertà in caso di arresto o detenzione legittima di una persona per impedirle di entrare clandestinamente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione, l'art. 4 del Protocollo n. 4 che comporta il divieto di espulsione collettive<sup>29</sup>. L'art. 2<sup>30</sup> dello stesso Protocollo garantisce la libertà di circolazione a chiunque risieda regolarmente sul territorio di uno Stato membro. Infine l'art. 1<sup>31</sup> del Protocollo n. 7 che prevede alcune garanzie procedurali in caso di espulsione<sup>32</sup>.

---

Cour, l'État dispose «en vertu d'un principe de droit International bien établi» du «droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux» (Chahal c. Royaume-Uni), l'État partie n'est pas pour autant affranchi dans l'exercice de son pouvoir de police des étrangers du respect de la Convention; dès lors, une décision d'éloignement du territoire d'étranger est susceptible de «porter atteinte aux droits garantis à l'intéressé par la Convention», notamment par son article 3 (Agee c. Royaume-Uni). L'article 3 et l'article 8 sont les vecteurs principaux de cette protection indirecte ou «par ricochet», qui joue quelle que soit la nature de la mesure d'éloignement – extradition (Soering), expulsion (Cruz Varas c. Suède), refoulement (Vilvarajah c. Royaume-Uni).”

<sup>27</sup> L'art. 16 della Convenzione europea sancisce: “Nothing in Articles 10, 11, and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the political activity of aliens.”

<sup>28</sup> L'art. 5. 1 (f) della Convenzione europea afferma: “Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: [...] f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

<sup>29</sup> SUDRE F., MARGUENAUD J. P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 153: “[...] la Cour définit l'«expulsion collective» comme «toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe».”

<sup>30</sup> L'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea afferma: “Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. Everyone shall be free to leave any country, including his own. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety for the maintenance of 'ordre public', for the prevention of crime, for the protection of rights and freedoms of others. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.”

<sup>31</sup> L'art. 1 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea afferma: “1. An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed: a) to submit reasons against his expulsion, b) to have his case reviewed, and c) to be represented for these purposes before the competent authority or a person or persons designated by that authority. An alien may be expelled before the exercise of his rights under paragraph 1.a, b and c of this Article, when such expulsion is necessary in the interests of public order or is grounded on reasons of national security.”

<sup>32</sup> LIGUORI A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008, pp. 5-12.

Prima di pronunciarsi in merito ad eventuali violazioni dell'art. 3, la Corte, in base all'art. 39<sup>33</sup> del Regolamento interno di procedura, può chiedere agli Stati parti l'adozione di misure cautelari<sup>34</sup>, tra le quali figura la sospensione dell'esecuzione dell'espulsione in attesa della pronuncia della Corte<sup>35</sup> (caso Mamatkulov and Askarov c. Turchia, § 69<sup>36</sup> v. *infra*). Le misure provvisorie sono decise dalla Corte in limitate circostanze e sono adottate nel caso in cui la stessa ritenga che vi sia un rischio imminente di danno irreparabile<sup>37</sup>. Infatti, l'applicazione di

---

<sup>33</sup> SACCUCCI A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006, pp. 35-36: "Ma ciò che colpisce, anche alla luce della chiara determinazione dei compilatori del Protocollo di non includere nella CEDU il potere della Corte di adottare misure provvisorie, è l'altrettanto chiara determinazione di quest'ultima nel senso di rendere più stringente la disciplina regolamentare ad esse relative, quale traspare, in special modo da due innovazioni apportate nel nuovo art. 39 Reg. Ci si riferisce, da un lato, alla sostituzione delle formule normative anteriori, che si caratterizzavano per un livello assai ridotto di pregnanza imperativa, con quella attuale che, molto più incisivamente attribuisce alla Corte il potere di indicare alle parti «any interim measure which it considers *should be adopted*»; e, dall'altro, all'inserimento di un nuovo paragrafo 3 che attribuisce alla Camera competente la facoltà di chiedere informazioni su qualsiasi questione riguardante «the implementation of any interim measure it has indicated» (il corsivo è aggiunto)."

<sup>34</sup> BORELLI S., *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 747: "Lo Stato che, in violazione delle misure cautelari indicate dall'organo di controllo, decida di allontanare il ricorrente dal proprio territorio, si rende, ovviamente, responsabile delle potenziali violazioni nel territorio dello Stato di destinazione, qualora l'organo di controllo concluda che, al momento dell'allontanamento dell'individuo dal territorio, esisteva un rischio reale e prevedibile di tali violazioni. Inoltre, e indipendentemente dalle conclusioni a cui l'organo di controllo giunga rispetto alla questione del 'rischio reale', lo Stato viola il proprio obbligo di garantire a ogni individuo sottoposto alla propria giurisdizione un ricorso efficace di fronte agli organi di controllo del trattato, e, più in generale, l'obbligo di adempiere in buona fede gli obblighi assunti in virtù del trattato."

<sup>35</sup> LIGUORI A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa* cit., p. 12: "Tale giurisprudenza ha poi ricevuto conferma, sia in casi di estradizione, sia di espulsione. Le misure provvisorie valgono in realtà per tutti, cittadini e stranieri; tuttavia, l'applicazione dell'art. 39 del Regolamento interno risulta particolarmente utile quando l'espulsione o l'extradizione espone lo straniero a violazioni gravi nel paese di destinazione, tutelate dagli articoli 2 e 3. In tali casi, la sospensione dell'esecuzione dell'allontanamento, soprattutto qualora una tale possibilità non sussista nel diritto interno o sia stata rifiutata, è l'unico mezzo per evitare che si producano danni irreversibili per il ricorrente."

<sup>36</sup> ECHR, Case Mamatkulov and Askarov v. Turchia, [GC], 4 February 2005, Appl. nos. 46827/99 and 46951/9, Reports of Judgments 2005-I, § 69: "This situation typically arises when deportation or extradition is delayed as a result of an indication by the Court of an interim measure under Rule 39 of the Rules of Court. Such an indication means more often than not that the Court does not yet have before it all the relevant evidence it requires to determine whether there is a real risk of treatment proscribed by Article 3 in the country of destination."

<sup>37</sup> Sul concetto di danno irreparabile, cfr. SACCUCCI A., *Le misure provvisorie della Corte europea dei diritti umani nell'ambito della procedura di ricorso interstatale Georgia c. Russia*, Diritti umani e diritto internazionale, vol. 3, 2009, pp. 129-150 (137): "Ne consegue che, al pari di quanto accade nella procedura di ricorso individuale, i provvedimenti cautelari interstatali sono funzionalmente preordinati a salvaguardare *pendente lite* la concreta attuazione di determinati obblighi primari posti a tutela dei diritti che la CEDU riconosce ai singoli individui nel caso in cui vi siano fondati motivi di ritenere che tali diritti siano esposti al rischio imminente di una violazione grave ed irreparabile da parte di uno o più Stati contraenti. Gli unici beneficiari delle misure provvisorie della Corte, sia dal punto di vista materiale sia dal punto di vista formale, sono dunque gli individui e non gli Stati che ne hanno richiesto l'adozione." Ancora p. 144: "A nostro avviso, dunque, le misure provvisorie della Corte si limitano pur sempre a garantire il rispetto *pendente lite* di quei soli obblighi convenzionali la cui eventuale violazione possa considerarsi 'grave' e, cioè, per l'appunto produttiva di conseguenze lesive che incidono sulla vita o sull'integrità psico-fisica individuale e che, in quanto tali, non sono suscettibili di adeguata riparazione né in forma specifica né per equivalente." Et DEN HEIJER M., *Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights*, European Journal of Migration and Law, v. 10, 2008, pp. 277-314 (300-301): "The notion of irreparability has the advantage of offering a justification for distinguishing between different human rights or different violations of human rights with regard to their relevance in expulsion matters, while simultaneously not confining the relevant set of norms to a strictly delimited list. While the intentional deprivation of life obviously is irreparable, violations of the prohibition of torture will likewise cause trauma which might never be overcome"

misure cautelari, fino ad ora limitate a procedimenti di deportazione ed espulsione<sup>38</sup>, è prevista dalla Corte per potenziali violazioni del diritto alla vita (art. 2), del divieto di tortura (art. 3) ed in casi eccezionali per violazioni del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8).

Per quanto concerne la natura giuridica di tali misure cautelari, la giurisprudenza europea ne ha riconosciuto il valore vincolante. Tuttavia non esistendo una disposizione pattizia<sup>39</sup> in tal senso nella Convenzione, una loro eventuale obbligatorietà, secondo alcuni, può giustificarsi alla luce della importanza dei valori sanciti dagli articoli 2 e 3 della Convenzione, per i quali si reputa necessaria l'adozione di tali misure<sup>40</sup>.

---

and which can therefore be classified as irreparable. [...] Hence, the notion of irreparability can have an important role to play in the determination of the severity of a human rights violation.”

<sup>38</sup> Sulle caratteristiche generali delle misure cautelari v. Case Mamatkulov and Askarov v. Turchia, cit. § 103-105: “Rule 39 of the Rules of Court empowers a Chamber or, where appropriate, its President, to indicate interim measures. The grounds on which Rule 39 may be applied are not set out in the Rules of Court but have been determined by the Court through its case-law. As was the practice of the European Commission of Human Rights prior to the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention in 1998, the Court applies Rule 39 only in restricted circumstances. Interim measures have been indicated only in limited spheres. Although it does receive a number of requests for interim measures, in practice the Court applies Rule 39 only if there is an imminent risk of irreparable damage. While there is no specific provision in the Convention concerning the domains in which Rule 39 will apply, requests for its application usually concern the right to life (Article 2), the right not to be subjected to torture or inhuman treatment (Article 3) and, exceptionally, the right to respect for private and family life (Article 8) or other rights guaranteed by the Convention. The vast majority of cases in which interim measures have been indicated concern deportation and extradition proceedings. In most cases, measures are indicated to the respondent Government, although there is nothing to stop the Court from indicating measures to applicants (see, among other authorities, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 11, ECHR 2004-VII). Cases of States failing to comply with indicated measures remain very rare.”

<sup>39</sup> SACCUCCI A., *Le misure provvisorie della Corte europea dei diritti umani nell'ambito della procedura di ricorso interstatale Georgia c. Russia* cit., p. 15: “Sembra piuttosto che la ragione principale della mancata inclusione nella CEDU di una disposizione pattizia in materia di provvedimenti cautelari sia dovuta alla volontà degli Stati partecipanti al negoziato di non attribuire agli organi convenzionali qualsivoglia potere di ingiunzione nei loro confronti [...]”

<sup>40</sup> SACCUCCI A., *Le misure provvisorie della Corte europea dei diritti umani nell'ambito della procedura di ricorso interstatale Georgia c. Russia*, cit., p. 148: “Ci sembra piuttosto che, in assenza di una norma convenzionale espressa attributiva del potere cautelare da cui sia possibile desumere, in linea generale, l'efficacia formalmente obbligatoria delle misure provvisorie, la soluzione possa ricercarsi proprio nel collegamento funzionale di queste ultime con determinati valori fondamentali del sistema, per i quali si rende necessaria una protezione rafforzata di carattere preventivo mediante lo strumento cautelare.”

### 3. Il principio di *non – refoulement* nella giurisprudenza CEDU: il *refoulement* indiretto<sup>41</sup> nel divieto di tortura e in violazioni combinate.

Si ritiene opportuno ricordare che il divieto di *refoulement* trova ambito di applicazione indiretta in caso di violazione dell'art. 3<sup>42</sup>, ed inoltre in caso di violazioni combinate degli artt. 1 ed 8, che verranno esaminate successivamente<sup>43</sup>.

L'art. 3, che sancisce il divieto di tortura, trattamenti e pene inumani e degradanti, ha carattere assoluto, in quanto principio fondamentale delle democrazie degli Stati appartenenti al Consiglio d'Europa (vedi *infra*). Detto carattere è confermato dalla Convenzione stessa, nonché dalla giurisprudenza della Corte. Con riferimento alla Convenzione, infatti l'art. 15<sup>44</sup>, § 2, della stessa<sup>45</sup>, che disciplina “la deroga in caso di urgenza” (guerra, pericolo pubblico o altra emergenza che possa minacciare l'indipendenza di uno Stato membro) esclude da tale deroga un nucleo di articoli di vitale importanza e tra questi figura l'art. 3. Quanto alla giurisprudenza europea, in più occasioni, la Corte ha confermato in numerosi casi il carattere assoluto ed inderogabile dell'art. 3: *caso Irlanda c. Regno Unito*<sup>46</sup>, *caso Soering c. Regno*

---

<sup>41</sup> LENZERINI F., *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, cit., p. 389: “Ciò equivale a dire che l'obbligo di ‘non-refouler’ un individuo verso un paese dove rischi di essere sottoposto a tortura (o ad altro trattamento che integri la violazione di un precetto di *jus cogens*) assume esso stesso carattere cogente non in quanto tale, ma perché una sua violazione comporterebbe inevitabilmente la potenziale infrazione di una norma imperativa di diritto internazionale generale.”

<sup>42</sup> La Corte europea si è occupata di violazioni dell'art. 3 riconducibili a casi di *refoulement* in 29 casi: *Soering c. Regno Unito*, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, *Chahal c. Regno Unito*, *Nsona c. Olanda*, *Ahmed c. Austria*, *H.L.R. c. Francia*, *D. c. Regno Unito*, *Jabari c. Turchia*, *Hilal c. Regno Unito*, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, *Thampibillai c. Olanda*, *Venkadajalasarma c. Olanda*, *Said c. Olanda*, *N. Finlandia*, *Shamayev e altri 12 c. Georgia e Russia*, *Bader e altri c. Svezia*, *Aoulmi c. Francia*, *D. e altri c. Turchia*, *Olaechea Cahuas c. Spagna*, *Salah Sheekh c. Olanda*, *Garabayev c. Russia*, *Sultani c. Francia*, *Saadi c. Italia*, *Ismoilov e altri c. Russia*, *N. c. Regno Unito*, *Ryabikin c. Russia*, *NA. c. Regno Unito*. Tuttavia in questa sede si è deciso di riportare solo quelli più rilevanti.

<sup>43</sup> Vedi paragrafo successivo.

<sup>44</sup> L'art. 15 CEDU afferma: “Article 15 – Derogation in time of emergency 1 In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law. 2 No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision. 3 Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefore. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.”

<sup>45</sup> ADDO M.K., GRIEF N., *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 510-524 (513): “Indeed, reading Article 3 and 15 (2) together clearly suggests that the drafters of the Convention intended the rights enshrined in Article 3 to be superior in that they are not subject to exception or derogation, even in time of war or other public emergency threatening the life of the nation. This conclusion, which is reflected in the debates and the eventual consensus within the Consultative Assembly, has been confirmed by the Court of Human Rights.” (vedi *infra*)

<sup>46</sup> ECHR, *Case Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Appl. no. 5310/71, Court, Series A no. 25, § 163: “The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4 (P1, P4), Article 3 (art. 3) makes no provision for exceptions and, under Article 15 para. 2 (art. 15-

Unito<sup>47</sup>, caso *Chahal c Regno Unito*<sup>48</sup>, caso *H.L.R. c. Francia*<sup>49</sup>, caso *Aydin c. Turchia*<sup>50</sup>, caso *A. c. Regno Unito*<sup>51</sup>, caso *Mahmut Kaya c. Turchia*<sup>52</sup>.

La norma inerente al divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti, che consacra un valore fondamentale degli Stati del Consiglio d'Europa e che si può individuare in altri strumenti internazionali, è riconosciuta ed accettata generalmente<sup>53</sup> e pertanto gode di un'applicazione *ratione materiae* ampia, coinvolgendo ogni condotta che violi la norma in esame<sup>54</sup>.

Per quanto concerne la determinazione del contenuto di “tortura”, “trattamenti e pene inumani e degradanti”, la Corte europea ha rivestito un ruolo fondamentale, distinguendo tali “tecniche” alla luce del criterio della “soglia minima di gravità”<sup>55</sup>. Detto criterio è stato individuato per la prima volta nel caso *Irlanda c. Regno Unito*<sup>56</sup>, che rappresenta il punto di partenza della giurisprudenza della Corte in merito alle violazioni dell'art. 3:

“The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim” (caso *Irlanda c. Regno Unito*, § 162).

---

2), there can be no derogation therefrom even in the event of a public emergency threatening the life of the nation.”

<sup>47</sup> ECHR, Case *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Appl. no. 14038/88, Court, Series A no. 161.

<sup>48</sup> ECHR, Case *Chahal v. the United Kingdom*, [GC], 15 November 1996, Appl. no. 22414/93, Reports of Judgments and Decisions 1996-V.

<sup>49</sup> ECHR, Case *H.L.R. v. France*, [GC], 29 April 1997, Appl. no. 24573/94, Reports of Judgments and Decisions 1997-III.

<sup>50</sup> ECHR, Case *Aydin* cit.

<sup>51</sup> ECHR, Case *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, Appl. no. 25599/94, Court, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI.

<sup>52</sup> ECHR, Case *Mahmut Kaya v. Turkey*, 28 March 2000, Appl. no. 22535/93, Court, Reports of Judgments-III.

<sup>53</sup> ECHR, Case *Soering* cit., § 88: “This absolute prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment under the terms of the Convention shows that Article 3 (art. 3) enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. It is also to be found in similar terms in other international instruments such as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1969 American Convention on Human Rights and is generally recognised as an internationally accepted standard.”

<sup>54</sup> ECHR, Case *Chahal* cit., § 79: “It is precisely for this reason that the Court has repeatedly stressed in its line of authorities involving extradition, expulsion or deportation of individuals to third countries that Article 3 (art. 3) prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment and that its guarantees apply irrespective of the reprehensible nature of the conduct of the person in question”.

<sup>55</sup> Sul punto vedasi inoltre ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp – Oxford – New York, 2002.

<sup>56</sup> PALMISANO G., *Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale: spunti critici di teoria e prassi*, Milano, 1992, p. 117: “La Commissione sembra cioè applicare alle proprie valutazioni un criterio implicito nello spirito dell'art. 3, secondo il quale la gravità di una violazione della norma sulla tortura dipenderebbe, tra l'altro, dal grado di intenzionalità della condotta statale oggettivamente illecita, o meglio dall'intensità del contrasto fra l'atteggiamento interiore dello Stato autore dell'illecito e quanto richiesto per l'adempimento degli obblighi previsti nell'art. 3.”

Infatti la Corte ha stabilito “that recourse to the five techniques amounted to a practice of inhuman and degrading treatment, which practice was in breach of Article 3” (caso Irlanda, cit., § 168).

Tuttavia l’apprezzamento è variabile in riferimento alle circostanze della causa, la durata del trattamento e i suoi effetti fisici o mentali, come pure il sesso, l’età e lo stato di salute della vittima<sup>57</sup>.

Proprio a causa della relatività di tali circostanze, il criterio della “soglia minima di gravità” può incontrare dei limiti nel c.d. margine di discrezionalità che deve essere riconosciuto agli Stati parti<sup>58</sup>.

Quanto al concetto di vittima, si rinvia alla definizione di questa offerta dalla Convenzione europea, in particolare dagli artt. 1 e 34. Infatti l’art. 1 della Convenzione europea<sup>59</sup> riconosce “ogni persona alla quale le Alti Parti contraenti riconoscano diritti e libertà [in quanto] soggetta alla loro giurisdizione”. Invece l’art. 34 della stessa Convenzione individua tra i soggetti legittimati ad agire davanti la Corte europea, presentando un ricorso individuale, “ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di soggetti privati che si ritenga vittima di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione o dai suoi protocolli [...]”.

Il concetto di “tortura” è stato in molti casi (caso Soering c. Regno Unito<sup>60</sup>, § 86; caso Aydin c. Turchia<sup>61</sup>, § 48; caso Al-Adsani c. Regno Unito<sup>62</sup>, § 29; caso Selmouni c. Francia<sup>63</sup>, § 97;

---

<sup>57</sup> ADDO M.K., GRIEF N., *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, cit., p. 514: “Its practice under Article 3 is based not on objective criteria but on the effects of various subjective factors on the particular facts of each case, leading to decisions which can be hard to reconcile at least at first sight. Indeed, that may be the only realistic way of addressing the various issues which can arise under Article 3.”

<sup>58</sup> SACCUCCI A., *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione ‘al ribasso’ degli obblighi internazionali?*, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3, 2009, pp. 5-31 (16): “Trattandosi di una valutazione per sua natura relativa, che risulta per di più condizionata da fattori contingenti di natura culturale e sociale, residua evidentemente un sia pur circoscritto margine di discrezionalità cui gli Stati possono fare appello per sostenere l’inapplicabilità del divieto a certe misure coercitive adottate per ragioni di prevenzione o di repressione del terrorismo ovvero per qualificare tali misure come violazioni *minoris generis* del divieto stesso (segnatamente come trattamenti inumani e degradanti anziché come tortura). Ed in effetti gli Stati hanno più volte utilizzato questo argomento per giustificare la propria condotta alla luce delle rilevanti norme internazionali, sfruttando al massimo (e talvolta ben oltre il limite del consentito) le variabili di relatività inerenti al criterio della ‘soglia minima’ per farvi rientrare anche considerazioni attinenti all’esigenza di salvaguardia della sicurezza nazionale e per flettere conseguentemente al ribasso il livello di protezione offerto da tali norme”.

<sup>59</sup> L’articolo 1 della Convenzione europea afferma: “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

<sup>60</sup> ECHR, Case Soering cit., § 86: “[...] in the instant case it is common ground that the United Kingdom has no power over the practices and arrangements of the Virginia authorities which are the subject of the applicant’s complaints. It is also true that in other international instruments cited by the United Kingdom Government - for example the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees (Article 33), the 1957 European Convention on Extradition (Article 11) and the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment (Article 3) - the problems of removing a person to another jurisdiction where unwanted consequences may follow are addressed expressly and specifically. These

caso *Salman c. Turchia*<sup>64</sup>, § 114; caso *Suheyla Aydin c. Turchia*<sup>65</sup>, § 195) collegato alla definizione offerta dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani e degradanti del 1984. Infatti la Corte nel *caso Al-Adsani c. Regno Unito* (§ 29) ha riportato il testo dell'art. 1 della citata Convenzione, che definisce tortura “*any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, 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*

---

considerations cannot, however, absolve the Contracting Parties from responsibility under Article 3 (art. 3) for all and any foreseeable consequences of extradition suffered outside their jurisdiction.”

<sup>61</sup> ECHR, Case *Aydın v. Turkey*, [GC], 25 September 1997, Appl. no. 23178/94, Court, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI, § 48: “Article 13 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984 requires that a State party «shall ensure that any individual who alleges that he has been subjected to torture in any territory under its jurisdiction has the right to complain to and have his case promptly and impartially examined by its competent authorities. Steps shall be taken to ensure that the complainant and witnesses are protected against ill-treatment or intimidation as a consequence of evidence given». Article 12 of the Convention requires each State party to ensure «that its competent authorities proceed to a prompt and impartial investigation, wherever there is reasonable ground to believe that an act of torture has been committed in any territory under its jurisdiction».”

<sup>62</sup> ECHR, Case *Al-Adsani v. the United Kingdom*, [GC], 1 March 2000, Appl. no. 35763/97, Court, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI, § 29: “In the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, adopted on 10 December 1984 (“the UN Convention”), torture is defined as: «For the purposes of this Convention, the term ‘torture’ means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, 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. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions». The UN Convention requires by Article 2 that each State Party is to take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent torture in any territory under its jurisdiction, and by Article 4 that all acts of torture be made offences under each State’s criminal law.”

<sup>63</sup> ECHR, *Caso Selmouni v. France*, [GC], 28 July 1999, Appl. no. 25803/94, Court, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, § 97: “The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which came into force on 26 June 1987, also makes such a distinction, as can be seen from Articles 1 and 16.”

<sup>64</sup> ECHR, Case *Salman v. Turkey*, [GC], 27 June 2000, Appl. no. 21986/93, Court, Reports of Judgments and Decisions 2000-VII, § 114: “In determining whether a particular form of ill-treatment should be qualified as torture, consideration must be given to the distinction, embodied in Article 3, between this notion and that of inhuman or degrading treatment. As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should, by means of this distinction, attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment cited above, pp. 66-67, § 167). In addition to the severity of the treatment, there is a purposive element, as recognised in the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which came into force on 26 June 1987, which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, *inter alia*, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating (Article 1 of the United Nations convention).”

<sup>65</sup> ECHR, Case *Suheyla Aydin v. Turkey*, 24 May 2005, Appl. no. 255660/94, Court, § 195: (see *Salman*, cited above, § 114).

*an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.”*

Dalla citata giurisprudenza europea consegue che gli elementi costitutivi della tortura sono: a) dolori o sofferenze fisiche e mentali di carattere grave; b) inflitti direttamente o indirettamente da funzionari dello Stato (o da privati<sup>66</sup> nell’evoluzione relativamente recente della giurisprudenza, caso H. L. R. c. Francia, vedi *supra*; caso A. c. Regno Unito<sup>67</sup>, vedi *infra*); c) per il perseguimento di uno scopo concreto, ovvero quello di ottenere informazioni o confessioni, di punire, umiliare, screditare o intimidire.

Per quanto riguarda il soggetto autore dell’atto di tortura, la Convenzione europea prevede che esso sia un funzionario pubblico o altra persona nell’esercizio delle sue funzioni pubbliche. Infatti in diversi casi, la Corte ha definito torture atti compiuti da forze armate o di sicurezza di uno Stato nei centri di detenzione della polizia o nelle prigioni. Tuttavia la giurisprudenza ha progressivamente elaborato un’interpretazione estensiva del concetto di tortura che potrebbe contribuire in futuro ad una modifica di detto requisito. In tal senso la Corte sancisce l’obbligo per gli Stati di “ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (see, mutatis mutandis, the H.L.R. v. France judgment of 29 April 1997, Reports 1997-III, p. 758, § 40)” (caso A. c. Regno Unito, § 22). Pertanto, anche nel caso in cui a commettere un atto di tortura sia un individuo privato e non un pubblico funzionario emerge la responsabilità dello Stato sotto la cui giurisdizione avviene la violazione<sup>68</sup>.

Nel *caso Aksoy c. Turchia*, la Corte distingue la tortura da altre pratiche lesive dell’integrità fisica e mentale, affermando: “[...] this distinction would appear to have been embodied in

---

<sup>66</sup> Su violazioni dell’art. 3 compiute da private vedasi SVENSSON-MCCARTHY A.L., *The International Law of Human Rights and States of Exception, with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-law of the International Monitoring Organs*, The Hague, 1998, p. 535: “It should be finally pointed out that, owing to the absolute character of Art. 3, the Court has not excluded that it ‘may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials’. On the other hand, in such a case, ‘it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection’” et LAMBERT H., *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities*, Refugee Survey Quarterly, vol. 24, 2005, pp. 39-55 (42-43): “The source of the treatment is irrelevant; it can emanate from State’s authorities or private individuals. In cases of non-States authorities, the burden of proof will be more onerous, in particular the applicant will need to show that the State’s authorities are unable to alleviate the risk by providing appropriate protection.”

<sup>67</sup> ECHR, Case A. v. the United Kingdom, 23 September 1998, Appl. no. 25599/94, Court, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI.

<sup>68</sup> KARAGIANNIS S., *Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l’État de destination ou à des particuliers*, Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme, 1999, vol. 1, pp. 33-88 (38): “[...] H. L. R. c. France, lequel pour la première fois admet clairement la violation de l’article 3 pour cause d’agissements privés dans l’Etat de destination, reste néanmoins substantielle.”

the Convention to allow the special stigma of «torture» to attach only to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering” (caso Aksoy c. Turchia<sup>69</sup> cit., § 63).

Per trattamenti *degradanti* la Corte ha ritenuto quei trattamenti gravi che ledono la dignità della persona: *discriminazione razziale* (caso Moldovan e altri c. Romania, § 111<sup>70</sup>), *detenzione ed in condizioni di estremo isolamento* (caso Peers c. Grecia, § 74<sup>71</sup>, caso Kalashnikov c. Russia, § 95<sup>72</sup>) *mancaza di adeguate cure mediche* (caso Price c. Regno Unito, § 30<sup>73</sup>; caso Mouisel c. Francia § 38 e 39<sup>74</sup>).

Nel *caso Irlanda c. Regno Unito, cit.*, la Corte ha riconosciuto le cinque tecniche di interrogatorio, utilizzate nei confronti di alcuni individui sospettati di essere membri dell'I.R.A., trattamenti inumani e degradanti “since they were such as to arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance”(caso Irlanda c. Regno Unito cit., § 167).

Nel *caso Labita c. Italia*<sup>75</sup> la Corte ha determinato in modo più compiuto il contenuto della nozione di *trattamento inumano e degradante*:

---

<sup>69</sup> ECHR, Case Aksoy v. Turkey, 18 December 1996, Appl. no. 21987/93, Court, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI.

<sup>70</sup> ECHR, Case Moldovan and others v. Romania, 12 July 2005, Appl. nos. 41138/98 and 64320/01, Court, Reports 2005-VII (extracts), § 111: “In this connection the Court reiterates that discrimination based on race can of itself amount to degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention (see *East African Asians v. the United Kingdom*, Commission Report, 14 December 1973, DR 78, p. 5, at p. 62).”

<sup>71</sup> ECHR, Case Peers v. Greece, 19 April 2001, Appl. no. 28524/95, Court, Reports 2001-III, § 74: “In the light of the foregoing, the Court considers that in the present case there is no evidence that there was a positive intention of humiliating or debasing the applicant. However, the Court notes that, although the question whether the purpose of the treatment was to humiliate or debase the victim is a factor to be taken into account, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of violation of Article 3”.

<sup>72</sup> ECHR, Case Kalashnikov v. Russia, 15 July 2002, Appl. no. 47095/99, Court, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI, § 95: “Nevertheless, under this provision the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured.”

<sup>73</sup> ECHR, Case Price v. United Kingdom, 10 July 2001, Appl. no. 33394/96, Reports of Judgments and Decisions 2001-VII, § 30: “There is no evidence in this case of any positive intention to humiliate or debase the applicant. However, the Court considers that to detain a severely disabled person in conditions where she is dangerously cold, risks developing sores because her bed is too hard or unreachable, and is unable to go to the toilet or keep clean without the greatest of difficulty, constitutes degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention.”

<sup>74</sup> ECHR, Case Mouisel c. France, 14 November 2002, Appl. no. 67263/01, Court, Reports of Judgments and Decisions 2002-IX, § 38 e 39: “The Convention does not contain any provision relating specifically to the situation of persons deprived of their liberty, let alone where they are ill, but it cannot be ruled out that the detention of a person who is ill may raise issues under Article 3 of the Convention. In the case of a prisoner suffering from disorders associated with hereditary obesity, the Commission expressed the opinion that there had been no violation of Article 3 of the Convention because the applicant had been provided with care appropriate to his state of health. It considered, however, that detention *per se* inevitably affected prisoners suffering from serious disorders. [...]. Health, age and severe physical disability are now among the factors to be taken into account under Article 3 of the Convention [...].”

<sup>75</sup> ECHR, Case Labita v. Italy, [GC], 6 April 2000, Appl. no. 26772/95, Reports of Judgments and Decisions 2000-IV.

“Treatment has been held by the Court to be “inhuman” because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering, and also «degrading» because it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them. In order for a punishment or treatment associated with it to be «inhuman» or «degrading», the suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment” (caso Labita c. Italia, § 120).

Pertanto le definizioni di trattamento inumano e degradante e quella di pena degradante (vedi *infra*) non sono rigide, ma dipendono dalle circostanze: un’eventuale differenza può essere individuata nel grado di sofferenze arrecate, più gravi nel primo caso e meno nel secondo. Le caratteristiche del trattamento inumano e degradante possono consistere in: a) un trattamento inumano, in quanto premeditato ed applicato per ore, che può causare sofferenza mentale o fisica; b) degradante, in quanto provoca nella vittima sentimenti di paura ed umiliazione, tali da umiliarlo; c) che supera l’inevitabile sofferenza o umiliazione che discende da una pena considerata “normale” (caso Labita cit., § 120). Tuttavia la distinzione delle diverse fattispecie lesive *ex art. 3* non prescinde dal carattere assoluto ed inderogabile del divieto nel suo insieme, ma *a contrario* arricchisce il contenuto della disposizione.

Nei casi *Tyrer c. Regno Unito*<sup>76</sup> e *Costello-Roberts c. Regno Unito*<sup>77</sup>, la Corte individua nella presenza dei seguenti elementi costitutivi una pena degradante: a) una pena; b) eseguita al fine di provocare nella vittima umiliazioni e sentimenti di vergogna; c) che raggiunge un livello determinato; d) e può essere pubblica<sup>78</sup>. Tuttavia la Corte riconosce come sia “sufficiente” che la vittima si senta umiliata per poter far rientrare tale punizione nella categoria di pena degradante, senza che sia necessaria la pubblicità della pena (“the Court does not consider that absence of publicity will necessarily prevent a given punishment from falling into that

---

<sup>76</sup> ECHR, Case Tyrer cit.

<sup>77</sup> ECHR, Case Costello-Roberts v. the United Kingdom, 25 March 1993, Appl. no. 13134/87, Court, Series A no. 247-C.

<sup>78</sup> ADDO M.K., GRIEF N., *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, cit., pp. 518-519: “The one real difference between the two cases lay in the fact that Tyrer was sentenced by a court and Costello-Roberts by his headmaster. The other factors were either similar or only superficially different. This being so, the different conclusions must have been based upon the weight attached to the body or person responsible for authorizing the punishment. The *Tyrer* case exemplified a vertical (state versus individual) violation of Article 3 by a state institution (the juvenile court), whereas *Costello-Roberts* involved a horizontal (inter-individual) violation. It is easier to hold the government responsible for violations arising from the actions of a state institutions. Similarly, in terms of magnitude of the threat posed to human rights protection by the two types of violation, the *Tyrer* situation was arguably more disturbing and therefore in need of a ‘firmer hand’ than that the *Costello-Roberts* situation. This may well be the Court’s view based on the notion of effective protection at that point in time of its development of the case law, and hence must be judged as consistent. However, recent cases in this field of corporal punishment are increasingly moving away from the distinction between institutional and private violence. This approach may represent the new standard, and probably better definition of the notion of effective protection in the context of the absolute nature of Article 3.”

category: it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes, even if not in the eyes of others”, caso *Tyrer c. Regno Unito*, § 32).

Nel caso *Costello-Roberts c. Regno Unito*<sup>79</sup>, la Corte ha stabilito che una pena per essere definita degradante debba raggiungere un determinato livello di gravità, distinto da una pena considerata “normale”, definita secondo il contesto, durata della stessa così come in riferimento all’età, allo stato di salute ed inoltre alla vulnerabilità della vittima (“in order for punishment to be «degrading» and in breach of Article 3 (art. 3), the humiliation or debasement involved must attain a particular level of severity and must in any event be other than that usual element of humiliation inherent in any punishment. Indeed, Article 3 (art. 3), by expressly prohibiting ‘inhuman’ and ‘degrading’ punishment, implies that there is a distinction between such punishment and punishment more generally”, caso *Costello-Roberts c. Regno Unito*, § 30).

### **3.1 Il divieto di *refoulement* nel caso di violazioni combinate degli artt. 1 e 8 della Convenzione.**

Come si è osservato il principio di *non-refoulement* nella giurisprudenza della Corte europea emerge in via indiretta nel divieto di tortura, sancito dall’art. 3. Tuttavia, la Corte, in particolare, ha richiamato, in combinato di violazioni dell’art. 3, l’art. 1<sup>80</sup>, che sancisce l’obbligo generale per gli Stati parti, sotto la propria giurisdizione, di garantire l’esercizio dei diritti sanciti dalla Convenzione, nonché l’art. 8 di cui si ritiene opportuno descrivere il contenuto alla luce della rilevante giurisprudenza.

L’art. 8 disciplina il rispetto alla vita privata, familiare<sup>81</sup>, al proprio domicilio e alla corrispondenza. La norma in parola, ancorché non sia stata inserita tra le disposizioni inderogabili della Convenzione, rileva ai fini della presente ricerca. Infatti il diritto alla vita privata e familiare può essere leso o non essere pienamente esercitato nei casi di espulsione e di deportazione. Pertanto si rinviene, in combinato con l’art. 3, un puntuale riferimento all’art.

---

<sup>79</sup> ECHR, Case *Costello-Roberts* cit.

<sup>80</sup> LAMBERT H., *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities*, cit., p. 41 : “Thus, the fundamental importance of Article 3, read in conjunction with Article 1 (obligation to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the ECHR) led the Court to develop an obligation on States akin to the principle of *non-refoulement*. This obligation must be seen as a component of the more general obligation of a State to do everything that it could reasonably have been expected to do to protect and individual from and harm of which it knew or ought to have known.”

<sup>81</sup> SAULLE M.R., *I diritti della famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Rivista di studi politici internazionali, vol. 71, n. 4, 2004, pp. 619-624.

8 nei casi *Chahal c. Regno Unito*, § 135 e 139<sup>82</sup> (v. *supra*), *Saadi c. Italia*, § 3 e 161<sup>83</sup> (v. *supra*); *N. c. Regno Unito*, § 52<sup>84</sup> (v. *supra*); *Mamatkulov and Askarov c. Turchia*, § 104<sup>85</sup> (v. *supra*).

In merito al contenuto del diritto garantito dall'art. 8, nel *caso Maslov c. Austria*<sup>86</sup>, la Corte ha affermato che tale articolo concerne due aspetti complementari la "vita familiare" e la "vita privata". Infatti il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri individui, contribuendo a formare l'identità sociale individuale in relazione ai rapporti con altri membri della propria comunità, costituisce parte del concetto di "vita privata". Inoltre l'eventuale espulsione di un migrante, che si sia stabilito nel territorio di uno Stato membro, comporta un'interferenza nell'esercizio del suo diritto ad una "vita privata" con inevitabili conseguenze sugli altri familiari, in particolare figli minori.

Pertanto la Corte, a seconda dei casi, può fare riferimento alla "vita familiare" piuttosto che alla "vita privata", infatti Essa riconosce che nella definizione di vita familiare rientra il concetto speculare di vita privata, focalizzando la propria attenzione sul complesso delle relazioni sociali che i migranti stabiliscono con la comunità nella quale vivono.

---

<sup>82</sup> ECHR, Case *Chahal* cit., § 135: "It was not contested by the Government that the deportation would constitute an interference with the Article 8 para. 1 (art. 8-1) rights of the applicants to respect for their family life." E § 139: "The Court recalls its finding that the deportation of the first applicant to India would constitute a violation of Article 3 of the Convention (art. 3) (see paragraph 107 above). Having no reason to doubt that the respondent Government will comply with the present judgment, it considers that it is not necessary to decide the hypothetical question whether, in the event of expulsion to India, there would also be a violation of the applicants' rights under Article 8 of the Convention (art. 8)."

<sup>83</sup> ECHR, Case *Saadi v. Italy*, [GC], 28 February 2008, Appl. no. 37201/06, Court, § 3: "The applicant alleged that enforcement of a decision to deport him to Tunisia would expose him to the risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention and to a flagrant denial of justice (Article 6 of the Convention). In addition, the measure concerned would infringe his right to respect for his family life (Article 8 of the Convention) and had been taken in disregard of the procedural safeguards laid down in Article 1 of Protocol No. 7." E § 161: "The applicant alleged that his expulsion to Tunisia would deprive his partner and his son of his presence and assistance. He relied on Article 8 of the Convention, which provides [...]."

<sup>84</sup> ECHR, Case *N.*, cit. § 52: "The applicant argued under Article 8 that the circumstances facing her on return to Uganda would engage her right to respect for her private life."

<sup>85</sup> ECHR, Case *Mamatkulov and Askarov* cit., § 104: "Interim measures have been indicated only in limited spheres. Although it does receive a number of requests for interim measures, in practice the Court applies Rule 39 only if there is an imminent risk of irreparable damage. While there is no specific provision in the Convention concerning the domains in which Rule 39 will apply, requests for its application usually concern the right to life (Article 2), the right not to be subjected to torture or inhuman treatment (Article 3) and, exceptionally, the right to respect for private and family life (Article 8) or other rights guaranteed by the Convention. The vast majority of cases in which interim measures have been indicated concern deportation and extradition proceedings."

<sup>86</sup> ECHR, Case of *Maslov v. Austria*, [GC], 23 June 2008, Appl. no. 1638/03, Selected for publication, § 63: "[A]rticle 8 also protects the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and can sometimes embrace aspects of an individual's social identity, it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitutes part of the concept of 'private life' within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a 'family life', the expulsion of a settled migrant therefore constitutes an interference with his or her right to respect for private life. It will depend on the circumstances of the particular case whether it is appropriate for the Court to focus on the 'family life' rather than the 'private life' aspect."

La Corte, nel caso *Uner c. Olanda*<sup>87</sup>, soffermandosi sulle conseguenze dell'espulsione, ha stabilito alcuni criteri specifici per accertare se l'eventuale espulsione sia necessaria in una società democratica, nonché proporzionata<sup>88</sup> rispetto allo scopo legittimo perseguito.

Tali criteri consistono nei seguenti: *i)* la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; *ii)* la durata della permanenza del ricorrente nello Stato dal quale deve essere espulso; *iii)* il tempo intercorso dalla commissione del reato e la condotta del richiedente durante quel periodo; *iv)* le nazionalità delle persone coinvolte; *v)* la situazione familiare del richiedente, ad es. la durata del matrimonio e altri fattori che evidenzino l'effettiva vita familiare della coppia; *vi)* se il coniuge era al corrente del reato al momento dell'inizio della loro relazione familiare; *vii)* la presenza eventuale di figli nati dal matrimonio e la loro età; *viii)* la gravità delle difficoltà che potrebbe affrontare il coniuge nel Paese dove il ricorrente fosse espulso.

Coerentemente a questo caso, nel caso *Slivenko c. Lettonia*<sup>89</sup>, la Corte, sempre con riferimento a misure di espulsione o estradizione, ha confermato che il concetto di "vita familiare" deve ricondursi all'effettiva "vita familiare"<sup>90</sup>, condotta sul territorio dello Stato membro, ed ha esteso tale nozione anche a coloro che pur non essendo cittadini dello Stato membro vi risiedono legalmente<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> ECHR, Case of *Uner v. The Netherlands*, [GC], 18 October 2006, Appl. no. 46410/99, Selected for publication, § 57: "Even if Article 8 of the Convention does not therefore contain an absolute right for any category of alien not to be expelled, the Court's case-law amply demonstrates that there are circumstances where the expulsion of an alien will give rise to a violation of that provision. In the case of *Boultif* the Court elaborated the relevant criteria which it would use in order to assess whether an expulsion measure was necessary in a democratic society and proportionate to the legitimate aim pursued. These criteria, as reproduced in paragraph 40 of the Chamber judgment in the present case, are the following: - the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; - the length of the applicant's stay in the country from which he or she is to be expelled; - the time elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period; - the nationalities of the various persons concerned; - the applicant's family situation, such as the length of the marriage, and other factors expressing the effectiveness of a couple's family life; - whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; - whether there are children of the marriage, and if so, their age; and - the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled."

<sup>88</sup> LEVINET M., *L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1999, vol. 1, pp. 89-118 (103): "Dans le contrôle de proportionnalité qu'elle doit assumer, la Cour européenne des droits de l'homme manifeste une attention particulière, quand elle n'en admet pas la prééminence, au respect de la vie privée et familiale des personnes [...]."

<sup>89</sup> ECHR, *Slivenko v. Latvia*, [GC], 9 October 2003, Appl. no 48321/99, Reports of Judgments and Decisions 2003-X, § 94.

<sup>90</sup> CELLAMARE G., *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 279: "Sinteticamente, può ricordarsi che quest'ultima concentra la propria attenzione non sulla nozione di famiglia accolta nelle legislazioni degli Stati contraenti, bensì su fattori e circostanze del caso di specie che denotano l'esistenza di relazioni di tipo familiare, nel senso, a suo tempo, precisato, sicché possono sussistere differenze tra la portata della nozione di famiglia accolta dalla Corte in un dato caso e quella risultante dalla legislazione dello Stato in causa."

<sup>91</sup> LEVINET M., *L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit. p. 97: "L'étude de sa jurisprudence démontre, qu'à l'instar de l'appréciation qui est la sienne dans d'autres contentieux liés à l'article 8, elle consacre une définition extensive des notions de «vie familiale» et de «vie privée»."

#### 4. L'ambito di applicazione dell'art. 3 della Convenzione europea.

La natura assoluta dell'art. 3 discende sia dalla Convenzione europea sia dalla giurisprudenza ad essa collegata. Come si è osservato, è la stessa Convenzione europea a garantire l'applicazione della disposizione in esame anche in circostanze particolari, al fine di offrire una protezione effettiva<sup>92</sup>. Pertanto dall'analisi che segue emerge un'applicazione estensiva<sup>93</sup> della stessa, in relazione a fattispecie riconducibili alla tortura: *violenza sessuale, inchieste relative al terrorismo*<sup>94</sup> e *detenzione*<sup>95</sup>, *estradizione*<sup>96</sup> ed *espulsione*.

Anche se ai fini del presente lavoro, in riferimento al divieto di *refoulement*, si intende focalizzare l'attenzione in particolare ai casi di estradizione<sup>97</sup> ed espulsione, si ricorda che spesso la prassi ha registrato una contemporanea presenza di tali fattispecie lesive.

---

<sup>92</sup> ADDO M.K., GRIEF N., *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, cit. p. 523: "‘Absolute right’ must mean more than the impermissibility of limitations, exceptions and derogations. However, it is a nebulous concept involving the assessment of various subjective factors. The interrelationship of these factors and their effects on final decisions and judgments in Article 3 litigation is guided by the principle of effective protection and the aim of upholding European public order".

<sup>93</sup> CULLEN A., *Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights*, California Western International Law Journal, vol. 34, 2003, pp. 29-46 (43): "The concept of torture needs to be broadened to include not only the meaning intended by the drafters of the Convention, but also to cover a range of techniques that are continually being developed. The notion should be broadly conceived so that its interpretation may develop in order to make more effective the prohibition of new, subtle methods of torture."

<sup>94</sup> DAYA AMARASINHA S., ISENBECKER M., *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?*, Nordic Journal of International Law, 1996, vol. 65, pp. 223-240.

<sup>95</sup> SUDRE F., MARGUENAUD J. P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 142: "Par son arrêt Kudla, la Cour européenne (en Grande Chambre) affirme, pour la première fois, que l'article 3 de la Convention garantit le droit de tout prisonnier à être «détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine». [...] L'arrêt Kudla opère un saut qualitatif et va très au-delà de cette protection indirecte. Par une interprétation constructive de l'article 3, la nouvelle Cour consacre un nouveau droit – le droit à des conditions de détention conformes à la dignité humaine."; p. 145: "L'arrêt Kudla, en affirmant que l'article 3 «impose à l'État de s'assurer» que tout prisonnier bénéficie de conditions de détention conformes à la dignité humaine, met à jour une obligation positive implicite relative aux conditions de détention qui s'inscrit dans la ligne des obligations positive dégagées de l'article 3 par le juge européen en matière de mauvais traitements sur les personnes privées de liberté (Selmouni). L'État partie est donc tenu par une obligation de double nature, substantielle et procédurale."

<sup>96</sup> LUGATO M., *Trattati di estradizione cit.*, p. 1: "L'estradizione è un istituto in virtù del quale la persona, imputata o condannata per un reato, viene trasferita dal Paese nel quale si trova ad un altro Paese, di norma senza il suo consenso, cioè coattivamente, per affrontare un processo penale o per essere sottoposta ad una pena già comminata, in relazioni ad accuse o a condanne tendenzialmente gravi." Inoltre vedasi PUENTE E., *L'extradition en droit International: problèmes choisis*, Recueil des Cours, 1991, pp. 9-260 (35): "L'extradition est un acte d'assistance judiciaire interétatique en matière pénale qui vise à transférer un individu pénalement poursuivi ou condamné du domaine de la souveraineté d'un Etat à celui d'un autre Etat".

<sup>97</sup> PARISI N., *Estradizione e Diritti dell'Uomo fra Diritto Internazionale Convenzionale e Generale*, Milano, 1993, pp. 25-26: "Ma occorre subito aggiungere che l'impiego di questo articolo in materia di estradizione non risulta affatto agevole. Mentre per quella che si è chiamata la prospettiva processuale, le norme pattizie offrono parametri cui è possibile fare riferimento anche per valutare le procedure di estradizione, per la prospettiva sostanziale nulla di simile si verifica. Ne consegue che la pur ricca ed articolata giurisprudenza elaborata in sede europea per occasioni non attinenti l'estradizione e la prassi maturata in seno al Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite non sono integralmente utilizzabili: infatti il limite oltre il quale un istituto di per sé legittimo si tramuta in pratica suscettibile di violare in modo grave la dignità della persona è a priori difficile da tracciare. Sembra pertanto che, ai fini della qualificazione di un comportamento statale come pratica crudele,

Infatti nel *caso Aydin c. Turchia*<sup>98</sup>, la Corte ha stabilito che i ripetuti atti di *violenza fisica e mentale* perpetrati nei confronti della ricorrente ed in particolare la violenza carnale da questa subito possono essere qualificati come tortura e pertanto danno luogo ad una violazione dell'art. 3:

“Having regard to her sex, age and vulnerability she requested the Court to find that the deliberately inflicted and calculated physical suffering and sexual humiliation of which she was the victim was of such severity as to amount to an additional act of torture.” (Caso Aydin cit., § 75)

Siffatta interpretazione estensiva è confermata dal celebre *caso Selmouni c. Francia*<sup>99</sup>. In quell'occasione la Corte ha annoverato nel concetto di tortura anche atti di violenza, in precedenza ritenuti “semplicemente” trattamenti inumani e degradanti. Ciò proprio in considerazione del fatto che la Convenzione è uno strumento “vivente” e, pertanto, deve essere interpretata in base alle circostanze presenti (caso Tyrer c. Regno Unito<sup>100</sup>, § 31; caso Soering<sup>101</sup> cit., § 102; caso Loizidou c. Turchia<sup>102</sup>, § 71) ed alla luce di standard di tutela dei

---

inumani e degradanti, ogni istituto presenti specificità sue proprie e che, dunque, la qualificazione non possa che essere ricercata per ognuno.”

<sup>98</sup> ECHR, Case Aydin v. Turkey, § 75 cit. ed inoltre § 83: “Rape of a detainee by an official of the State must be considered to be an especially grave and abhorrent form of ill-treatment given the ease with which the offender can exploit the vulnerability and weakened resistance of his victim. Furthermore, rape leaves deep psychological scars on the victim which do not respond to the passage of time as quickly as other forms of physical and mental violence. The applicant also experienced the acute physical pain of forced penetration, which must have left her feeling debased and violated both physically and emotionally.”

<sup>99</sup> ARAI-YOKOI Y., *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR*, Netherlands Quarterly of Human Rights vol. 21-23, 2003, pp. 385-421 (387): “According to the Court, the interpretation recognising the Convention as a ‘living instrument’ requires the minimum standard of severity to be assessed in harmony with societal progress. This entails two seminal implications. First, acts which were classified as inhuman or even *degrading* treatment in the past might be recognised as torture in the future. Second, as seen in the prevalence of abolitionist approach to capital punishment, the strength of subsequent State practice and *opinio juris* among the member States might be such that it could help remove even a clear textual barrier to the teleological construction and identify inhuman and degrading treatment”.

<sup>100</sup> ECHR, Case Tyrer cit., § 31: “The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field. Indeed, the Attorney-General for the Isle of Man mentioned that, for many years, the provisions of Manx legislation concerning judicial corporal punishment had been under review.”

<sup>101</sup> ECHR, Case Soering cit., § 102: “Certainly, «the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions»; and, in assessing whether a given treatment or punishment is to be regarded as inhuman or degrading for the purposes of Article 3 (art. 3), «the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field».”

<sup>102</sup> ECHR, Case Loizidou v. Turkey (preliminary objections), [GC], 23 March 1995, Appl. no. 15318/89, Court, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, § 71: “That the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions is firmly rooted in the Court’s case-law (see, inter alia, the Tyrer v. the United Kingdom judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, §. 31). Such an approach, in the Court’s view, is not confined to the substantive provisions of the Convention, but also applies to those provisions, such as Articles 25 and 46 (art. 25, art. 46), which govern the operation of the Convention’s enforcement machinery. It follows that these provisions cannot be interpreted solely in accordance with the

diritti umani sempre più elevati<sup>103</sup>, che richiedono maggiore fermezza nell'affrontare eventuali violazioni di valori fondanti le società democratiche, quali ad esempio il divieto di tortura. In particolare la Corte ha affermato che “certain acts which were classified in the past as «inhuman and degrading treatment» as opposed to «torture» could be classified differently in future” (caso Selmouni c. Francia cit., § 101).

In un caso successivo, *Dikme c. Turchia*<sup>104</sup>, la Corte ha ribadito che, anche nel corso di *inchieste riconducibili alla lotta al terrorismo*, si deve considerare il limite della protezione dell'integrità fisica degli individui così come l'ambiente nel quale ha luogo l'eventuale interrogatorio (“such treatment had to be regarded as amounting to torture in view of the coercive and punitive environment in which it took place”, caso Dikme cit., § 87). Ciò in quanto il divieto di tortura, trattamenti e pene inumani e degradanti è assoluto, indipendentemente dalla condotta della vittima e, qualora si tratti di detenuti, dalla natura del presunto reato<sup>105</sup>.

Siffatto orientamento è stato ribadito nella sentenza sul *caso Saadi c. Italia*<sup>106</sup> con la quale la Corte ha ritenuto la gravità del reato commesso e la condotta del ricorrente irrilevanti ai fini della tutela offerta dall'art. 3 in esame<sup>107</sup>.

---

intentions of their authors as expressed more than forty years ago.” Vedi anche BATES E., *Avoiding Legal Obligations Created by Human Rights Treaties*, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 57, 2008, pp. 751-788 (765): “In *Loizidou* (as well other case law) the European Court reflected its perception of the special nature of the Convention by its reference to that instrument as a ‘constitutional instrument of European public order (*ordre public*)’. Such terminology would seem to portray the Court’s understanding of the Convention as no ordinary, traditional sovereignty-based treaty, but as an instrument with the potential to be a quasi-constitutional document in the field of human rights at the level of European public law.”

<sup>103</sup> LUGATO M., *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani* cit., pp. 123-124: “Giova quindi estrarre, dalla prassi degli Stati e degli organi di tutela dei diritti umani, piuttosto il criterio della delimitazione dei diritti umani potenzialmente rilevanti che l'elenco degli stessi. Ciò del resto si presenta del tutto coerente con il carattere ‘necessariamente espansivo’ dei trattati sui diritti umani, frequentemente sottolineato dai rispettivi organi di tutela e alla base dell'approccio dinamico da essi tenuto nella interpretazione delle norme che vi sono contenute.”

<sup>104</sup> ECHR, Case *Dikme v. Turkey*, 11 July 2000, Appl. no. 20869/92, Court, Reports of Judgments and Decisions 2000-VIII.

<sup>105</sup> ECHR, Case *Dikme*, cit., § 90: “The Court reiterates that, in respect of a person deprived of his liberty, recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 (*ibid.*, § 99). In this connection, the requirements of an investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against terrorist crime cannot justify placing limits on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individuals (see, *mutatis mutandis*, the *Ribitsch v. Austria* judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, p. 26, § 38). It should also be borne in mind that the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment is absolute, irrespective of the victim's conduct and – where detainees are concerned – the nature of the alleged offence (see, *mutatis mutandis*, *Labita* cited above, § 119).”

<sup>106</sup> ECHR, Case *Saadi*, cit., § 127: “Article 3, which prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, enshrines one of the fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, 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 (see *Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 8 January 1978, Series A no. 25, § 163; *Chahal*, cited above, § 79; *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 59, ECHR 2001-XI; and *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, § 335, ECHR 2005-III). As the prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or

In tal senso la Corte, nel *caso A. e altri c. Regno Unito*<sup>108</sup>, ha ricordato che “[E]ven in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism, and irrespective of the conduct of the person concerned, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment and punishment (*Ramirez Sanchez*, cited above, §§ 115-116)” (caso A. e altri cit., § 126).

In caso di lunga detenzione, in attesa dell’esecuzione della pena di morte, nel *caso Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*<sup>109</sup>, la Corte ha considerato tale attesa nel corridoio della morte come un “atto di tortura”:

“[...] the death sentence imposed on the applicant coupled with the conditions he was living in and the treatment he suffered during his detention after ratification, account being taken of the state he was in after spending several years in those conditions before ratification, were particularly serious and cruel and must accordingly be considered acts of torture within the meaning of Article 3 of the Convention” (Caso Ilaşcu e altri cit., § 440).

## 5. L’applicazione dell’art. 3 CEDU a casi di estradizione ed espulsione.

La Corte europea ha assimilato i due istituti, l’extradizione e l’espulsione, in quanto rientranti nella sfera di applicazione dell’art. 3 della Convenzione europea; tuttavia, come in precedenza ricordato, essi incontrano il limite del rispetto della vita privata e familiare, sancito dall’art. 8 della stessa Convenzione<sup>110</sup>.

In tal senso, tra i casi implicanti il rischio per l’individuo di essere sottoposto a tortura o ad un’altra delle violazioni dell’art. 3 concernenti casi di estradizione<sup>111</sup> ed espulsione in

---

punishment is absolute, irrespective of the victim's conduct (see *Chahal*, cited above, § 79), the nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3 (see *Indelicato v. Italy*, no. 31143/96, § 30, 18 October 2001, and *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, §§ 115-116, 4 July 2006).”

<sup>107</sup> SACCUCCI A., *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione ‘al ribasso’ degli obblighi internazionali?*, cit., p. 25: “In particolare, nella sentenza sul caso *Saadi* la Corte europea ha constatato la violazione da parte dell’Italia dell’art. 3 CEDU, escludendo in linea generale – secondo la formula già impiegata nel caso *Chahal* – che la natura dei reati commessi dallo straniero o la gravità del pericolo che egli pone per la comunità statale possano assumere rilevanza, direttamente o indirettamente, al fine di valutare il rispetto del divieto di espulsione o estradizione verso Paesi in cui vi sia il rischio reale che egli sia sottoposto a torture o trattamenti inumani e degradanti”.

<sup>108</sup> ECHR, *Case A. and others v. United Kingdom*, [GC], 19 February 2009, Appl. no. 3455/05, Court, Selected for publication in Reports of Judgments and Decisions.

<sup>109</sup> ECHR, *Case Ilaşcu and others v. Moldova e Russia*, [GC], 8 July 2004, Appl. no. 48787/99, Court, Reports of Judgments and Decisions 2004-VII.

<sup>110</sup> LUGATO M., *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, cit., p. 122.

<sup>111</sup> LUGATO M., *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, cit., 132: “Il divieto di estradizione trova infatti applicazione nei casi in cui ci sia ragione di temere per la vita dell’estradando, o per la

particolare rilevano: *Soering c. Regno Unito* (caso cit.), *Cruz Varas e altri c. Svezia*<sup>112</sup>, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*<sup>113</sup>, *Chahal c. Regno Unito*<sup>114</sup>, ed i più recenti *Al-Moayad c. Germania*<sup>115</sup>, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*<sup>116</sup>, *Saadi c. Italia*<sup>117</sup> e *N. c. Regno Unito*<sup>118</sup> e *Ramzy c. Paesi Bassi*<sup>119</sup>. La Corte ha stabilito la responsabilità degli Stati parti al fine di evitare il rischio effettivo che l'individuo, se rimpatriato, possa subire violazioni ex art. 3 della Convenzione ed il collaterale obbligo negativo di non deportare l'individuo in questione verso un altro Stato (divieto di *refoulement* indiretto).

A tale scopo la Corte (caso *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*) ha affermato che la decisione di espulsione, che implichi un rischio per l'individuo, comporta un effetto sospensivo automatico, in modo coerente con l'esercizio dell'art. 13 della Convenzione, inerente al diritto ad un ricorso effettivo<sup>120</sup>.

Pertanto la decisione di un eventuale trasferimento di un individuo richiede un esame accurato delle effettive condizioni<sup>121</sup> di tale Stato (caso *Al-Moayad c. Germania*, § 64<sup>122</sup>), nonché delle

---

sua incolumità fisica o psichica (sia per il rischio di torture, sia per il rischio di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti), o ancora ci sia il pericolo che sia giudicato da tribunali speciali.”

<sup>112</sup> ECHR, Case *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20 March 1991, Appl. no. 15576/89, Court, Series A no. 201.

<sup>113</sup> ECHR, Case *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, Appl. no. 13163/87; 13164/87; 13165/87, Court, Series A no. 215. Nel caso citato, si afferma la nozione di *gruppo*, in quanto vittima, a tal proposito: KARAGIANNIS S., *Expulsion des étrangers et mauvais traitements.*, cit. pp. 56-57: “[...] introduire la notion de groupe dans l'évaluation du degré de souffrance des individus pose le redoutable problème de la correcte détermination du groupe de référence. [...] Dans le cas présent, le critère de détermination du groupe est essentiellement racial, mais, dans l'absolu, rien n'interdirait de retenir des critères de croyance religieuse, de convictions politiques, etc.”

<sup>114</sup> ECHR, Case *Chahal v. the United Kingdom*, [GC], 15 November 1996, Appl. no. 22414/93, Reports of Judgments and Decisions 1996-V.

<sup>115</sup> ECHR, Case *Al-Moayad v. Germany*, 20 February 2007, Appl. no. 35865/03, Court.

<sup>116</sup> ECHR, Case of *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France*, 26 April 2007, Appl. no. 25389/05, Selected for publication.

<sup>117</sup> ECHR, Case *Saadi* cit.

<sup>118</sup> ECHR, Case *N. v. the United Kingdom*, [GC], 27 May 2008, Appl. no. 26565/05, Court, (selected for publication).

<sup>119</sup> ECHR, Case *Ramzy v. the Netherlands*, 20 October 2010, Appl. no. 25424/05, Court, (dismissed).

<sup>120</sup> ECHR, Case of *Gebremedhin [Gaberamadhien]*, cit., § 66 e 67: “In view of the importance which the Court attaches to Article 3 of the Convention and the irreversible nature of the damage which may result if the risk of torture or ill-treatment materialises, this finding obviously applies also to cases in which a State Party decides to remove an alien to a country where there are substantial grounds for believing that he or she faces a risk of that nature: Article 13 requires that the person concerned should have access to a remedy with automatic suspensive effect. The Court therefore concludes in the instant case that, as the applicant did not have access in the “waiting zone” to a remedy with automatic suspensive effect, he did not have an “effective remedy” in respect of his complaint under Article 3 of the Convention. There has therefore been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3.”

<sup>121</sup> KARAGIANNIS S., *Expulsion des étrangers et mauvais traitements.*, cit. p. 50: “L'examen de la situation des droits de l'homme dans l'Etat de destination s'avérera crucial pour apprécier le risque de violation de la Convention. Un tel examen, qui se doit d'être détaillé, pourra naturellement «mécontenter» l'Etat de destination et être dénoncé par lui comme une intervention dans ses affaires intérieures, voir comme une tentative larvée d'extraterritorialiser l'article 3 de la Convention européenne.”

<sup>122</sup> ECHR, Case *Al-Moayad* cit., § 64: “The Court further observes that, having regard to the fact that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of a democratic society and prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, a rigorous scrutiny must necessarily be conducted of an individual's claim that his or her deportation to a third country will expose that individual to treatment prohibited

prevedibili conseguenze nelle quali potrebbe incorrere l'individuo se espulso (caso Saadi c. Italia, § 130<sup>123</sup>). Al fine di evitare che il procedimento di estradizione venga perfezionato, la Corte, come segnalato in precedenza, ha deciso in vari casi di adottare misure cautelari provvisorie. I casi in esame collegano la responsabilità degli Stati parti ad un rischio reale<sup>124</sup> per la vittima di essere sottoposta ad una delle pratiche lesive di cui all'art. 3.

Infatti sia in caso di espulsione (caso Vilvarajah e altri c. Regno Unito<sup>125</sup>) sia in caso di deportazione (caso Chahal c. Regno Unito<sup>126</sup>; Saadi c. Italia<sup>127</sup>) di un richiedente asilo ad opera di uno Stato parte, può insorgere nei confronti dello stesso una responsabilità, qualora vi siano rischi reali per l'individuo di essere sottoposto ad una violazione dell'art. 3.

Nel caso *N. c. Regno Unito*<sup>128</sup>, la Corte ha riconosciuto che l'espulsione di una persona affetta da malattia fisica o mentale grave, tale da provocare sofferenze, una ridotta aspettativa di vita, nonché la necessità di particolari cure mediche, non disponibili o non facilmente accessibili nel Paese di origine, può dar luogo ad una violazione dell'art. 3.

Nel caso *Mamatkulov and Askarov c. Turchia*, la Corte ha stabilito che qualora fossero state accordate assicurazioni diplomatiche sufficienti, al fine di evitare di sottoporre l'individuo a trattamenti contrari all'art. 3<sup>129</sup>, non vi sarebbe stata violazione dell'articolo in esame. Invece

---

by Article 3 (see, *mutatis mutandis*, *Vilvarajah*, cited above, p. 36, § 108; *Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, § 39, ECHR 2000-VIII)."

<sup>123</sup> ECHR, Case Saadi cit., § 130: "In order to determine whether there is a risk of ill-treatment, the Court must examine the foreseeable consequences of sending the applicant to the receiving country, bearing in mind the general situation there and his personal circumstances (see *Vilvarajah and Others*, cited above, § 108 *in fine*)".

<sup>124</sup> SUDRE F., MARGUENAUD J. P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 161: "L'arrêt Chahal transpose à la matière de l'éloignement des étrangers, et donc à un mauvais traitement potential, la solution retenue par l'arrêt Tomasi, selon laquelle tout usage de la force physique partiqué sur une personne privée de liberté atteint en soi le «minimum de gravité» requis pour tomber sous le coup de l'article 3. Cette nouvelle approche a pour effet de dissoudre la distinction entre applicabilité de l'article 3 et qualification du traitement contraire à l'article 3. Le constat de l'existence d'un «risque réel» de mauvais traitements suffit *en soi* à emporter violation de la Convention."

<sup>125</sup> ECHR, Case Vilvarajah cit., § 103: "In its Cruz Varas judgment of 20 March 1991 the Court held that expulsion by a Contracting State of an asylum seeker may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faced a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the country to which he was returned (Series A no. 201, p. 28, § 69 and 70)."

<sup>126</sup> ECHR, Chahal cit., § 107: "[...] the Court finds it substantiated that there is a real risk of Mr Chahal being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) if he is returned to India. Accordingly, the order for his deportation to India would, if executed, give rise to a violation of Article 3 (art. 3)."

<sup>127</sup> ECHR, Case Saadi cit., § 146: "In these circumstances, the Court considers that in the present case substantial grounds have been shown for believing that there is a real risk that the applicant would be subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention if he were to be deported to Tunisia."

<sup>128</sup> ECHR, Case N. cit., § 45: "Finally, the Court observes that, although the present application, in common with most of those referred to above, is concerned with the expulsion of a person with an HIV and AIDS-related condition, the same principles must apply in relation to the expulsion of any person afflicted with any serious, naturally occurring physical or mental illness which may cause suffering, pain and reduced life expectancy and require specialised medical treatment which may not be so readily available in the applicant's country of origin or which may be available only at substantial cost."

<sup>129</sup> ECHR, Case Mamatkulov and Askarov v. Turchia, [GC], 4 February 2005, Appl. nos. 46827/99 and 46951/9, Reports of Judgments 2005-I, § 76: "The Court notes that the Government have contended that the applicants

nel più recente *caso Saadi*, cit., la Corte ha affermato che le assicurazioni diplomatiche<sup>130</sup> devono comunque essere garantite, al di là dell'adesione dello Stato in questione (Tunisia) a trattati in materia di diritti umani, inoltre tali assicurazioni diplomatiche meritano un'analisi caso per caso, a seconda delle effettive circostanze materiali<sup>131</sup>.

“In that connection, the Court observes that the existence of domestic laws and accession to international treaties guaranteeing respect for fundamental rights in principle are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where, as in the present case, reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the Convention. The weight to be given to assurances from the receiving State depends, in each case, on the circumstances prevailing at the material time” (caso Saadi c. Italia, § 147).

Il *caso Saadi*<sup>132</sup> appare emblematico in quanto la Corte ribadisce la sua contrarietà a procedere contro qualsiasi tipo di bilanciamento<sup>133</sup> tra il rischio per l'individuo ricorrente di

---

were extradited after an assurance had been obtained from the Uzbek government. The terms of the document indicate that the assurance that «[t]he applicants' property will not be liable to general confiscation, and the applicants will not be subjected to acts of torture or sentenced to capital punishment» was given by the Public Prosecutor of the Republic of Uzbekistan, who added: «The Republic of Uzbekistan is a party to the United Nations Convention against Torture and accepts and reaffirms its obligation to comply with the requirements of the provisions of that Convention as regards both Turkey and the international community as a whole». The Government also produced medical reports from the doctors of the Uzbek prisons in which Mr Mamatkulov and Mr Askarov are being held (see paragraphs 28 and 34 above).”

<sup>130</sup> GIANELLI A., *Obbligo di non-refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, in AA. VV., *Studi in Onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Napoli, 2008, pp. 363-389 et NANNINI C., *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, RDI, fasc. 3, 2009, pp. 807-812.

<sup>131</sup> GIANELLI A., *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, RDI, fasc. 2, 2008, pp. 449-456 (456): “La sentenza contribuisce più in generale a sostenere la tesi secondo cui le assicurazioni, ove non si rivelino inesistenti o pretestuose, costituiscono manifestazioni di volontà che non sono incompatibili né pregiudicano il carattere assoluto del divieto di tortura, quanto in particolare all'obbligo di *non-refoulement*; passando dal piano convenzionale a quello generale, si può aggiungere che esse nemmeno sono invalide perché in contrasto con una norma cogente. L'accordo con cui gli Stati chiedono e ricevono assicurazioni non costituisce d'altra parte neppure una forma di adempimento dell'obbligo di cui all'art. 3, come alcuni Stati hanno sostenuto; piuttosto, esso precostituisce un mezzo di prova, da valutarsi insieme a tutti gli altri elementi della situazione concreta.” Vedasi inoltre, MANZINI P., *Casi difficili. Libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*, Torino, 2008, pp. 85-111 (86): “Sia nel caso *Soering* che in *Saadi c. Italia* la Corte conclude che, pur non spettando – in linea di principio – agli organi della Convenzione europea una valutazione sulla violazione potenziale della Convenzione, tale valutazione debba comunque essere effettuata, sulla base delle circostanze del caso di specie, laddove si tratti di stabilire se la concessione dell'estradizione può determinare un contrasto con il divieto posto dall'articolo 3 della CEDU. Ciò a motivo del carattere assoluto ed inderogabile di tale divieto.”

<sup>132</sup> GIANELLI A., *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 449-456.

<sup>133</sup> BATTJES H., *In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed*, Leiden Journal of International Law, v. 22, 2009, pp. 583-621 (618): “Although the search for a fair balance is explicitly referred to in only few cases, application of the prohibition involves balancing in three respects, First, as regards the assessment of whether there is a real risk that the expellee will be subjected to ill-treatment upon return, the expellee's interest that the risk is rigorously assessed is balanced against the general interest of limiting resources invested in this assessment. Second, as regards the standard of proof, the interest of the expellee with a low or lenient standard of proof is balanced against the same general

essere sottoposto a tortura o ad uno dei trattamenti contrari all'art. 3 e agli interessi della comunità nel suo insieme<sup>134</sup>. Anche in questo caso, come nel precedente *Chahal*, la Corte si oppone alle argomentazioni del governo del Regno Unito, favorevoli ad un bilanciamento tra il diritto individuale a non subire tortura sancito dall'art. 3, e il diritto alla vita<sup>135</sup>, sancito dall'art. 2, che dovrebbe essere garantito alla comunità internazionale nel suo insieme. Sulla stessa linea del *caso Chahal*<sup>136</sup> si pone il *caso Ramzy*, i governi intervenienti di Regno Unito, Lituania, Portogallo, Slovacchia, nelle loro osservazioni del 21 novembre 2005, avevano ritenuto possibile un bilanciamento tra diritti individuali e diritti collettivi<sup>137</sup>. Nel *caso Saadi*,

---

interest. Third the qualification of an act as torture or inhuman or degrading treatment or punishment requires balancing: interests such a medical necessity or the general interest to detain criminals or obtain evidence are balanced against the right to respect for one's personal and physical integrity."

<sup>134</sup> ECHR, Case Saadi cit., § 138: "Accordingly, the Court cannot accept the argument of the United Kingdom Government, supported by the respondent Government, that a distinction must be drawn under Article 3 between treatment inflicted directly by a signatory State and treatment that might be inflicted by the authorities of another State, and that protection against this latter form of ill-treatment should be weighed against the interests of the community as a whole (see paragraphs 120 and 122 above). Since protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment. As the Court has repeatedly held, there can be no derogation from that rule (see the case-law cited in paragraph 127 above). It must therefore reaffirm the principle stated in the *Chahal* judgment (cited above, § 81) that it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Article 3, even where such treatment is inflicted by another State. In that connection, the conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous, cannot be taken into account, with the consequence that the protection afforded by Article 3 is broader than that provided for in Articles 32 and 33 of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees (see *Chahal*, cited above, § 80 and paragraph 63 above). Moreover, that conclusion is in line with points IV and XII of the guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism (see paragraph 64 above)."

<sup>135</sup> ECHR, Case Saadi cit., § 122: "In the light of the foregoing considerations, the United Kingdom argued that, in cases concerning the threat created by international terrorism, the approach followed by the Court in the *Chahal* case (which did not reflect a universally recognised moral imperative and was in contradiction with the intentions of the original signatories of the Convention) had to be altered and clarified. In the first place, the threat presented by the person to be deported must be a factor to be assessed in relation to the possibility and the nature of the potential ill-treatment. That would make it possible to take into consideration all the particular circumstances of each case and weigh the rights secured to the applicant by Article 3 of the Convention against those secured to all other members of the community by Article 2. Secondly, national-security considerations must influence the standard of proof required from the applicant. In other words, if the respondent State adduced evidence that there was a threat to national security, stronger evidence had to be adduced to prove that the applicant would be at risk of ill-treatment in the receiving country. In particular, the individual concerned must prove that it was "more likely than not" that he would be subjected to treatment prohibited by Article 3. That interpretation was compatible with the wording of Article 3 of the United Nations Convention against Torture, which had been based on the case-law of the Court itself, and took account of the fact that in expulsion cases it was necessary to assess a possible future risk."

<sup>136</sup> JANIS M., KAY R.S., BRADLEY A.W., *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford, 2008, p. 128: "The Court in *Chahal* also considered another question important to the application of Article 3 to cases of extradition and deportation. The United Kingdom argued that the Court was obliged to consider the state's interest in expelling the applicant. In the instant case this interest, the protection of national security, was presumptively weighty. The Court, noting the fact that, unlike most Convention rights, those in Article 3 were not subject to limitation in order to serve important public interests, and, indeed, were not even defeasible in time of war and public emergency rejected this approach."

<sup>137</sup> ECHR, Case Ramzy, (Observations, 21<sup>st</sup> November 2005), cit. § 130: "In the first place, the threat presented by the person to be deported must be a factor to be assessed in relation to the possibility and the nature of the potential ill-treatment. That would make it possible to take into consideration all the particular circumstances of each case and weigh the rights secured to the applicant by Article 3 of the Convention against those secured to all other members of the community by Article 2. Secondly, national-security considerations had to influence the

il governo del Regno Unito, ancora parte interveniente, al contrario di quanto in precedenza riconosciuto, ammetteva la natura assoluta dell'art. 3 ed inoltre riconosceva un obbligo positivo di protezione dalla tortura in capo allo Stato parte che giustificerebbe un bilanciamento tra diritti individuali e diritti collettivi<sup>138</sup>. Tuttavia il Regno Unito introduceva una distinzione nella commissione di determinati atti lesivi tra Stati che hanno ratificato la Convenzione europea e altri Stati. Tale distinzione è stata opportunamente respinta dalla Corte, ribadendo che “[S]ince protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment”<sup>139</sup>. Inoltre, la Corte ha affermato ancora che “that it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Article 3, even where such treatment is inflicted by another State”<sup>140</sup>. Infine, la Corte riconosce che la protezione offerta dall'art. 3 è ancora più ampia<sup>141</sup> rispetto a quella offerta dagli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra: “the protection afforded by Article 3 is broader than that provided for in Articles 32 and 33 of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees”<sup>142</sup>.

## 6. Gli obblighi per gli Stati parti.

In base alla sopracitata giurisprudenza la Corte ritiene il divieto di tortura un valore fondamentale, assoluto<sup>143</sup> e inderogabile; pertanto, è compito degli Stati parti adottare tutte le misure necessarie al fine di tutelare la vita e l'integrità fisica e morale di ogni persona.

---

standard of proof required of the applicant. In other words, if the respondent State adduced evidence that there was a threat to national security, stronger evidence had to be adduced to prove that the applicant would be at risk of ill-treatment in the receiving country. In particular, the individual concerned had to prove that it was “more likely than not” that he would be subjected to treatment prohibited by Article 3.”

<sup>138</sup> ECHR, Case Saadi cit., § 120.

<sup>139</sup> ECHR, Case Saadi cit., § 138.

<sup>140</sup> ECHR, Case Saadi cit., § 138.

<sup>141</sup> JANIS M., KAY R.S., BRADLEY A.W., *European Human Rights Law*, cit., Oxford, 2008, p. 134: “These requirements [Article 33 of the 1951 Geneva Convention] plainly overlap with a European state’s obligations under Article 3 of the European Convention, as interpreted by the European Court. The Convention, however, may be somewhat narrower in its protection. A reasonable threat of execution or imprisonment on prohibited grounds, triggers a rights of asylum under the Geneva Convention and Protocol”. Vedasi inoltre CELLAMARE G., *La disciplina dell’immigrazione nell’Unione europea*, cit., p. 271: “Nella giurisprudenza in parola, ulteriore conferma del carattere assoluto dell’art. 3 è desunta da un confronto dello stesso con l’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, posto che questa disposizione, a differenza della prima, prevede che considerazioni attinenti alla sicurezza nazionale o a tutela della comunità statale sono suscettibili di limitare il divieto di espulsione dei rifugiati verso le frontiere di territori in cui, in particolare, potrebbe essere minacciata la loro vita.”

<sup>142</sup> ECHR, Case Saadi cit., § 138.

<sup>143</sup> Sul punto vedasi inoltre BATTJES H., *In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed*, cit., p. 598: “In sum, ‘absoluteness’ has two meanings or

Gli Stati parti sono, altresì, considerati responsabili qualora non adottino tutte le misure necessarie ad evitare il rischio di tortura, pena o trattamento inumano o degradante. Tale elemento acquista rilevanza nel *caso Soering c. Regno Unito*<sup>144</sup>: per la prima volta la Corte si è pronunciata su una violazione potenziale<sup>145</sup> della Convenzione<sup>146</sup>, in tal senso, riprendendo il *caso Soering*, il *caso Furundžija*<sup>147</sup> del Tribunale penale internazionale per la ex - Jugoslavia offre una lucida disamina degli obblighi degli Stati nel proibire, punire e prevenire atti di tortura.

Infatti, gli Stati hanno l'obbligo non solo di proibire e punire la tortura, quanto piuttosto di prevenirne il verificarsi, dal momento che non è sufficiente un intervento *a posteriori* quando sia stato arrecato un pregiudizio irrimediabile all'integrità fisica e morale di un individuo. Pertanto gli Stati devono adottare ogni misura necessaria al fine di prevenire un atto di tortura. Il Tribunale penale internazionale per la ex - Jugoslavia, citando il caso *Soering*, afferma che il diritto internazionale intende sanzionare violazioni reali e potenziali della norma in esame. In tal senso rientrano nel caso di violazioni potenziali anche *i*) la mancata adozione delle misure necessarie per dare attuazione al divieto di tortura, nonché *ii*) la vigenza o l'adozione di leggi contrarie a tale divieto.

---

effects in the case law in expulsion cases. First, as an expression of a fundamental value it serves to inform the delimitation of scope: reference to this absoluteness was relevant for deciding that *refoulement* cases are covered by Article 3 (*Soering*), and the same holds true for medical cases (*D v. UK*). Second, it means that non balancing of interests, hence no limitations or interferences, are allowed for in *refoulement* cases (*Saadi and Chahal*). But in medical cases, the absoluteness of the provision does not have this consequence (*N v. UK*). Remarkably, in this last case the Court referred to *Soering* as the authority as regards the search for a fair balance in the context of Article 3 ECHR.”

<sup>144</sup> ICTY, (Trial Chamber), Prosecutor v. Anto Furundžija, Case n. IT-95-17/1-T, 10 December 1998, §148.

<sup>145</sup> PARISI N., *Estradizione e Diritti dell'Uomo fra Diritto Internazionale Convenzionale e Generale* cit., pp. 33-34: “Le soluzioni interpretative di cui s'è detto hanno suscitato più di una critica, soprattutto in relazione all'efficacia *ultra partes* che in tal modo esplicherebbero le norme convenzionali sui diritti dell'uomo. Occorre, tuttavia riconoscere che tali soluzioni, pur ardite, da un lato non appaiono *contra legem*, mentre dall'altro risultano straordinariamente efficaci: se è vero infatti che un diritto è tale solo se effettivamente garantito, l'enucleazione di un concetto di *giurisdizione non legato alla sfera territoriale dello Stato contraente*, congiuntamente alla rilevazione di una *responsabilità* diretta ed immediata dello Stato membro per una *violazione anche solo virtuale* del sistema convenzionale, potenzia l'efficacia di quest'ultimo.”

<sup>146</sup> JANIS M., KAY R.S., BRADLEY A.W., *European Human Rights Law. Text and Materials*, cit., pp. 125-6: “The Court held that the extraditing state did have some responsibility under the Convention for the potential subsequent maltreatment of extradited individuals. [...] In the case at hand, the Court found *Soering* ran a 'real risk' of being convicted, sentenced to death, and being subjected to a long pre-execution delay. Since the Court also found that such delay would itself violate Article 3, the extradition, would, in these circumstances, also be a violation.”

<sup>147</sup> ICTY, (Trial Chamber), Prosecutor v. Anto Furundžija, cit., § 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*,<sup>168</sup> 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). It follows that international 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.”

Nel caso *Furundžija*<sup>148</sup> per la prima volta si riconosce alla norma che sancisce il divieto di tortura carattere di *jus cogens*: “[B]ecause of the importance of the values it protects, this principle 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”<sup>149</sup>.

Pertanto non è ammessa alcuna deroga alla norma relativa al divieto di tortura: “[...] the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situations of armed conflicts)”<sup>150</sup>.

La natura cogente di tale divieto<sup>151</sup>, riconosciuta dal diritto internazionale, impedisce agli Stati di espellere, rimpatriare o estradare un individuo in un altro Stato nel quale vi siano motivi fondati di ritenere che potrebbe essere sottoposto a tortura.

Inoltre il caso *Furundžija*<sup>152</sup> evidenzia ulteriori conseguenze principali dalla definizione del divieto di tortura quale norma cogente<sup>153</sup>: *i*) la facoltà per le vittime di tortura di poter

---

<sup>148</sup> ICTY, (Trial Chamber), Prosecutor v. Anto Furundžija, cit, § 144: “It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situations of armed conflicts). This is linked to the fact, discussed below, that the prohibition on torture is a peremptory norm or *jus cogens*. This prohibition 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.”

<sup>149</sup> Case *Furundžija*, (IT-95-17/1-T), ICTY, 10 December 1998, (§ 153)  
<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

<sup>150</sup> *Ib.* (par. 153).

<sup>151</sup> *Ib.* § 154: “Clearly, the *jus cogens* nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate.”

<sup>152</sup> DE WET E., *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law*, European Journal of International Law, v. 15, 2004, pp. 71-96.

<sup>153</sup> ICTY, (Trial Chamber), Prosecutor v. Anto Furundžija, cit, § 155: “The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had *locus standi* before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked *inter alia* to disregard the legal value of the national authorising act. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime. In short, in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle. As the International Military Tribunal at Nuremberg put it: “individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State.”, § 156: “Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international

ricorrere a qualsiasi tribunale straniero, qualora non abbiano ottenuto giustizia nello Stato dove hanno subito tali lesioni; *ii*) l'obbligo per qualunque Stato di investigare, perseguire penalmente, condannare o estradare<sup>154</sup> individui accusati di tortura, presenti sul proprio territorio e sotto la propria giurisdizione<sup>155</sup> nel caso gli atti di cui essi sono accusati siano stati commessi all'estero<sup>156</sup>.

Tale sentenza assume un valore particolare in quanto è stata, a sua volta, ripresa dalla sentenza della Corte europea relativa al *caso Al-Adsani c. Regno Unito*<sup>157</sup>: anche la Corte europea riconosce il carattere di *jus cogens* alla norma sul divieto di tortura, ma tiene a precisare che le immunità dalla giurisdizione civile di uno Stato parte non possono essere oggetto di deroga<sup>158</sup>. Si ritiene opportuno ricordare che l'immunità degli Stati<sup>159</sup> dalla

---

community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes." Inoltre vedasi sul punto, MANZINI P., *Casi difficili. Libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*, Torino, 2008, cit., p. 86: "Dal riconoscimento di tale rango, il Tribunale fa discendere conseguenze di tutto rilievo sia sul piano interstatale che sul piano interindividuale. Sul piano interstatale, viene in particolare evidenziata l'illegittimità di tutte le misure adottate dagli Stati e volte ad autorizzare o, comunque, a facilitare il compimento di atti di tortura, siano esse misure di carattere internazionale ovvero rilevanti sul piano nazionale. A livello interindividuale, invece, il carattere cogente del divieto di tortura consente ad ogni Stato di svolgere indagini, perseguire penalmente e punire o estradare gli individui accusati di tortura che siano presenti in un territorio sottoposto alla sua giurisdizione; questo anche nel caso in cui tali individui siano accusati di atti compiuti all'estero."

<sup>154</sup> LUGATO M., *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, cit., p. 197: "Il riconoscimento del carattere cogente del divieto di tortura – che si estenderebbe secondo l'opinione prevalente anche al divieto di estradare, o più in generale di allontanare, la persona che rischi la tortura nel Paese di destinazione – spiegherebbe la prevalenza di quest'ultimo sull'obbligo di estradare nei rapporti fra Stati che non siano parti della Convenzione del 1984 o anche in quelli di uno Stato parte della Convenzione sulla tortura con uno Stato non parte."

<sup>155</sup> ORAKHELASHVILI A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, pp. 529-568 (554): "In general international law it is accepted that a state is obliged to provide remedies to the victims of torture whether or not the initial act of torture took place on their territory or within their jurisdiction. As the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia affirmed, the act of torture is reprehensible in itself, regardless of its perpetrators. The same tribunal confirmed that the victims of torture – where they are unable to obtain remedies in the country in which they have allegedly been tortured – are entitled in general international law to bring a civil suit in a foreign court."

<sup>156</sup> MANZINI P., *Divieto di tortura e processo* in MANZINI P., *Casi difficili. Libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*, cit., p. 86.

<sup>157</sup> ECHR, *Case Al-Adsani cit.*, § 61: "[...] the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in *Furundzija* and *Pinochet*, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State. Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged."

<sup>158</sup> DISTEFANO M., *Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità*, in LANCIOTTI A., TANZI A., (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, Torino, 2007, pp. 126-127: "Nel

giurisdizione è un istituto tipico del diritto internazionale che si ispira al reciproco riconoscimento della sovranità degli Stati, «*par in parem non habet imperium*», ed in quanto tale ci si chiede come tale norma consuetudinaria possa essere in qualche misura derogata da trattati in materia di diritti umani o dalla relativa giurisprudenza internazionale<sup>160</sup>.

Infatti, pur riconoscendo carattere cogente alla norma in esame, la Corte si dichiara incompetente<sup>161</sup> nell'individuare in alcuno strumento internazionale, autorità giudiziaria o altro materiale una base giuridica certa in modo da escludere l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un altro Stato, nel caso in cui il primo Stato sia responsabile di un atto di tortura, (caso *Al-Adsani c. Regno Unito*, § 61, cit. in nota).

Questa affermazione reca in sé un'importante contraddizione: infatti la Corte da un lato, riconosce al divieto di tortura il valore di norma di *jus cogens*, dall'altro, non si pronuncia in merito ad una deroga all'immunità degli Stati, norma di carattere consuetudinario. Tale punto di approdo della Corte risulta incoerente anche in base all'art. 31 della Convenzione di Vienna

---

caso *Al-Adsani*, dopo aver ricordato che, ai sensi della Convenzione, il divieto di praticare la tortura è un divieto assoluto, la Corte ne sottolinea la natura di norma imperativa di diritto internazionale, enfatizzando, da un canto, i divieti imposti dai principali trattati internazionali in tema di diritti umani, e, dall'altro, il valore di alcune sentenze quali quella del Tribunale penale per la *ex Jugoslavia* nel caso *Furundžija* e della *Camera dei Lords* nel caso *ex parte Pinochet*. Ora, se sulla base di tali premesse ci si sarebbe attesi ben altre conclusioni, la Corte chiarisce la sua posizione introducendo una distinzione tra procedimenti penali e procedimenti civili. Per i primi, secondo la Corte, si sarebbe formata una regola consuetudinaria che permetterebbe di perseguire penalmente i responsabili di tali crimini, mentre non è dato rilevare una norma di pari contenuto per le azioni civili di risarcimento a seguito di atti di tortura perpetrati fuori dallo Stato del foro. La Corte adduce, infine, altri riferimenti alla prassi per ribadire che non esiste in diritto internazionale una regola consuetudinaria che escluda l'immunità a vantaggio dell'esercizio dell'azione civile [...].” Ib. p. 130: “D'altra parte, la distinzione tra procedimenti civili e procedimenti penali non regge sotto due profili: in primo luogo, essa non è stata avanzata sul piano interno dai giudici inglesi, la cui motivazione trainante è, semmai, la negazione del carattere di *jus cogens* alla norma che vieta la tortura; secondariamente, questo tipo di distinzione non è pertinente allo *jus cogens* [...]. Con una sola espressione, «the Court has unfortunately missed a very good opportunity to deliver a courageous judgment».”

<sup>159</sup> Sull'immunità degli Stati e la giurisprudenza dell'art. 3 CEDU, ORAKHELASHVILI A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties*, cit., European Journal of International Law, vol. 14, 2003, pp. 529-568 (558): “The scope of state immunity, whether as part of the law or as comity, is an issue of independent relevance. It was traditionally assumed that a State cannot be impeached before a foreign court, because States are equal and do not have authority over each other (*par in parem non habet imperium*). In the 20<sup>th</sup> century, however, courts started to distinguish between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, and laid the basis for a functional, as opposed to a status – based or sovereignty – oriented, concept of state immunity. The resulting principle is not that a State cannot be impeached before a foreign court, but it depends on the nature of the act complained of before the court.”

<sup>160</sup> In tal senso è interessante la posizione di MANZINI P., *Casi difficili. Libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*, cit., p. 87: “[...] la Corte, pur ammettendo il carattere imperativo del divieto di tortura nega che da esso possano conseguire effetti idonei a determinare una compressione del principio tradizionale dell'immunità, così come sopra delineato. Le pronunce della Corte di Cassazione [italiana] nei casi *Ferrini* e *Mantelli* propongono un ribaltamento di prospettiva rispetto alla soluzione accolta dalla Corte europea, riconoscendo che la natura cogente del divieto di tortura ed il fatto che sia stato accertato che la sua infrazione non permette di beneficiare dell'immunità funzionale di cui normalmente godono gli organi supremi di uno Stato consentono di ritenere cedevole l'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero.”

<sup>161</sup> In merito al carattere indeciso della Corte nel caso *Al-Adsani*, vedi § 54 dello stesso: “Sovereign immunity is a concept of International law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with the international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty.”

sul diritto dei trattati che stabilisce i criteri di interpretazione dei trattati. In particolare, si ritiene opportuno, ricordare tra i criteri di interpretazione dei trattati, sanciti dall'art. 31, il par. 1, lettera c), dello stesso articolo che suggerisce come ulteriore strumento di interpretazione "qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti".

Infatti in base ad una interpretazione teleologica<sup>162</sup> della Convenzione, le norme contenute nella Convenzione europea<sup>163</sup> dovrebbero essere interpretate alla luce di un criterio di effettività, volto all'esercizio effettivo dei diritti che dalla stessa Convenzione discendono. Inoltre, in base ad un criterio gerarchico, ispirato al principio *lex specialis derogat legi generali*, non si potrebbe ammettere una deroga di una norma di *jus cogens*<sup>164</sup> da parte di una norma di rango inferiore, ovvero una norma consuetudinaria<sup>165</sup>.

Secondo il criterio gerarchico, infatti, in caso di contrasto tra una norma imperativa e un norma consuetudinaria, la prima prevale sulla seconda che di conseguenza deve essere disapplicata<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> DEN HEIJER M., *Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 288: "Thus, in establishing a justification of the relevance of the ECHR to expulsion cases, the Court eventually resorts to a teleological interpretation. Referring to its earlier case law and taking into account the special character of the ECHR as a treaty for the collective enforcement of human rights, the Court reminds us that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. This principle of effective protection defined by Merills as 'a means of giving the provisions of a treaty the fullest weight and effect consistent with the language used and with the rest of the text in such a way that every part of it can be given meaning' is used as a lever to insert the prohibition of *refoulement* into Article 3 of the Convention; thereby introducing a ponderous counterweight against the legitimate interest of the State to remove someone from its territory."

<sup>163</sup> ORAKHELASHVILI A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit. p. 566: "Another concern related to the Court's treatment of the Convention's object and purpose arises from the fact that the Convention imposes positive obligations on States for the benefit of individual human beings. State immunity, for its part, protects the interests of individual States."

<sup>164</sup> SAULLE M. R., *Jus Cogens and Human Rights*, in *Le droit international a l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago, vol. II*, Milano, 1987, pp. 385-396 (392): "Article 64 [of the Vienna Convention], in particular, is bound to have a juridical effect not only with respect to the law of treaties (which will be the case for art. 53) but also general international law; in fact, it is not possible to even vaguely conceive of an international customary rule which conflicts with a peremptory norm of international law. This is certainly related to the general nature of both customary norms and *jus cogens* (and therefore to art. 64) since both norms are of equal value, a subsequent *jus cogens* norm would derogate from a customary norm because it would be in conflict with it. But in respect also and above all of their content, it can be said that *jus cogens* norms are bound to prevail over any other norm thus preventing the establishment of customs contrary to them."

<sup>165</sup> ORAKHELASHVILI A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit. p. 563: "*Jus cogens* prevails over conflicting rules of international law, whether general or particular. The prohibition of torture therefore prevails over State immunity because of the normative characteristics of that prohibition, not because the 'rules' on State immunity should or do actually allow this."

<sup>166</sup> DISTEFANO M., *Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità*, cit., pp. 138-139: "*De iure condendo*, senza entrare oltremodo nell'annoso ma pur sempre attuale dibattito sull'invocazione dello *jus cogens* in tema di diritti dell'uomo, preme solo rilevare che, al di là della qualificazione formale del divieto di praticare la tortura come norma imperativa di diritto internazionale, qualificazione peraltro avvalorata da molti dati della prassi e sostenuta da una larga parte della dottrina, è innegabile la tendenza dei tribunali di ancorare sempre più le soluzioni giurisprudenziali alla natura del valore considerato. La contaminazione tra diritto internazionale e valori ritenuti essenziali per l'intera Comunità internazionale sta determinando di fatto una 'gerarchia normativa'."

Inoltre, un ulteriore spunto di riflessione ci viene offerto dal rapporto tra norme di *jus cogens* e trattati in materia di diritti umani e soprattutto tra norme di *jus cogens* ed ordinamenti interni degli Stati, in quanto è la verifica della ricezione di tale norme imperative negli ordinamenti interni che ci consente di valutarne l'effettiva applicazione sul piano interno.

In riferimento alla natura degli obblighi che gravano sugli Stati parti si individuano obblighi positivi ed obblighi negativi<sup>167</sup>. Per quanto concerne gli obblighi positivi, la Corte ha previsto il principio di causalità, ovvero l'inversione dell'onere della prova<sup>168</sup>. Infatti spetta al ricorrente fornire le prove di essere stato vittima di tortura o altri atti lesivi dell'art. 3, ma è

---

<sup>167</sup> Sulla natura degli obblighi degli Stati in merito al *non-refoulement*, cfr. SUDRE F., MARGUENAUD J. P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, cit., pp. 132-134: "L'obligation substantielle d'interdiction de la torture s'analyse en une prohibition absolue: la Cour réaffirme avec force la nature particulière de la clause normative de l'article 3, qui énonce un droit intangible, insusceptible de restrictions et de dérogations, et «consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques» (Soering § 88). Cette singularité est renforcée avec éclat par l'arrêt Al-Adsani c. Royaume-Uni, qui reconnaît que «l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international», consacrant ainsi une norme de *jus cogens*. L'obligation substantielle qui pèse sur les autorités nationales est d'abord une obligation «essentiellment négative» (Pretty § 50), qu'illustre le présent arrêt, de ne pas faire subir de mauvais traitements aux personnes relevant de leur juridiction. C'est aussi une obligation positive de protection, tirée de la combinaison de l'article 3 et de l'article 1 de la Convention, qui se décline sous deux formes principales. Obligation, en premier lieu, de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté qu'elles soient placées en garde à vue, en rétention administrative, en prison, en raison de la situation de vulnérabilité des celles-ci, et de protéger leur santé, notamment en fournissant des soins appropriés aux personnes blessées lors d'une arrestation ou d'une détention. La Cour a précisé l'étendue de cette obligation de protection, indiquant que le droit de demander un examen par un médecin de son choix ainsi que l'accès à un avocat et à un membre de la famille et une prompt intervention judiciaire fournissent des «garanties fondamentales» (Algür c. Turquie § 44, aussi, A. A. et al. c. Turquie § 38). Obligation pour l'Etat, en second lieu, de prendre les mesures propres à empêcher que les personnes placées sous sa juridiction ne soient soumises à des traitements contraires à l'article 3, «même administrés par les particuliers» (A. c. Royaume-Uni). L'article 3 est donc applicable aux relations interindividuelles. Il protège notamment les enfants contre les actes de maltraitance commis par leur proches et fait obligation aux services sociaux de prendre les mesures propres à prévenir de tels actes ou à les faire cesser, dès lors qu'elles ont été mis en mesure d'avoir connaissance des sévices incriminés. L'État partie a également l'obligation positive, dans le cadre d'une combinaison des articles 3 et 8, «d'établir et d'appliquer de manière effective un système de droit pénal réprimant toutes les formes de viol et d'abus sexuels» (M. C. C. Bulgarie). L'interprétation dynamique a cependant des limites et la Cour refuse de déduire de l'article 3 une obligation positive pour l'État de légaliser le «suicide assisté.» Et DEN HEIJER M., *Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 291: "If one insists on labelling the prohibition of *refoulement* as either a positive or negative obligation, the most tenable solution probably is to consider removal cases as hybrid cases which impose both positive and negative obligations on an expelling State. They impose, first, a *positive obligation*, or a positive duty, to make a meaningful assessment of the risk and severity of ill-treatment the claimant fears. Secondly, once established (or once it should have been established) that there is substantial risk that a human right will be breached (based either on the State's own assessment or the existence of facts and circumstances which ought to have been known to the expelling State), the expelling State has the *negative obligation* not to expel – since expulsion would then have a direct consequence exposure of the individual to prohibited ill-treatment."

<sup>168</sup> FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 363: "In altre parole, la Corte, davanti a presunte violazioni dell'art. 3 (così come l'art. 2), ha determinato un'inversione dell'onere della prova, quanto meno qualora il ricorrente, posto sotto detenzione, non sia riuscito a dimostrare in maniera convincente di avere subito dei maltrattamenti. La Corte, quindi, fa prevalere gli interessi del soggetto detenuto su quelli dello Stato: essa parte, cioè, dal presupposto che sussiste un nesso causale tra la privazione della libertà di un individuo da parte delle autorità dello Stato e il fatto che questo individuo presenti segni di maltrattamenti, o denunci in maniera quanto meno sostenibile eventuali maltrattamenti subiti. Spetta quindi allo Stato dimostrare la mancanza di un nesso di causalità tra questi due fattori."

compito dello Stato parte dimostrare che gli atti lesivi dell'integrità fisica e mentale, lamentati dal ricorrente, non siano riconducibili ad organi dello stesso<sup>169</sup>. La Corte ha introdotto, così, il principio dello standard della "prova oltre ogni ragionevole dubbio" (caso Irlanda c. Regno Unito<sup>170</sup>, § 161; caso Labita c. Italia<sup>171</sup>, § 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 unrebutted presumptions of fact" (caso Irlanda cit., §161).

Inoltre nel *caso Salah Sheekh c. Paesi Bassi*<sup>172</sup>, la Corte ha affermato che nel caso in cui sia in pericolo di essere sottoposto a maltrattamenti, non grava sull'individuo singolo l'obbligo di provare di correre personalmente un rischio ulteriore.

Tra gli obblighi positivi rileva anche quello di emanare un'apposita legislazione interna in materia, volta alla perseguibilità del reato di tortura. Infatti la Corte ha, altresì, stabilito che in capo agli Stati parti grava anche l'obbligo di adottare le misure ragionevolmente accessibili

---

<sup>169</sup> BATTJES H., *The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*, European Journal of Migration and Law, v. 11, 2009, pp. 205-219 (217): "In the latter case [Saadi], the refoulement prohibition does not necessarily figure as the exception to the rule, and the whole reasoning could be reversed: if a claimant demonstrates that upon expulsion, he risks a violation of his freedom of religion, the presumption would apply that expulsion is not acceptable."

<sup>170</sup> ECHR, Case Ireland cit., § 161: "The Commission based its own conclusions mainly on the evidence of the one hundred witnesses heard in, and on the medical reports relating to, the sixteen «illustrative» cases it had asked the applicant Government to select. The Commission also relied, but to a lesser extent, on the documents and written comments submitted in connection with the «41 cases» and it referred to the numerous «remaining cases» (see paragraph 93 above). As in the «Greek case» (Yearbook of the Convention, 1969, The Greek case, p. 196, para. 30), the standard of proof the Commission adopted when evaluating the material it obtained was proof «beyond reasonable doubt». The Irish Government see this as an excessively rigid standard for the purposes of the present proceedings. They maintain that the system of enforcement would prove ineffectual if, where there was a prima facie case of violation of Article 3 (art. 3), the risk of a finding of such a violation was not borne by a State which fails in its obligation to assist the Commission in establishing the truth (Article 28, sub-paragraph (a) in fine, of the Convention) (art. 28-a). In their submission, this is how the attitude taken by the United Kingdom should be described. The respondent Government dispute this contention and ask the Court to follow the same course as the Commission. The Court agrees with the Commission's approach regarding the evidence on which to base the decision whether there has been violation of Article 3 (art. 3). To 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 unrebutted presumptions of fact. In this context, the conduct of the Parties when evidence is being obtained has to be taken into account."

<sup>171</sup> ECHR, Case Labita cit., § 121: "Allegations of ill-treatment must be supported by appropriate evidence (see, *mutatis mutandis*, the Klaas v. Germany judgment of 22 September 1993, Series A no. 269, pp. 17-18, § 30). To 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 unrebutted presumptions of fact (see the Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, pp. 64-65, § 161 *in fine*)."

<sup>172</sup> ECHR, Case of Salah Sheekh v. the Netherlands, Application no. 1948/04, 11 January 2007, Court (selected for publication), § 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."

per favorire la raccolta delle prove, relative all'atto di tortura. Secondo l'opinione della Corte, tra gli obblighi positivi vi è quello di condurre un'inchiesta adeguata ed effettiva al fine di identificare e punire i responsabili (caso Labita<sup>173</sup> cit., § 131<sup>174</sup>).

Infine gli Stati parti sono tenuti ad ottemperare agli obblighi positivi<sup>175</sup> di garantire le necessarie cure mediche ai detenuti (caso Hurtado c. Svizzera<sup>176</sup>, § 12; caso Istratii e altri, cit., § 49<sup>177</sup>), di garantire condizioni dignitose di detenzione<sup>178</sup> (caso Mamedova c. Russia, § 64<sup>179</sup>; caso Ramishvili e Kokhraidze c. Georgia, § 79<sup>180</sup>) secondo il criterio generale della "efficacia orizzontale"<sup>181</sup>, che consiste nell'obbligo per gli Stati parti di adottare le misure necessarie per punire violazioni dell'art. 3 commesse da soggetti privati, che non siano perciò funzionari dello Stato.

---

<sup>173</sup> Nel caso cit., la Corte collega la violazione dell'art. 3 all'art. 1, all'obbligo generale degli Stati parti di garantire ad ogni persona sotto la propria giurisdizione il godimento dei diritti e delle libertà definite nella Convenzione.

<sup>174</sup> ECHR, Case Labita cit., § 131: "[...] that there should be an effective official investigation. As with an investigation under Article 2, such investigation should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible".

<sup>175</sup> ARAI-YOKOI Y., *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR*, cit., p. 410: "The well-established principle that the Member States owe a 'positive obligation' to protect the physical well-being of persons deprived of their liberty that failure to provide adequate medical treatment and psychiatric care may give rise to breach of Article 3, or in case of death of a detainee or a patient, of Article 2."

<sup>176</sup> ECHR, Case Hurtado v. Switzerland, 28 January 1994, Appl. no. 17549/90, 28/01/1994, A280-A, Court, § 12: "[...] the Commission expressed the opinion that there had been no violation of Article 3 (art. 3) on account of the circumstances of the applicant's arrest (twelve votes to four), but that that provision had been violated inasmuch as he had had to wear soiled clothing (fifteen votes to one) and because he was not given immediate medical treatment (unanimously)."

<sup>177</sup> ECHR, Case Istratii and others v. Moldova, 27 March 2007, Appl. nos. 8721/05, 8705/05 and 8742/05, Court, (not yet published), § 49: "The Court considers that the lack of medical assistance in circumstances where such assistance was not needed cannot, of itself, amount to a violation of Article 3 of the Convention."

<sup>178</sup> ARAI-YOKOI Y., *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR*, cit., p. 406: "There is a general positive obligation to regularly review conditions of detention to meet the requirements of the health and well-being of a detainee or a prisoner. If a detainee requires either special medical treatment in view of his/her health problem, as in the case of an HIV sufferer, a mentally ill person and a drug addict., or special arrangements because of his/her disability, a State is obliged under Article 3 to ensure that the conditions of detention are suited to his/her poor state of health, and that s/he receives adequate medical, palliative and psychological treatment in detention."

<sup>179</sup> ECHR, Case Mamedova v. Russia, 1 June 2006, Appl. No. 7064/05, Court, [not published], § 64: "The Court has frequently found a violation of Article 3 of the Convention on account of lack of personal space afforded to detainees."

<sup>180</sup> ECHR, Case Ramishvili and Kokhraidze v. Georgia, 27 January 2009, Appl. no. 1704/06, Court, [not published], § 79: "The Court reiterates that, under Article 3 of the Convention, the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject the individual to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, the person's health and well-being are adequately secured."

<sup>181</sup> SUDRE F., MARGUENAUD J. P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 139: "L'appréciation de l'«effet horizontal» de l'article 3 bénéficie aussi de cette lecture évolutive et conduit la Cour européenne à juger, au vu de l'évolution de la société vers une égalité effective et le respect de l'autonomie sexuelle de chaque individu, que l'absence de consentement est l'élément essentiel du viol et de abus sexuels et qu'en conséquence les États membres ont l'obligation de réprimer pénalement tout acte sexuel non consenti, même si la victime n'a pas opposé de résistance physique."

Tra gli obblighi negativi, figura in caso di estradizione ed espulsione, quello di non deportare l'individuo a rischio. Nel *caso A. c. Regno Unito*<sup>182</sup>, § 22, anche in assenza di una diretta responsabilità dello Stato per atti compiuti da un privato – il ricorrente minorenne affermava di aver subito maltrattamenti e percosse dal patrigno ed invocava la responsabilità del Regno Unito che non lo aveva protetto efficacemente da tali trattamenti ritenuti degradanti – la Corte ha riconosciuto che può essere invocata la responsabilità dello Stato, in quanto responsabile dell'applicazione dell'art. 1 della Convenzione. Nel caso di specie si individua in capo al Regno Unito la violazione di due obblighi: un obbligo negativo per non aver evitato tale situazione, adottando le misure necessarie all'esercizio effettivo del diritto che discende dall'art. 3 da parte del ricorrente, nonché un obbligo positivo di condurre un'indagine immediata ed efficace nei confronti di violazioni dell'art. 3 commesse da privati<sup>183</sup>.

## **7. Altri strumenti nel Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura.**

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, oltre alla Convenzione sopracitata, è in vigore anche la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti, (adottata il 26 novembre 1987 ed entrata in vigore il 1 febbraio 1989). Tale Convenzione rafforza le previsioni della Convenzione del 1950, soprattutto per quanto riguarda il divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti, attraverso la creazione di un organo di controllo *ad hoc*, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Il Comitato compie visite ai luoghi di detenzione, in

---

<sup>182</sup> ECHR, Case A. cit., § 22: "The Court considers that the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (see, mutatis mutandis, the H.L.R. v. France judgment of 29 April 1997, Reports 1997-III, p. 758, § 40)." Et § 58: "In the Court's view, the failure to provide immediate medical assistance to the applicant in an emergency situation, as well as his transfer to another hospital before he could sufficiently recover, together with his humiliation by being handcuffed while in hospital, amounted to inhuman and degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention."

<sup>183</sup> ARAI-YOKOI Y., *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR*, cit., p. 398: "It was in the A vs. the United Kingdom decision of 1997 involving corporal punishment at home that the Court unambiguously endorsed the horizontal effects of Article 3 based on such positive duties. As noted by McCorquodale and La Forgia, it has been fully established in international human rights law that positive obligations on States encompass a duty to conduct prompt and effective investigation even where it is a private person that infringes human rights. 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."

base all'art. 2<sup>184</sup> della Convenzione del 1987, al termine delle quali dovrà redigere un rapporto contenente eventuali raccomandazioni agli Stati parti (art. 10, § 1<sup>185</sup>). Tuttavia l'attività del Comitato è finalizzata al mero accertamento dei fatti, *fact- finding*, ed è perciò priva di efficacia vincolante<sup>186</sup>. Il rapporto del Comitato, pertanto, mira all'acquisizione di elementi di fatto e può perciò essere eventualmente utilizzato in sede giurisdizionale successiva.

---

<sup>184</sup> L'art. 2 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti sancisce: "Each Party shall permit visits, in accordance with this Convention, to any place within its jurisdiction where persons are deprived of their liberty by a public authority."

<sup>185</sup> L'art. 10 § 1 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti sancisce: "After each visit, the Committee shall draw up a report on the facts during the visit, taking account of any observations which may have been submitted by the Party concerned. It shall transmit to the latter its report containing any recommendations it considers necessary. The Committee may consult with the Party with a view to suggesting, if necessary, improvements in the protection of persons deprived of their liberty."

<sup>186</sup> FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, cit., p. 575: "A differenza di altri strumenti pattizi, la Convenzione non formula nuove norme, ma contiene soltanto norme procedurali per 'rafforzare con un meccanismo non giudiziario a carattere preventivo' – come specificato nel preambolo – il divieto contenuto nell'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani. Il Comitato riveste, quindi, il ruolo di 'braccio operativo' della Convenzione, con il compito di svolgere visite nei luoghi di detenzione e, qualora necessario, suggerire miglioramenti per la protezione dalla tortura e da trattamenti inumani e degradanti delle persone private della libertà. Pertanto, esso non svolge funzioni giudiziarie, né ha il compito di dichiarare che sono state commesse violazioni di norme internazionali sulla protezione dei diritti umani. Secondariamente la sua azione è improntata ai criteri di cooperazione con gli Stati e sulla confidenzialità."

### SEZIONE III

#### **La giurisprudenza degli altri sistemi regionali a tutela dei diritti umani.**

Al fine di un'effettiva e compiuta disamina della giurisprudenza internazionale in merito al divieto di tortura, quale fattispecie indiretta di *non-refoulement*, occorre riportare le giurisprudenze interamericana ed africana. Da tale analisi ci si aspetta di individuare caratteristiche comuni o simili ai tre sistemi in esame tali da suffragare la tesi già avanzata in precedenza del divieto di tortura quale norma di *jus cogens*. Tuttavia, sebbene, come si vedrà in seguito, i sistemi regionali interamericano ed africano non presentino espressamente casi inerenti al principio di *non-refoulement*, piuttosto casi concernenti il divieto di tortura, si ritiene opportuno descriverne il funzionamento nonché un eventuale confronto con il sistema europeo, in vista di un futuro sviluppo giurisprudenziale.

#### **1. Il principio di *non-refoulement* nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo.**

Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani è disciplinato dalla Convenzione interamericana e funziona sulla base di un meccanismo bipolare di controllo della stessa da parte di una Corte e di una Commissione.

La competenza contenziosa della Corte interamericana, previa accettazione espressa della sua giurisdizione da parte degli Stati membri (art. 62, § 1 e 2), è relativa all'interpretazione ed applicazione della Convenzione interamericana<sup>187</sup>. La Corte interamericana esercita, altresì, una funzione consultiva (art. 64, § 1) nei confronti di qualunque Stato membro dell'OSA, senza essere necessaria la ratifica della Convenzione interamericana, su questioni inerenti l'interpretazione della Convenzione o altri trattati in merito alla tutela dei diritti umani<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> CANÇADO TRINIDADE A.A., *The Operation of the Inter-American Court of Human Rights*, in *The Inter-American System of Human Rights* (edited by D. J. HARRIS and S. LIVINGSTONE), Oxford, 1998, pp. 133-149 (135-136): "Although the Court's contentious jurisdiction covers cases concerning the interpretation and application of the provisions of the American Convention, as some of the provisions of the Convention refer to other treaties, these other treaties may be taken into account, despite the fact that the Court's competence *ratione materiae* is, for contentious cases, in principle limited to the American Convention."

<sup>188</sup> CANÇADO TRINIDADE A.A., *The Operation of the Inter-American Court of Human Rights*, in *The Inter-American System of Human Rights*, cit. pp. 141-142: "By virtue of Article 64 (1) of the American Convention, OAS member States – whether or not they have ratified the American Convention – may consult the Court regarding the interpretation of the Convention itself or of other treaties concerning the protection of human rights in OAS member States."

Alla stregua della Convenzione europea dei diritti umani, anche la Convenzione interamericana<sup>189</sup> sui diritti umani offre una tutela indiretta del principio di *non-refoulement* nel divieto di tortura attraverso la possibilità di ricorsi individuali (art. 46 Conv. Interam.<sup>190</sup>), infatti l'art. 5<sup>191</sup> della Convenzione interamericana sancisce il divieto di tortura e, come l'art. 3 della Convenzione europea, non è passibile di deroga in caso di guerra, pericolo pubblico, di altra emergenza che possa minacciare l'indipendenza di uno Stato membro, in base all'art. 27<sup>192</sup> della Convenzione.

---

<sup>189</sup> NMEHELLE V. O., *The African Human Rights System. Its Laws, Practices, and Institutions*, The Hague, 2001, p. 58: "The Inter-American Convention on Human Rights is similar to preceding human treaties such as the old European Convention on Human Rights. This similarity is both in substance and in their institutional framework. There are however, some distinctive features. The catalogue of rights comprises such rights as the right to life, the right to humane treatment, the right to personal liberty, the right to fair hearing, the freedom of conscience and of religion., thought and expression. The distinct features of the Convention include the right to a name, the right to nationality, the right to property, the right to seek and be granted asylum, and the right to participate in government. Like the European Convention, the American Convention deals with only civil and political rights. The Convention dedicates only Article 26 and 42 to the progressive development of economic, social and cultural rights."

<sup>190</sup> Sui requisiti di ammissibilità dei ricorsi individuali alla Corte interamericana, peraltro identici a quelli previsti dalla Convenzione europea, v. CERNA C., *The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organization and Examination of Petitions and Communications, The Inter-American System of Human Rights*, cit. pp. 65-114 (83-4): "There are four admissibility requirements set forth in Article 46 (1): the exhaustion of domestic remedies (Article 46 (1) (a)); compliance with the six month rule (Article 46 (1) (b)); no case pending before another international forum on the same subject (Article 46 (1) (c)); and the provision of details of the petitioner or his/her representative (Article 46 (1) (d)). The last of these requires 'the petition contains the name, nationality, profession, domicile, and signature of the person or persons or of the legal representative of the entity lodging the petition'. (Article 46 (1) (d)). The other three requirements are considered below. Of these, the exhaustion of local remedies is by far the most important. Generally a state will argue that domestic remedies have not been exhausted and therefore the Commission should declare the complaint inadmissible. In cases where the state has not alleged that the applicant has failed to exhaust domestic remedies, it has been the Commission's practice to assume that there is no problem in this regard and to continue processing the case and adopt a decision." Sul previo esaurimento delle vie di ricorso interne nel sistema interamericano v. VIVANCO J.M., BHANSALI L., *Procedural Shortcomings in the Defense of Human Rights: An Inequality of Arms*, in *The Inter-American System of Human Rights*, cit., pp. 421-440 (429): "The exhaustion of domestic remedies should not only be perceived as a formal requirement of international human rights protection, but also as obligation of a State Party under the Convention to upgrade and maintain the effectiveness of its judicial system according to international standards. The alternative leads to a situation where the state is flooded with international complaints against it since the petitioners can make a fairly easy showing that effective remedies are not available. The premise that domestic judicial systems function and offer adequate remedies is based on the principle that ratification also requires a state to bring its domestic laws into compliance with its international human rights obligations."

<sup>191</sup> L'art. 5 della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo afferma: "1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected. 2. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person. 3. Punishment shall not be extended to any person other than the criminal. 4. Accused persons shall, save in exceptional circumstances, be segregated from convicted persons, and shall be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons. 5. Minors while subject to criminal proceedings shall be separated from adults and brought before specialized tribunals, as speedily as possible, so that they may be treated in accordance with their status as minors. 6. Punishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social readaptation of the prisoners."

<sup>192</sup> L'art. 27 della Convenzione interamericana afferma: "1. In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin. 2. The

Per quanto concerne il grado di protezione offerta, l'art. 5 della Convenzione interamericana riconosce "il carattere personale della pena, lo scopo rieducativo della stessa e la necessaria separazione e differenza di trattamento fra gli iniziati ed i condannati, i minori e gli adulti"<sup>193</sup>. Infatti l'articolo in esame considera presupposto fondamentale la protezione dell'integrità fisica, mentale e morale<sup>194</sup>, poiché la dignità della persona umana è elemento indispensabile che deve essere garantito anche alle persone private della propria libertà personale, a causa di misure di carattere penale<sup>195</sup>.

Tuttavia, al di là, delle previsioni normative, è opportuno ricordare che nella propria giurisprudenza la Corte interamericana si richiama alla giurisprudenza della Corte europea<sup>196</sup>, quale parametro giurisdizionale nell'interpretazione<sup>197</sup> ed applicazione della Convenzione<sup>198</sup>.

Infatti nella giurisprudenza della Corte interamericana in merito all'art. 5 si individua spesso un riferimento alla giurisprudenza della Corte europea: così ad esempio nel *caso Hilaire*,

---

foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from Ex Post Facto Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), Article 20 (Right to Nationality), and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights. 3. Any State Party availing itself of the right of suspension shall immediately inform the other States Parties, through the Secretary General of the Organization of American States, of the provisions the application of which it has suspended, the reasons that gave rise to the suspension, and the date set for the termination of such suspension."

<sup>193</sup> ZANGHÌ C., *La Convenzione Interamericana dei diritti dell'uomo*, in *Comunità (La) Internazionale*, 1970, pp. 265-297 (271-272).

<sup>194</sup> BURGOGUE-LARSEN L., ÚBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles 2008, p. 413: "Dans le système interaméricain, c'est dans un premier temps «l'intégrité physique, psychique et morale» qui doit être «respectée» (§ 1), tandis que sont prohibé les actes de «torture, [et] les peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants» (§ 2)."

<sup>195</sup> ARAI-YOKOI Y., *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR*, cit. p. 418: "According to this, the right to physical and psychological integrity of persons guaranteed by Article 5 of the American Convention of Human Rights (ACHR) embraces a scale ranging from torture to other types of humiliation, differentiation of which hinges on 'varying degrees of physical and psychological effects caused by endogenous and exogenous factors'."

<sup>196</sup> HENNEBEL. L., *La Convention Américaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, pp. 450-451: "Comme nous le verrons ci-dessous, la Cour interaméricaine prend égelement en considération la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Cour européenne des droits de l'homme. L'ensemble de ces références lui permet de renforcer la portée de sa jurisprudence en démontrant l'existence d'une pratique internationale commune."

<sup>197</sup> BURGOGUE-LARSEN L., ÚBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, cit., p. 317: "Les critères d'interpretation de la Cour interaméricaine sont similaires aux critères employés par d'autres juridictions internationales – surtout par son homologue européenne."

<sup>198</sup> CANÇADO TRINIDADE A.A., *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*, *Human Rights Law Journal*, vol. 25, 2004, pp. 157-160 (157): "Despite the distinct factual realities of the two continents in which they operate, the European and the Inter-American Courts of Human Rights have succeeded in setting forth approximations and convergence of outlook can in fact be perceived in the tackling of fundamental issues of interpretation and application of the two regional Convention on Human Rights. I regard the rich case-law on methods of interpretation of the European Convention as a major historical contribution of the European Court to the International Law of Human Rights as a whole. Its younger sister Institution, the Inter-American Court, has, also, in the settlement of cases which reflect the realities of human rights in the American continent, had the occasion to construct its own case-law on methods of interpretation of the American Convention, disclosing, as already indicated, a reassuring convergence with that of the European Court. "

*Constantine e Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago*<sup>199</sup>, § 167, citando il caso *Soering*<sup>200</sup>, la Corte interamericana ribadisce come il “fenomeno del corridoio della morte” costituisca un trattamento inumano e degradante.

Nel caso *Loayza Tamayo c. Perù*<sup>201</sup>, § 57, la Corte interamericana, facendo proprio il criterio del margine relativo di apprezzamento, utilizzato in precedenza dalla Corte europea, riconosce che: “[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.”

Il caso *Cantoral Benavides*<sup>202</sup> risulta particolarmente rilevante in quanto riassume la giurisprudenza europea rilevante in materia<sup>203</sup>, affermando il carattere assoluto ed inderogabile del divieto di tortura e riconoscendo l’elemento soggettivo della tortura nella deliberata volontà di ottenere informazioni, intimidire o punire una persona<sup>204</sup>.

---

<sup>199</sup> CIDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago, sentencia de 21 de junio de 2002, § 167: “Asimismo, la Corte Europea determinó en el *Caso Soering vs. Reino Unido* que el llamado “fenómeno del corredor de la muerte” (*death row phenomenon*) es un trato cruel, inhumano y degradante, y está constituido por un periodo de detención prolongado en espera y previo a ejecución, durante el cual se sufre de angustia mental además de otras circunstancias a las que el acusado es expuesto que incluyen, entre otras, la forma en que se impuso la condena; la no consideración de las características personales del acusado; la desproporción entre la pena y el delito cometido; las condiciones de detención a la espera de ejecución; las demoras en las apelaciones o en la revisión de su pena de muerte durante las cuales la persona está sujeta a una tensión extrema y a trauma psicológico; el hecho de que el juez no tome en consideración la edad o el estado mental de la persona condenada, así como la constante espera de lo que será el ritual de su propia ejecución.”

<sup>200</sup> BURGOGUE-LARSEN L., ÚBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l’homme cit.*, p. 324: “La Cour interaméricaine s’est également appuyée sur l’arrêt *Soering* pour condamner Trinité et Tobago sur la base de l’article 5 de la Convention ADH [...] pour le traitement cruel, inhumain et dégradant des détenus qui attendent leur exécution.”

<sup>201</sup> CIDH, Caso Loayza Tamayo c. Peru, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C n. 33 § 57: “[...] La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima.”

<sup>202</sup> CIDH, Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000.

<sup>203</sup> TIGROUDJA H., PANOUSSIS I. K., *La Cour interaméricaine des droits de l’homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, 2003, p. 199: “Cette gradation dans le jurisprudence européenne occupe une place très important pour emporter le constat de violation et surtout pour déterminer ses conséquences au titre de la réparation. La question qui se pose alors est de savoir si la Cour interaméricaine, alors même que le texte de la Convention opère cette distinction, accorde la même importance à ces trois niveaux de violation que la Convention européenne des droits de l’homme. La jurisprudence du juge interaméricaine à ces propos est très confuse. Il semble que la Cour interaméricaine, malgré ses nombreuses références au droit européen, ne reconnaît que deux degrés de violation : d’un côté les traitements cruels, inhumains et dégradants et de l’autre la torture.”

<sup>204</sup> CIDH, Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, § 97: “La Corte Europea ha subrayado que entre los elementos de la noción de tortura del artículo 1o. de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, está incluida la intervención de una voluntad deliberadamente dirigida a obtener ciertos fines, como obtener información de una persona, o intimidarla o castigarla.”

Nel caso *Cantoral Benavides* cit.<sup>205</sup>, la Corte interamericana propone un riferimento al caso europeo *Irlanda c. Regno Unito*, ricordando il carattere assoluto ed inderogabile del divieto di tortura, anche in circostanze eccezionali come il terrorismo. Infatti la Corte ha evidenziato che qualunque uso della forza, che non sia strettamente necessario a causa del comportamento di una persona detenuta, costituisce un attentato alla dignità umana in violazione dell'art. 5 della Convenzione.

Pertanto le esigenze investigative e le difficoltà insite nella lotta al terrorismo non devono comportare limitazioni alla protezione dell'integrità fisica della persona.

La Convenzione interamericana contro la tortura (adottata il 9 dicembre 1985 ed entrata in vigore il 28 febbraio 1987) definisce all'art. 2 tortura, ogni atto compiuto intenzionalmente attraverso il quale si infliggano ad una persona sofferenze fisiche o mentali, allo scopo di avere informazioni, di incutere timore, di punire, come metodo preventivo, di infliggere una pena o con qualunque altro fine. Si ritiene 'tortura' anche l'utilizzo nei confronti di una persona di mezzi volti ad annullare la personalità della stessa o a sminuire la sua capacità fisica o mentale, anche se non causino dolore fisico o mentale<sup>206</sup>.

Tale Convenzione anticipa di un paio d'anni la corrispondente Convenzione europea. Questa precisazione risulta particolarmente utile ed interessante se si considera che il sistema americano di protezione regionale dei diritti umani è successivo e si ispira, almeno per quanto concerne la giurisprudenza dell'art. 5 in esame, all'antecedente modello europeo di più antiche origini.

Il caso, *Cantoral Benavides*, in esame include altresì due rilevanti punti di approdo della giurisprudenza europea: *i*) la necessaria applicazione estensiva del divieto di tortura, che non può essere incluso in categorie rigide ma che piuttosto necessita di una verifica delle circostanze effettive<sup>207</sup> nelle quali si trovi la vittima (ECHR, Caso Selmouni c. Francia,

---

<sup>205</sup> CIDH, Caso Cantoral Benavides cit., § 96: "la circunstancia de que un Estado sea confrontado con una situación de terrorismo no debe acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona. Específicamente, la Corte ha señalado que [t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona."

<sup>206</sup> L'art. 2 della Convenzione interamericana contro la tortura definisce tortura: "todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

<sup>207</sup> Sulle circostanze effettive e materiali che possono dar luogo ad un atto di tortura o ad altre violazioni dell'art. 5: CIDH, Caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, § 57: "La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta. La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la

cit.)<sup>208</sup>; ii) l'elemento psicologico e morale che nella tortura (caso Bueno Alves c. Argentina, § 79<sup>209</sup>) deve essere considerato al pari dell'elemento fisico, più visibile nel caso di tortura<sup>210</sup> ed anzi introduce il concetto di "tortura psicologica"<sup>211</sup>.

Nel caso del *Penal Miguel Castro-Castro c. Perù*<sup>212</sup>, § 271 (v. anche caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perù, caso Maritza c. Guatemala<sup>213</sup>, caso Baldeón García c. Perù, § 117<sup>214</sup>, caso Bueno Alves c. Argentina, § 76<sup>215</sup>), la Corte interamericana giunge alla stesse

---

ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos." Vedasi inoltre CIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, § 316: "In the analysis of the seriousness of the acts that may constitute cruel, inhuman, or degrading treatments or torture it is necessary to weigh in all the circumstances of the case, such as the duration of the treatments, their physical and mental effects, and in some cases, the victim's gender, age, and health conditions, among others."

<sup>208</sup> CIDH, Caso Cantoral Benavides cit., § 99: "En todo caso, la Corte Europea ha señalado recientemente que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas."

<sup>209</sup> CIDH, Caso Bueno Alves c. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, § 79: "En razón de lo expuesto, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito."

<sup>210</sup> CIDH, Caso Cantoral Benavides cit., § 100: "Merece destacarse que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo."

<sup>211</sup> Sul concetto di "tortura psicologica" v. CIDH, Caso Cantoral Benavides cit., § 102: "La jurisprudencia internacional ha ido desarrollando la noción de tortura psicológica. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse alguna de las conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea para que pueda considerarse infringida la mencionada disposición, aunque el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato. En concordancia con ello, amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos un "trato inhumano". Ese mismo Tribunal ha estimado que debe tomarse en cuenta, a efectos de determinar si se ha violado el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia moral. En el marco del examen de comunicaciones individuales, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una "tortura psicológica" ed inoltre v. CIDH, caso Bámaca Velásquez c. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, § 158: "La Corte estima que los actos denunciados en el presente caso fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de Efraín Bámaca Velásquez información relevante para el Ejército. Según los testimonios recabados en el presente proceso, la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica."

<sup>212</sup> CIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro cit., § 271: "This Tribunal has indicated that torture and cruel, inhuman or degrading punishment or treatment are strictly prohibited by international human rights law. The absolute prohibition of torture, both physical and mental, is currently part of the international *jus cogens*. Said prohibition subsists even under the most difficult circumstances, such as war, threat of war, the fight against terrorism and any other crimes, martial law or a state of emergency, civil commotion or conflict, suspension of constitutional guarantees, internal political instability or other public emergencies or catastrophes."

<sup>213</sup> CIDH, Caso los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perù, sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, n. 110, § 112; Caso Maritza c. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C, n. 103, § 92.

<sup>214</sup> CIDH, Caso Baldeón García c. Perù, sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, n. 147, § 117: "Este Tribunal ha indicado que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera

conclusioni della Corte europea nel *caso Al-Adsani* cit.: la norma che contiene il divieto di tortura, fisica e mentale, ha acquisito carattere di *jus cogens*<sup>216</sup> e pertanto non incontra deroga neanche in circostanze eccezionali, come la guerra, la lotta al terrorismo, altri crimini, emergenza pubblica, instabilità politica o catastrofi naturali.

In tal senso, la Corte interamericana, da un lato, ha affermato il carattere di *jus cogens*, dall'altro ha altresì aggiunto che la Convenzione interamericana contro la tortura costituisce parte del corpus giuridico interamericano<sup>217</sup> che serve alla Corte per fissare il contenuto ed il limite della disposizione contenuta nell'art. 5, § 2 della Convenzione (caso *Tibi c. Ecuador*, § 143 e 145<sup>218</sup>).

La Convenzione interamericana, inoltre, prevede il divieto di espulsione di uno straniero in un Paese dove potrebbe vedere preclusi i propri diritti alla vita e alla libertà. In tale senso l'art. 22<sup>219</sup>, § 8 della Convenzione interamericana comporta un'espansione del principio di *non-*

---

otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.”

<sup>215</sup> CIDH, caso *Bueno Alves c. Argentina*, cit., § 76: “En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.”

<sup>216</sup> HENNEBEL L., *La Convention Américaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, p. 451: “Selon le Juge Antonio Cançado Trindade, cette évolution de la jurisprudence interaméricaine et la consécration du caractère de *jus cogens* de la prohibition de la torture résultent des exigences de la «conscience juridique universelle» attestée par la jurisprudence internationale et le contenu des instruments internationaux relatifs à cette matière. Partant de l'article 27 de la Convention américaine, la Cour souligne que la prohibition absolue de la torture est renforcée et confirmée par le fait qu'il ne peut y être dérogé même en cas de situations difficiles telles que la guerre, menace de guerre, lutte contre le terrorisme et contre tout autre délit, état de siège ou situation d'urgence, tensions ou conflits intérieurs, suspension de garanties constitutionnelles, instabilité politique interne ou autres urgences ou catastrophes publiques.”

<sup>217</sup> BURGOGUE-LARSEN L., ÚBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme* cit., p. 421: “Au gré des affaires, la Cour a peu à peu identifié les éléments constitutifs de la notion de torture en s'aidant d'une kyrielle d'instruments internationaux, notamment ceux issus du *corpus juris* interaméricain. Elle justifie de façon récurrente sa démarche en se basant sur l'article 31 de la Convention de Vienne – le «traité des traités» – et les règles d'interprétation qu'elle pose, notamment l'interprétation systématique. Surtout, la Cour rappelle que le droit international des droits de l'homme «avance» grâce aux ressorts de l'interprétation évolutive des instruments internationaux de protection.”

<sup>218</sup> CIDH, Caso *Tibi c. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 143: “Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.” e § 145: “La Convención Interamericana contra la Tortura, que entró en vigor en el Estado el 9 de diciembre de 1999, forma parte del *corpus iuris* interamericano que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general contenida en el artículo 5. 2 de la Convención Americana.”

<sup>219</sup> L'art. 22 (Derecho de Circulación y de Residencia) della Convenzione interamericana afferma: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley,

*refoulement* e del diritto di asilo, rispetto a quanto previsto dalla Convenzione europea<sup>220</sup>. Infatti al contrario della Convenzione europea, la Convenzione interamericana prevede al par. 7 dell'art. 22 il diritto di cercare ed ottenere asilo. Tale espressa previsione del diritto di asilo induce a presupporre che la Convenzione interamericana tuteli in modo più efficace i richiedenti asilo ed asilanti, rispetto al modello europeo, nel quale tale protezione *de facto*<sup>221</sup> è offerta indirettamente per violazioni degli artt. 2 e 3 in particolare della Convenzione europea. L'art. 22, § 8<sup>222</sup> della Convenzione interamericana “constituye la consagración regional del principio de no devolución (*non-refoulement*)”<sup>223</sup>. L'autore citato in nota ricorda l'importante contributo dell'UNHCR sostenuto da Uruguay, Paraguay, Venezuela e Nicaragua nell'introduzione di tale riferimento nella norma in esame. Inoltre l'A., riassumendo le varie posizioni dottrinarie, si dichiara favorevole ad una definizione di *jus cogens* del principio in esame, attraverso anche il rinvio alla Dichiarazione di Cartagena del novembre 1984, in precedenza citata<sup>224</sup>.

## 2. Gli obblighi per gli Stati parti.

Gli obblighi degli Stati parti della Convenzione interamericana consistono nel “respetar los derechos y libertades” riconosciuti dalla Convenzione e nel “garantizar” il libero e pieno esercizio di tali diritti ad ogni persona soggetta alla giurisdizione della Convenzione attraverso un'indagine adeguata, secondo quanto previsto dall'art. 1, § 1 della Convenzione.

---

en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.”

<sup>220</sup> PROCACCINI K.C., *Constructing the Right “Not to Be Made a Refugee” at the European and Inter-American Courts of Human Rights*, Harvard Human Rights Journal, vol. 22, 2008, pp. 271-291 (276).

<sup>221</sup> PROCACCINI K.C., *Constructing the Right “Not to Be Made a Refugee” at the European and Inter-American Courts of Human Rights*, cit., p. 276.

<sup>222</sup> GROSS ESPIELL H., *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, pp. 252-302.

<sup>223</sup> GROSS ESPIELL H., *El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., p. 273.

<sup>224</sup> GROSS ESPIELL H., *El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., p. 274: “El principio de non-refoulement se considera hoy como un principio general, tanto del Derecho de los Refugiados como del Derecho de los Derechos Humanos y por nuestra suerte hemos sostenido que se trata hoy de un caso de jus cogens, posición en la que coincide la mayoría de la doctrina.”

Tuttavia l'esercizio della autorità degli Stati parti è subordinata al rispetto di valori superiori al potere dello Stato, ovvero i diritti umani e la dignità della persona. Inoltre l'obbligo per gli Stati parti di garantire il pieno godimento dei diritti umani deve realizzarsi attraverso un comportamento del governo che assicuri l'esistenza di tale garanzia (caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, § 165-167<sup>225</sup>).

Pertanto è compito degli Stati, dopo aver ratificato la Convenzione, provvedere ad adattare il proprio ordinamento interno al fine di garantire una protezione più efficace dei diritti riconosciuti dalla stessa (caso Caesar c. Trinidad y Tobago, § 93<sup>226</sup>).

Proprio alla luce di tale obbligo generale, sancito dall'art. 1, § 1, ciascuno Stato membro è tenuto ad effettuare una inchiesta effettiva volta ad identificare, giudicare ed eventualmente condannare i responsabili di un atto di tortura, qualora esista una denuncia o un motivo fondato per il quale si ritiene che sia stato commesso tale atto.

Una violazione ulteriore dell'art. 1, § 1, in combinato con l'art. 5 della Convenzione interamericana, può dar luogo anche ad una violazione della Convenzione interamericana

---

<sup>225</sup> CIDH, caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, § 165-167: "165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. 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. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, [...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos."

Sulla sentenza citata vedi TRAVIESO J.A., *La Corte Interamericana de derechos humanos, Opiniones consultivas y fallos: la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, Buenos Aires, 1996, pp. 349-401.

<sup>226</sup> CIDH, Caso Caesar c. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, § 93: "[...] Una vez que la Convención entró en vigor para Trinidad y Tobago, el Estado debió haber adaptado su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado, con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en la misma. Es necesario reafirmar que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado y, consecuentemente, la denuncia de la Convención por parte del Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por éste asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Dichas obligaciones tienen un carácter autónomo y automático, y no dependen de ninguna declaración de los órganos de supervisión de la Convención respecto de una legislación interna específica."

contro la tortura<sup>227</sup>, come affermato in precedenza nel *caso Tibi c. Ecuador*, (v. anche caso *Gutiérrez Soler c. Colombia*, § 54<sup>228</sup>; caso *Vargas Areco c. Paraguay*, § 79<sup>229</sup>).

Circa le misure provvisorie anche la Convenzione interamericana prevede all'art. 63, § 2<sup>230</sup> e, a differenza del sistema europeo, la prassi della Corte interamericana ha evidenziato una tendenza estensiva dei diritti per i quali è necessaria l'adozione di tali misure. Infatti la Corte, nel caso *James e altri c. Trinidad e Tobago*<sup>231</sup>, ha riconosciuto l'obbligo generale di adottare misure provvisorie al fine dell'adempimento del più generale obbligo di rispettare la Convenzione. Nel successivo e già citato caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago* (§ 196-200<sup>232</sup>), la stessa Corte ha individuato una responsabilità aggravata

---

<sup>227</sup> TIGROUDJA H., PANOUSSIS I. K., *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, cit., p. 202: "Ainsi les constats de violations au fond d'un traitement contraire à l'article 5 ne seront pas les seuls à être pris en considération par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Comme pour la protection du droit à la vie, la Cour instaure une violation passive de cette disposition au titre de sa combinaison avec l'article premier de la Convention."

<sup>228</sup> CIDH, Caso *Gutiérrez Soler c. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, § 54: "La Corte entiende que, a la luz de la obligación general de los Estados Partes de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Esta actuación está normada, además, de manera específica en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura que obligan a los Estados Partes a adoptar todas las medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción, así como a garantizar que los casos de tortura sean examinados imparcialmente. [...] Desde que entró en vigor en Colombia la referida Convención Interamericana contra la Tortura, el 18 de febrero de 1999, es exigible al Estado el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. Por ello, para el Tribunal esta conducta constituye incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura en lo que atañe a la obligación de prevenir y sancionar la tortura en el ámbito interno."

<sup>229</sup> CIDH, Caso *Vargas Areco c. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, § 79: "En este sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que: «a la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la integridad personal conforme al artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de dicho tratado, existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura.»"

<sup>230</sup> SACCUCCI A., *Le misure provvisorie della Corte europea dei diritti umani nell'ambito della procedura di ricorso interstatale Georgia c. Russia*, cit., pp. 46-47.

<sup>231</sup> CIDH, Asunto *James y otros*, Resolución del 3 de abril de 2009, Medidas provisionales respecto de la República de Trinidad y Tobago, considerando 5 y 6: "(5) Que de acuerdo con el Artículo 26.1 [sic] del Reglamento de la Corte: En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención. (6). Que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, las medidas provisionales no son sólo de naturaleza preventiva, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino que son fundamentalmente de protección, dado que protegen a los derechos humanos en tanto y en cuanto tratan de evitar daños irreparables a las personas. Siempre que se cumplan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y la prevención de un daño irreparable, las medidas provisionales de protección se tornan en una real garantía jurisdiccional de naturaleza preventiva."

<sup>232</sup> CIDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, cit. § 196-200: "196. Mediante Resolución de 25 de mayo de 1999, la Corte requirió a Trinidad y Tobago que adoptara todas las medidas necesarias para preservar la vida de Joey Ramiah, entre otros (*supra* párr. 29), con el objeto de no obstaculizar el trámite de su caso ante el sistema interamericano, específicamente ante la Comisión, orden que fue reiterada por la Corte y su Presidente en posteriores Resoluciones. 197. No obstante las Medidas Provisionales expresamente ordenadas por la Corte, el Estado ejecutó a Joey Ramiah el 4 de junio de 1999, lo cual fue informado a la Corte el 7 de junio del mismo

dello Stato in questione per l'inadempimento di una misura sospensiva della condanna a morte<sup>233</sup>.

### **3. Il principio di *non-refoulement* nel sistema africano di protezione dei diritti umani.**

Il sistema africano di protezione dei diritti umani agisce nell'ambito dell'Unione Africana<sup>234</sup>, che è succeduta all'Organizzazione per l'Unità Africana (OUA), attraverso l'adozione di un '*Constitutive Act*'<sup>235</sup>, firmato l'11 luglio 2000 ed entrato in vigore il 26 maggio 2001, che ne ha definito le competenze e gli organi della stessa.

---

año por parte de la Comisión Interamericana. A pesar de haber sido debidamente notificado por la Corte, el Estado indicó que no había recibido orden alguna relacionada con la adopción de medidas de protección a favor de Joey Ramiah. 198. La Corte considera que la ejecución de Joey Ramiah por parte de Trinidad y Tobago constituye una privación arbitraria del derecho a la vida. Esta situación se agrava porque la víctima se encontraba amparada por una Medida Provisional ordenada por este Tribunal, la cual expresamente señalaba que debía suspenderse la ejecución hasta que el caso fuera resuelto por el sistema interamericano de derechos humanos. 199. El Estado de Trinidad y Tobago ha causado un daño irreparable en perjuicio de Joey Ramiah, por haber desconocido la orden concreta de la Corte y deliberadamente haber ordenado la ejecución de esta víctima. 200. La Corte reitera que el Estado de Trinidad y Tobago privó arbitrariamente del derecho a la vida al señor Joey Ramiah (*supra* párrs. 197 y 198). Este Tribunal enfatiza la gravedad del incumplimiento del Estado en virtud de la ejecución de la víctima, existiendo Medidas Provisionales a su favor, por lo que es responsable de la violación del artículo 4 de la Convención Americana.”

<sup>233</sup> BATES E., *Avoiding Legal Obligations Created by Human Rights Treaties*, International and Comparative Law Quarterly, v. 57, 2008, pp. 751-788 (767): “In *Hilaire, Constantine and Benjamin v. Trinidad and Tobago (Preliminary Objections)* the Inter-American Court rejected as contrary to the object and purpose of the ACHR Trinidad and Tobago’s attempt to impose a far-reaching substantive condition on its acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court. The condition would, in effect, have required national law to prevail over the ACHR. The Court interpreted the Inter-American Convention ‘in accordance with its object and purpose’, and decided that it ‘must act in a manner that preserves the integrity of the mechanism provided for in Article 62(1) of the Convention’, ie the optional jurisdiction of the Court.”

<sup>234</sup> NALDI G. J., *The African Union and the Regional Human Rights System*, in EVANS M., MURRAY R. (edited by), *The African Charter on Human and Peoples’ Rights. The System in Practice 1986-2006, 2<sup>nd</sup> edition*, Cambridge, 2008, pp. 20-48 (21): “The AU, in all essential regards a political and economic institution, is loosely modelled on the European Union and constitutes the expression of a renewed determination in Africa to expedite political co-operation and economic integration. The AU is designed to provide the African continent with the legal and institutional framework to tackle successfully the twin challenges of the post-Cold War age and globalisation. Of particular interest is the fact that human rights and democratic values are founding principles of the AU and, unlike the OAU Charter, express references to these core beliefs are made in the Constitutive Act. It is also important to note that the AU has inherited the OAU’s endeavours in the field of human rights.”

<sup>235</sup> KANE I., MOTALA A. C., *The Creation of a New African Court of Justice and Human Rights*, in EVANS M., MURRAY R. (edited by), *The African Charter on Human and Peoples’ Rights. The System in Practice 1986-2006*, cit., pp. 406-440 (408): “The objectives of the AU, defined in the Constitutive Act, include ‘to promote and protect human and peoples’ rights in accordance with the African Charter on Human and Peoples’ Rights and other relevant human rights instruments’. [...] Although the Constitutive Act includes defence of the ‘sovereignty, territorial integrity and independence of its Member States’, and emphasises the principle of ‘non-interference by any Member State in the internal affairs of another’, the principle of non-interference has been diluted. In particular the Constitutive Act includes ‘the right of the Union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in grave circumstances, namely: war, crimes, genocide and crimes against humanity’, and ‘condemnation and rejection of unconstitutional changes of government’.”

L'OUA originariamente era stata creata, nell'ambito della Conferenza dei Capi di Stato e di governo nel 1993, con lo scopo di "completare il processo di decolonizzazione e difendere l'indipendenza degli Stati nazionali di recente e problematica costituzione"<sup>236</sup>.

Tale organizzazione regionale si è dotata di uno strumento convenzionale di tutela dei diritti umani, la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli<sup>237</sup> adottata il 27 giugno 1981 ed entrata in vigore il 21 ottobre 1986<sup>238</sup>. Nella Carta africana si attribuisce un'importanza particolare alla collettività, nei confronti della quale gli individui sono titolari di diritti e doveri<sup>239</sup> e questa costituisce una differenza importante rispetto agli strumenti convenzionali dei sistemi regionali in precedenza esaminati.

Il sistema africano è completato e reso efficace dall'istituzione, con l'entrata in vigore il 25 gennaio 2004 del Protocollo, (adottato il 9 giugno 1998), della Corte africana dei diritti dell'uomo e la prima elezione dei giudici è avvenuta nel gennaio 2006. Il meccanismo di controllo nell'ambito di tale sistema, essenzialmente binario, opera attraverso la Corte e la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli<sup>240</sup>.

La Corte africana, al pari delle sue omologhe, ha competenze contenziose e consultive. La competenza consultiva della Corte discende dall'art. 4 del Protocollo, in quanto essa può

---

<sup>236</sup> ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 416.

<sup>237</sup> In seguito "Carta africana".

<sup>238</sup> ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo* cit., pp. 419-420: "Adottata all'unanimità dalla successiva conferenza dei Capi di Stato e di governo dell'OUA, il 27 giugno 1981, meglio conosciuta come Carta di Banjul, dal nome della città del Gambia dove si tennero le due sessioni della conferenza dei Ministri della giustizia dell'OUA, nelle quali fu messo a punto il progetto definitivo, entrata in vigore nell'ottobre del 1986, tre mesi dopo il deposito del ventiseiesimo strumento di ratifica, la *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* rappresenta il più vasto sistema regionale di protezione dei diritti umani nell'ambito delle Nazioni Unite, essendo stata ad oggi ratificata da 53 Stati su 54 dell'intero continente, mancando soltanto il Marocco uscito, peraltro, dall'Organizzazione dell'Unità Africana nel 1985."

<sup>239</sup> UDOMBANA N. J., *Toward the African Court on Human and Peoples' Rights: Better Late than Ever*, Yale Human Rights and Development Law Journal, pp. 45-111 (61): "Reflecting the traditional African focus on collectivities, the Charter also parts ways with the European and Inter-American human rights conventions by providing for *group* rights in addition to individual rights. Articles 19 through 24 include the rights to self-determination, to the equality of peoples and the non-domination of one people by another, and to the right to dispose of natural wealth and resources in the interest of the people.<sup>85</sup> Other provisions include the right to recover dispossessed property, the right to adequate compensation, to cultural development, to international peace and security, and to a general environment favorable to development. [...] Finally, the Charter distinguishes itself from its regional counterparts by enshrining individuals' *duties* to society in addition to their *rights*.<sup>86</sup> These duties are owed to the family, society, the state, and even to the international community. They include individual duties to respect others without discrimination, to develop the family, to serve the nation, to pay taxes, and to promote African unity."

<sup>240</sup> Sulla Commissione Africana v. NALDI G. J., *The African Union and the Regional Human Rights System*, in EVANS M., MURRAY R. (edited by), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The system in Practice 1986-2006*, cit., pp. 34-35: "[...] the monitoring of the rights enshrined in the Banjul Charter is presently entrusted to the Commission, the system's safeguard mechanism, which is composed of eleven independent African personalities with expertise in human rights, mandated with promoting and ensuring protection of human and peoples' rights. That responsibility is now shared with the African Court on Human and Peoples' Rights, which has only recently become operative. It was initially believed that the Commission had relatively weak powers of investigation and enforcement. It must be understood that the Commission is not a court or tribunal with compulsory jurisdiction." E ancora UDOMBANA N. J., *Toward the African Court on Human and Peoples' Rights*, cit., Yale Human Rights and Development Law Journal, pp. 45-111 (64): "The Commission has three primary functions: to *promote*, to *protect*, and to *interpret* the provisions of the Banjul Charter."

fornire pareri giuridici su qualunque questione relativa alla Carta africana o ad altri rilevanti strumenti internazionali di tutela dei diritti umani su richiesta dell'UA o di un organo di essa o infine della Commissione<sup>241</sup>.

Per quanto concerne, invece, la competenza contenziosa, *ratione materiae*, della Corte, è opportuno precisare che la Corte africana è competente a giudicare, in base all'art. 3 (1) del Protocollo istitutivo della Corte, non solo casi di violazioni di diritti sanciti dalla Carta africana<sup>242</sup>, ma da qualunque strumento internazionale che sia stato ratificato dallo Stato in questione contro il quale il ricorrente agisce<sup>243</sup>.

L'accesso alla Corte africana, nell'esercizio della propria competenza *ratione personae*, reca in sé alcune debolezze, infatti è lo stesso Protocollo istitutivo del 1998 a prevedere la possibilità di accedere alla Corte in modo automatico o facoltativo/opzionale. Mentre la Commissione africana<sup>244</sup>, gli Stati parti e le organizzazioni intergovernative africane godono della facoltà di accedere automaticamente alla Corte, una volta che uno Stato abbia ratificato il Protocollo (art. 5, § 3 del Protocollo), gli individui e le ONG non possono ricorrervi automaticamente<sup>245</sup>. Infatti è necessario che siano soddisfatte due condizioni: 1) la Corte in tal caso decide discrezionalmente in merito all'accesso alla Corte; 2) al momento della ratifica del Protocollo o subito dopo gli Stati devono adottare una dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte per i ricorsi individuali (art. 34, § 6 del Protocollo)<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> NMEHELLE V. O., *The African Human Rights System. Its Laws, Practices, and Institutions*, cit. p. 273: "Comparatively, the advisory jurisdiction of the African Court is broader in scope than that of the European Court under Article 45 of the European Convention, but similar to that of the Inter-American Court in Article 64 (1) of the American Convention, except that the Protocol extends *locus standi* to other African organizations recognized by the OAU. On the other hand, while the Article 64 (2) of the American Convention allows the Inter-American Court to render opinion, regarding the compatibility of a State's domestic law with human rights instruments at the request of Member States of the OAS, the Protocol does not contain any express provision to that effect."

<sup>242</sup> OJI UMOZURIKE U., *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, The Hague, 1997.

<sup>243</sup> MUTUA M., *The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?*, *Human Rights Quarterly*, v. 21, 1999, pp. 342-363 (354): "In order to entrench itself as protector of international human rights, it is important that the Court's jurisdiction not be circumscribed or limited to cases or disputes that arise out of the African Charter. The Protocol provides that actions may be brought before the Court on the basis of any instrument, including international human rights treaties, which has been ratified by the state party in question. Furthermore, according to the Protocol, the Court can apply as sources of law any relevant human rights instrument ratified by the state, in addition to the African Charter."

<sup>244</sup> NALDI G. J., *The African Union and the Regional Human Rights System*, cit., p. 37: "An analysis of the Commission's recent decisions, compared with its approach in earlier times, does suggest that the Commission is steadily becoming more robust in performing its protective mandate. This is also true of the Commission's use of interim measures of protection, which strongly suggest that the Commission considers them as binding on the parties to the case. Furthermore, the criticism that the African system was toothless, as it lacked remedies, is no longer valid, as the Commission has called for remedies, is no longer valid, as the Commission has called for remedies in a number of cases."

<sup>245</sup> NMEHELLE V. O., *The African Human Rights System. Its Laws, Practices, and Institutions*, cit. p. 269: "The idea of allowing States, whose citizens are victim of human rights violations to submit cases before the Court under Article 5 (d) of the Protocol [...] is an African codification of the provisions of old Article 48 (b) of the European Convention."

<sup>246</sup> Sulla facoltà di ricorrere alla Corte africana, ex art. 5 del Protocollo del 1998: MUTUA M., *The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?* cit., p. 355: "One serious shortcoming of the proposed African Human

Le sentenze della Corte sono vincolanti per le parti in causa, che sono tenute a darvi applicazione. A tal fine il Comitato esecutivo dell'Unione africana ha il compito di sorvegliarne l'esecuzione (art. 29, § 2, del Protocollo)<sup>247</sup>.

Al fine di evitare di arrecare pregiudizio alle vittime, la Corte può adottare misure cautelari, provvisorie, secondo quanto previsto dall'art. 27, § 2<sup>248</sup>, del Protocollo citato. Tale previsione normativa costituisce un ulteriore elemento di convergenza del sistema africano verso i modelli europeo ed americano.

L'art. 5 della Carta africana sancisce al primo paragrafo il diritto al rispetto della dignità della persona umana ed il conseguente riconoscimento della sua personalità giuridica. Mentre il secondo paragrafo afferma il divieto di qualunque forma di sfruttamento e svilimento dell'uomo, in particolare la schiavitù, la tratta delle persone, il divieto di tortura fisica o morale, pene o trattamenti inumani e degradanti.

La "giurisprudenza" della Commissione africana per violazioni dell'art. 5 è ancora scarsa, la Commissione africana non è di fatto ancora giunta a definire il concetto di tortura, pena o trattamento inumano o degradante, limitandosi ad affermare un generale divieto di compiere tali atti<sup>249</sup>.

L'art. 12 della Carta africana, articolato in 5 paragrafi, disciplina la libertà di movimento e altri diritti ad essa correlati.

---

Rights Court is the limitation of access placed by the Draft Protocol on individuals and NGOs. The Protocol provides for two types of access to the Court: automatic and optional. The African Commission, state parties, and African intergovernmental organizations enjoy unfettered or 'automatic' access to the Court once a state ratifies the Draft Protocol. In stark contrast, individuals and NGOs cannot bring a suit against a state unless two conditions are met. First, the Court will have discretion to grant or deny such access. Second, at the time of ratification of the Draft Protocol or thereafter the state must have made the declaration accepting the jurisdiction of the Court to hear such cases." Cfr. ancora JUMA D., *Lost (or Found) in Transition? The Anatomy of the New African Court of Justice and Human Rights*, Max Planck Yearbook of the United Nations, vol. 13, 2009, pp. 269-306 (287-288): "Under Article 5(1) of this Protocol, only the African Commission, States Parties and African Intergovernmental Organizations had automatic access to the Court. In contrast, the Court had the discretion to allow relevant NGOs with observer status at the African Commission and individuals to institute cases directly before it, provided that the State Party concerned had made a declaration accepting the competence of the Court to receive such cases at the time of the ratification of the Protocol or any time after." Cfr. ancora NMEHILLE V. O., *The African Human Rights System. Its Laws, Practices, and Institutions*, cit., p. 266: "In Article 5, there is a demarcation in the right of access to the Court between the Commission and the State Parties on one hand, and individuals and NGOs on the other. While the Commission and State Parties are privileged to approach the Court without any declaration to that effect by State Parties, NGOs and individuals are not so privileged. The State Parties against which NGOs and individuals want to proceed, must have accepted the jurisdiction of the Court to entertain such complaints."

<sup>247</sup> MUTUA M., *The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?*, cit., p. 357: "The Court's judgment, which will be final and without appeal, will be binding on states. In its annual report to the OAU, the Court is to list specifically those states that have not complied with its judgments. This is a 'shaming' tactic that marks the violator. The OAU Council of Ministers is required to monitor the execution of the judgment on behalf of the OAU Assembly."

<sup>248</sup> L'art. 27 del Protocollo del 1998 afferma: "1. If the Court finds that there has been violation of a human or peoples' right, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation. 2. 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."

<sup>249</sup> NMEHILLE V. O., *The African Human Rights System. Its Laws, Practices, and Institutions*, cit., p. 92.

Pur ricordando il suo carattere quasi giurisdizionale, la Commissione, nelle sue comunicazioni in merito all'art. 12, ha spesso fatto riferimento al principio di non discriminazione contenuto nell'art. 2, in quanto tale articolo sancisce uno degli obiettivi principali della Convenzione, ovvero l'eliminazione di ogni forma di discriminazione<sup>250</sup>.

Ai fini della presente ricerca, risulta interessante il par. 3 dell'art. 12 che disciplina il diritto a cercare ed ottenere asilo in altri Paesi distinti da quello di nazionalità. Tuttavia tale tutela deve essere offerta, qualora la persona si trovi in reale pericolo, in conformità con la legge interna dello Stato e con l'applicazione delle relative convenzioni in materia. Tale disposizione incontra un limite nella mancanza di uniformità nei relativi ordinamenti interni dello Stato, sfuggendo così ad un controllo e verifica di standard minimi comuni a tutti gli Stati membri, soprattutto nel caso in cui ci si discosti dalle disposizioni del diritto internazionale in materia<sup>251</sup>.

Infatti l'art. 12, § 5 della Carta africana contempla il divieto di espulsione<sup>252</sup> così come il corrispondente art. 22, § 8 della Convenzione americana. Si tratta di una disposizione complessa in quanto dispone il divieto di espulsioni in massa di individui non cittadini dello Stato nel quale si trovano, riconducendo l'eventuale espulsione a motivi di nazionalità, origine etnica o religiosa anche per coloro i quali si trovino legalmente sul territorio dello Stato in questione.

Al contrario di tale disposizione, la Convenzione europea rimane silente rinviando il problema al Protocollo n. 4 del 1963, che sancisce il divieto di espulsione collettive. Inoltre è opportuno

---

<sup>250</sup> OLANIYAN K., *Civil and Political Rights in the African Charter: Articles 8-14*, in EVANS M., MURRAY R. (edited by), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2006*, cit., pp. 213-243 (232): "Moreover, the Commission's jurisprudence on Article 12 has frequently referred to the principle of non-discrimination in Article 2. Here the Commission has stated that 'Article 2 «lays down a principle that is essential to the spirit of this convention, one of whose goals is the elimination of all forms of discrimination and to ensure equality among all human beings». [Communications 54/91, 61/91, 164/97 – 196/97, 210/98, Malawi African Association and others v. Mauritania, Thirteenth Activity Report 1999-2000, Annex V, para. 131]"

<sup>251</sup> NMEHIELLE V. O., *The African Human Rights System.*, cit. p. 116: "The Charter gives persecution as a condition for the exercise of the right to seek and obtain asylum, but does not indicate what kind of persecution is necessary for asylum purpose. [...] It could be argued that the Charter already identifies the proper standard by referring to the application of the relevant international convention in addition to the domestic law of the State to govern a request for asylum. What is not accounted for under the provision is when the domestic law standard of State varies from the applicable international law."

<sup>252</sup> OBINNA OKERE B., *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*, *Human Rights Quarterly*, vol. 6, 1984, pp. 141-159 (155): "It must be mentioned that generally the African Charter is closer to the American Convention as to the content of guaranteed rights than that to the European model. For example, Article 22, paragraph 8, of the American Convention provides that 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. A similar rights is guaranteed under Article 12(5) of the African Charter. The European Convention does not secure such right."

ricordare che la Carta africana, a differenza dei suoi corrispondenti nei sistemi europeo ed interamericano, non prevede la facoltà di deroghe ai diritti da essa garantiti<sup>253</sup>.

Circa il contenuto del par. 5 dell'art. 12 in esame, la Commissione ha riconosciuto, nella comunicazione *Rencontre Africaine pour la Defense de Droits de l'Homme v. Zambia*<sup>254</sup>, che l'art. 12 comporta un obbligo agli Stati parti di assicurare i diritti sanciti nella Carta a tutte le persone sotto la propria giurisdizione, indifferentemente dalla loro nazionalità.

La Commissione ha inoltre affermato che una violazione dell'art. 12 potrebbe comportare ulteriori violazioni di diritti sanciti dalla Carta (*Organisation Mondiale contre la Torture v. Rwanda*<sup>255</sup>).

Da un'analisi comparata tra la Carta africana e gli altri strumenti convenzionali regionali emerge che la Carta africana si richiama di più al Patto sui diritti civili e politici (art. 12) e alla Convenzione americana quanto al contenuto dei diritti garantiti che alla Convenzione europea<sup>256</sup>.

#### **4. Rilievi conclusivi.**

Dall'esame dei tre sistemi regionali di tutela dei diritti umani, si possono individuare alcuni elementi comuni ai meccanismi procedurali di accesso alle Corti e la previsione di un meccanismo giurisdizionale che ne controlli l'applicazione attraverso l'istituzione di Corti.

Una differenza sostanziale tra i sistemi interamericano<sup>257</sup> e africano rispetto a quello europeo consiste nella contemporanea esistenza di due meccanismi di controllo dell'applicazione delle convenzioni regionali sopracitate: la Corte e la Commissione<sup>258</sup>. In tal senso il sistema

---

<sup>253</sup> NALDI G. J., *The African Union and the Regional Human Rights System*, cit., p. 28: "In this context it is a salient fact that the Banjul Charter, unlike all other comparable treaties, does not contain a derogation clause."

<sup>254</sup> Communication 71/92, para. 22.

<sup>255</sup> Communications 27/89, 46/91, 99/93, Tenth Activity Report 1996-1997, Annex X.

<sup>256</sup> OLANIYAN K., *Civil and Political Rights in the African Charter: Articles 8-14*, cit., p. 231: "Article 12 mirrors both Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 22 of the American Convention on Human Rights. 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."

<sup>257</sup> PROCACCINI K.C., *Constructing the Right "Not to Be Made a Refugee" at the European and Inter-American Courts of Human Rights*, Harvard Human Rights Journal, vol. 22, 2008, pp. 271-291 (276).

<sup>258</sup> Sui rapporti nel sistema interamericano tra la Corte e la Commissione v. HENNEBEL. L., *La Convention Américaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, pp. 85-86: "La Convention américaine des droits de l'homme attribue des compétences tant à la Commission interaméricaine qu'à la Cour. Ces dernières sont identifiées par l'article 33 comme les deux organes *compétents pour connaître des questions relatives à l'exécution des engagements contractés par les Etats parties*. [...] Or, les organes du système conventionnel interaméricain ne paraissent pas toujours agir de manière coordonnée. Des tensions existent entre la Commission de Washington et la Cour de San José affectant la fluidité du système de protection, et en particulier le bon fonctionnement du mécanisme de pétition individuelle. La Cour inter américaine, seul organe judiciaire autonome en matière de droits de l'homme, souligne la portée de ses compétences en insistant sur sa nature juridictionnelle, alors que la Commission met en avant son rôle historique en matière de protection des droits de l'homme et son

americano sembra riprodurre quello europeo prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla Convenzione europea che ha istituito l'attuale Corte europea, procedendo ad una fusione delle precedenti Corti e Commissione.

Inoltre, emerge una grande differenza relativa alla legittimazione attiva di ricorrere alle suddette Corti: mentre nel sistema europeo, a partire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla Convenzione europea, è stabilita la possibilità per gli individui e gruppi di individui di ricorrere alla Corte europea, negli altri due sistemi in esame, tale facoltà è sottoposta ad alcune condizioni. Infatti nei sistemi americano ed africano, è necessario che lo Stato convenuto abbia adottato un'apposita accettazione della giurisdizione contenziosa della Corte<sup>259</sup>.

Pertanto risulta diversa anche la posizione dell'individuo davanti alle Corti in esame: mentre nel caso europeo, per effetto dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11 sopracitato, l'individuo ha diritto a ricorrere ("jus standi") alla Corte, nel caso americano l'individuo ha diritto a prendere parte ai procedimenti iniziati davanti alla Corte ("locus standi in judicio")<sup>260</sup>, previo riconoscimento della giurisdizione della Corte interamericana da parte dello Stato in questione.

Con le modifiche intervenute il 1° giugno 2001 nel Regolamento di procedura ('Rules of procedures') della Corte interamericana, ci appare migliorata la posizione dell'individuo: è stato previsto il ricorso automatico 'unless there is a reasoned decision by an absolute majority of the members of the Commission to the contrary'<sup>261</sup>. Tuttavia sussiste il limite

---

statut d'organe permanent de l'OEA. Nous relevons essentiellement deux catégories de tensions entre ces deux organes: celles qui se matérialisent par des conflits de procédure et celles qui sont relatives à l'interprétation de la Convention américaine."

<sup>259</sup> LIGUORI A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, cit.

<sup>260</sup> Sulla partecipazione del ricorrente al procedimento nel sistema europeo ed interamericano: v. CANÇADO TRINIDADE A.A., *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*, *Human Rights Law Journal*, vol. 25, 2004, pp. 157-160 (158): "In the Strasbourg system, with the entry into force of Protocol n. 11 to the European Convention on Human Rights, on 1<sup>st</sup> November 1998 [...], individuals have been granted jus standi, to bring a case directly before the European Court of Human Rights. In the San José of Costa Rica system, individuals have been granted, under the American Convention on Human Rights, by the historical adoption of the current Rules of Court (effective as from 1<sup>st</sup> June 2001), locus standi in judicio, to participate directly in all stages of the procedure before the Inter-American Court of Human Rights."; et VIVANCO J.M., BHANSALI L., *Procedural Shortcomings in the Defense of Human Rights: An Inequality of Arms*, in *The Inter-American System of Human Rights* (edited by D. J. HARRIS AND S. LIVINGSTONE), Oxford, 1998, pp. 421-440, (435): "In the inter-American system, when the Commission decides to refer a case to the Court, the petitioner loses his/her status and is technically barred from participating in the proceedings. Only the Commission and the defendant state are considered parties to the case before the Court. Unlike the inter-American system, the European system allows the petitioner to fully participate before the Court, once proceedings have been initiated by the European Commission or a State Party."

<sup>261</sup> PASQUALUCCI J. M., *The Practice and Procedure of the Inter - American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003, p. 19: "One of the most pervasive criticism of the Inter-American system has concerned the inadequacy of the role of the victim. Although petitioners have always been able to bring and present cases before the Commission, they had no recourse if the Commission chose not to forward the case to the Court, and no role before the Court if the Commission did submit the case. The Convention makes no provision for the

della previa accettazione della giurisdizione contenziosa della Corte da parte degli Stati membri.

Inoltre un altro parametro di indagine deve essere ricercato nell'effettività delle giurisdizioni in esame. Un requisito importante in tal senso emerge dalla presenza di un meccanismo di controllo di esecuzione delle sentenze, definitive e vincolanti, delle Corti. Infatti mentre nel sistema europeo, il compito di controllare l'esecuzione delle sentenze è attribuito al Comitato dei Ministri (art. 46<sup>262</sup> della Convenzione europea, emendato dal Protocollo n. 14, in vigore dal 1° giugno 2010), nel sistema interamericano non è previsto un omologo a tale organo<sup>263</sup>.

Nel sistema europeo, gli obblighi di esecuzione delle sentenza per lo Stato parte convenuto davanti alla Corte consistono in due tipi di misure: misure a carattere individuale che riguardano il ricorrente al quale deve essere garantita, per quanto possibile, la “*restitutio in integrum*”, ovvero il ripristino dello *status quo ante*, o qualora non sia possibile si dà luogo ad una riparazione di tipo economico (art. 41 della Convenzione europea). Oltre alle misure a carattere individuale, lo Stato parte convenuto è tenuto ad adottare misure di carattere generale al fine di prevenire la ripetizione di simili violazioni, attraverso, ad esempio, una revisione della legislazione, di regolamenti o di prassi giudiziarie. Talvolta tali misure possono consistere anche in modifiche costituzionali. Infine il Comitato dei Ministri può richiedere alle autorità competenti dello Stato convenuto di adottare misure *ad interim* al fine di limitare il più possibile le conseguenze di violazioni individuali.

A tal fine, il Comitato dei Ministri, con apposita raccomandazione [Recommendation No. R(2000)2)12], ha invitato gli Stati a “*to ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, restitutio in integrum*” and, in particular,

---

victim or petitioner to seize the Court. The right of an individual to bring a case before a human rights court is a logical step in the evolution of human rights law. [...] To circumvent this limitation, when the State involved has accepted the Court's jurisdiction, the 2001 amendments to the Commission's Rule of Procedure provide for automatic referral of a case 'unless there is a reasoned decision by an absolute majority of the members of the Commission to the contrary'.”

<sup>262</sup> L'art. 46 della Convenzione europea afferma: “1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. 2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution. 3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee. 4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1. 5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case.”

<sup>263</sup> CANÇADO TRINIDADE A.A., *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*, cit., p. 159: “While in the European protection system there is the mechanism of supervision by the Committee of the Ministers, in the inter-American human rights system there is no parallel of the kind.”

“adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention”.

Nel sistema americano, invece, il controllo sull'esecuzione delle sentenze, disciplinato dall'art. 69<sup>264</sup> del Regolamento interno di procedura della Corte interamericana, è attribuito alla Commissione, che fornisce osservazioni sui rapporti degli Stati e su quelli delle vittime o dei suoi rappresentanti, e alla Corte, senza che perciò sia previsto un organo esterno al sistema giurisdizionale<sup>265</sup>. In questo caso, secondo quanto previsto dall'art. 68 della Convenzione interamericana, la Corte può formulare raccomandazioni nel suo rapporto annuale all'Assemblea generale dell'OAS.

Per quanto concerne le riparazioni, l'art. 63 della Convenzione interamericana prevede la titolarità di queste nei confronti del ricorrente-vittima. Tale disposizione reca in sé un contenuto più ampio del suo corrispettivo, art. 41, della Convenzione europea<sup>266</sup>. Alla stregua del sistema europeo, anche il sistema americano di riparazioni per violazioni di diritti sanciti dalla Convenzione prevede la '*restitutio in integrum*' (Caso Barrios Altos, § 25<sup>267</sup>), nonché l'obbligo di investigare in merito ai fatti che hanno condotto alla presunta violazione e punire

---

<sup>264</sup> L'art. 69 del Regolamento interno di procedura della Corte interamericana afferma: “1. The procedure for monitoring compliance with the judgments and other decisions of the Court shall be carried out through the submission of reports by the State and observations to those reports by the victims or their legal representatives. The Commission shall present observations to the State's reports and to the observations of the victims or their representatives.

2. The Court may require from other sources of information relevant data regarding the case in order to evaluate compliance therewith. To that end, the Tribunal may also request the expert opinions or reports that it considers appropriate. 3. When it deems it appropriate, the Tribunal may convene the State and the victims' representatives to a hearing in order to monitor compliance with its decisions; the Court shall hear the opinion of the Commission at that hearing. 4. Once the Tribunal has obtained all relevant information, it shall determine the state of compliance with its decisions and issue the relevant orders. 5. These rules also apply to cases that have not been submitted by the Commission.”

<sup>265</sup> PASQUALUCCI J. M., *The Practice and Procedure of the Inter – American Court of Human Rights*, cit. p. 343: “The political organs of the OAS have not fulfilled their intended role of providing formal support to the Commission and the Court. The failure of the political organs to exert political pressure on States Parties as foreseen by the drafters of the American Convention has been a notably unsuccessful aspect of the functioning of the Inter-American system. The Convention does not provide for formal enforcement of judgments. It provides only that the Court shall present its annual report to the OAS General Assembly.”

<sup>266</sup> PASQUALUCCI J. M., *The Practice and Procedure of the Inter – American Court of Human Rights*, cit. pp. 234-235: “The Court's authority to order reparations under Article 63 (1) is much broader than that of its European counterpart. The corresponding provision of the European Convention, Article 41 (formerly Article 50), authorizes the European Court of Human Rights to ‘afford just satisfaction to the injured party’ if necessary when the domestic law of the State concerned allows for only partial reparation. The European Court of Human Rights has determined that that provision limits it to ordering financial compensation. The European Court has regularly declared that, in the European system, ‘it is for the State to choose the means to be used in its domestic legal system to redress the situation that has given rise to the violation of the Convention.’ The representative of the Council of Europe observing the American drafting conference reported on the reparations provision thus: ‘[t]he Inter-American Court of Human Rights will have considerably wider powers than the European Court.’”

<sup>267</sup> CIDH, Caso Barrios Altos (Chumbipuma y otros c. Peru), sentencia de 30 de noviembre de 2001, Ser. C, No. 87, § 25: “[...] reparation for damage caused by a breach of International obligation requires, whenever possible, full restitution (*restitutio in integrum*), which consists of re-establishing the previous situation. If that [is] not possible, the international court must order that steps be taken to guarantee the rights infringed, redress the consequences of the infringements, and determine payment of indemnification as compensation for damage caused.”

i responsabili, quale parte della riparazione delle conseguenze delle violazioni di diritti e libertà; l'obbligo di adottare misure che modificano l'ordinamento interno un'analisi ed infine l'obbligo di risarcimento pecuniario<sup>268</sup>. Risulta interessante rilevare che nella giurisprudenza americana si è affermato un nuovo tipo di danno che incide proprio sul 'progetto di vita' ('proyecto de vida' o 'life plan'). Il concetto di 'progetto di vita' è descritto nel *caso Loayza Tamayo* cit. § 148, dove si afferma: “[E]l “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”

Anche nel *caso Cantoral Benavides* cit., § 80, per riparare alle conseguenze della detenzione illegale di uno studente di vent'anni, che perciò aveva inciso sul suo 'progetto di vita', la Corte aveva riconosciuto “que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija -así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios- en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado.”

Infine si deve ricordare che nel sistema europeo la Convenzione europea dei diritti umani è stata ratificata da tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, a differenza del sistema americano dove la Convenzione americana è stata ratificata da 24 Stati dei 35 Stati membri dell'OSA<sup>269</sup>, mentre la Carta africana è stata ratificata da tutti i 53 Stati membri dell'Unione africana.

---

<sup>268</sup> PASQUALUCCI J. M., *The Practice and Procedure of the Inter – American Court of Human Rights*, cit., p. 255: “The Inter-American Commission, when attributing a human rights violation to a State, often makes a general recommendation in its final report that the State pay compensation. The Commission does not, however, determine the amount of compensation owing. The Commission relies on the State’s domestic law to determine the amount that should be paid. Although there is, no official information available, Reisman stated that, to his knowledge, no State has ever paid victim compensation in compliance with a Commission recommendation.”

<sup>269</sup> PASQUALUCCI J. M., *The Practice and Procedure of the Inter – American Court of Human Rights*, cit., pp. 340-341: “The proper functioning of the Inter-American human rights system requires universality of State ratification or accession to the American Convention and acceptance of the jurisdiction of the Court. Twenty-four of the thirty-five Member States of the OAS are currently parties to the American Convention. The States that have failed to ratify the Convention are the United States and Canada, as well as Belize, Guyana and several Caribbean nations. Twenty-one have accepted the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court. The lack of universality complicates the functioning of the Inter-American Commission, which must apply different criteria depending on whether a State is or is not a party to the American Convention. [...] To further complicate

In conclusione, il sistema africano presenta delle similitudini con il sistema interamericano, per quanto concerne la presenza di due organi preposti alla tutela dei diritti umani, nonché per l'applicazione estensiva *ratione materiae* degli strumenti convenzionali esistenti da parte della Corte. Tuttavia al momento non si rileva alcun caso di giurisprudenza in tema di *non-refoulement*.

---

matters, not all States have accepted the compulsory jurisdiction of the Court. The Commission may automatically refer cases to the Court only where the State concerned has accepted jurisdiction. Finally, States may make reservations to rights protected by the Convention, thereby altering the system of protection in that State.”

## CAPITOLO 4

### IL PRINCIPIO DI *NON – REFOULEMENT* NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO. INTRODUZIONE – 1. La disciplina del diritto di asilo nel diritto primario dell'Unione: cenni introduttivi 2. Il sistema di protezione internazionale nell'Unione europea attraverso il c.d. diritto derivato. - a) *La protezione temporanea: la direttiva 2001/55/CE*- b) *La protezione sussidiaria e lo status di rifugiato: la direttiva 2003/9/CE e la direttiva 2004/84/CE* - b 1) *La protezione sussidiaria e lo status di rifugiato: le procedure utilizzate nel riconoscimento di protezione internazionale e nel rimpatrio* - c) *Il regolamento 343/2003/CE: i criteri di determinazione dello Stato responsabile e gli obblighi degli Stati membri* 3. La compatibilità degli obblighi degli Stati membri dell'Unione europea con gli obblighi derivanti dal diritto internazionale.

#### INTRODUZIONE

Il presente capitolo si pone come obiettivo l'analisi del principio di *non-refoulement* nel diritto dell'Unione europea. Pertanto si procederà ad un esame delle disposizioni, rilevanti al nostro scopo, del diritto primario, ovvero dei trattati, ed in un secondo momento a quelle contenute nel cosiddetto diritto derivato, le direttive ed i regolamenti. Attualmente, la gestione del fenomeno dei rifugiati ha progressivamente acquisito un approccio orizzontale, comune ai 27 Stati membri dell'Unione europea e funzionale ad una armonizzazione della sua disciplina. Si abbandona così il precedente approccio di tipo verticale, secondo il quale la gestione di tale fenomeno rientrava esclusivamente nell'ordinamento interno di ciascuno Stato<sup>1</sup>. La presente analisi inoltre seguirà il principio del primato, ovvero della prevalenza del diritto dell'Unione europea rispetto al diritto interno degli Stati membri.

Il principio del primato del diritto dell'Unione è stato affermato in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia (casi *Costa c. Enel*; *Simmenthal*, *Lucchini*

---

<sup>1</sup>BYRNE R., NOLL G., VEDTSTED-HANSEN J., *Understanding Refugee Law in an Enlarged Union*, *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 355-379 (359): "In the formative phase, the foundation stones of the current regional asylum system in Western Europe were set in place by domestic legislatures. National law-makers developed a number of restrictive approaches to refugee law in order to grapple with what was considered primarily to be a domestic problem – the perceived overburdening of national asylum systems."

S.p.A.<sup>2</sup>) già a partire dal 1964, ricordando che proprio a causa dell'origine dello stesso diritto dell'Unione, in quanto fonte autonoma, non è possibile per gli Stati membri “far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso”<sup>3</sup>. Pertanto le corti nazionali non possono dichiarare invalido un atto dell'Unione, dal momento che solo la Corte di giustizia è competente in questo senso. Infatti le corti nazionali, per quanto possibile, devono applicare le disposizioni dell'ordinamento interno in modo coerente con il diritto dell'Unione<sup>4</sup>.

In un successivo caso, *Walt Wilhelm and Others v Bundeskartellamt*<sup>5</sup>, la Corte di giustizia ha ricordato che in quanto “il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico autonomo, integrato negli ordinamenti interni degli Stati membri, esso deve essere applicato dai tribunali interni. Pertanto sarebbe contrario alla natura dello

---

<sup>2</sup> Court of Justice, Case Flaminio Costa v. Enel, 15 July 1964, Case C 6/64; Court of Justice, Case Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.A., 9 March 1978; Court of Justice, Case Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini S.p.A., formerly Lucchini Siderurgica SpA, 18 July 2007, Case C-119/05.

<sup>3</sup> Court of Justice, Case Flaminio Costa v. Enel, cit., § 3.2 : “The integration into the laws of each member State of provisions which derive from the Community [...] make it impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity. Such a measure cannot therefore be inconsistent with that legal system. The law stemming from the treaty, an independent source of law, could not because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed without being deprived of its character as community law and without the legal basis of the Community itself being called into question.”

<sup>4</sup> Court of Justice, Case Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini SpA, formerly Lucchini Siderurgica S.p.A., cit., § 53 and 60: “While national courts may, in principle, have occasion to consider whether a Community act is valid, they nonetheless have no jurisdiction themselves to declare acts of Community institutions invalid (Case 314/85 *Foto-Frost* [1987] ECR 4199, paragraph 20). The Court of Justice alone therefore has jurisdiction to determine that a Community act is invalid (Joined Cases C-143/88 and C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen and Zuckerfabrik Soest* [1991] ECR I-415, paragraph 17, and Case C-344/04 *IATE and ELFAA* [2006] ECR I-403, paragraph 27). That exclusive jurisdiction is also expressly set out in Article 41 of the ECSC Treaty.” Et “In that context, it should be noted that it is for the national courts to interpret, as far as it is possible, the provisions of national law in such a way that they can be applied in a manner which contributes to the implementation of Community law.”

<sup>5</sup> Court of Justice, Case *Walt Wilhelm and Others v Bundeskartellamt*, 13 February 1969, Case C-14/68, § 6: “The EEC Treaty has established its own system of law, integrated into the legal systems of the Member States, and which must be applied by their courts. It would be contrary to the nature of such a system to allow Member States to introduce or to retain measures capable of prejudicing the practical effectiveness of the Treaty. The binding force of the Treaty and of measures taken in application of it must not differ from one state to another as a result of internal measures, lest the functioning of the Community system should be impeded and the achievement of the aims of the Treaty placed in peril. Consequently, conflicts between the rules of the Community and national rules in the matter of the law on cartels must be resolved by applying the principle that Community law takes precedence.”

stesso concedere agli Stati membri di introdurre misure che ne ostacolassero la reale efficacia del Trattato. La forza vincolante del Trattato e le misure adottate in applicazione dello stesso non devono differire da uno Stato all'altro senza compromettere il funzionamento del sistema dell'ordinamento dell'Unione nonché gli scopi prefissati dallo stesso trattato. Perciò, i conflitti tra norma comunitaria e norma interna [...] devono essere risolti tramite l'applicazione del principio del primato del diritto comunitario.”

In seguito la Corte di giustizia, nel caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH*<sup>6</sup>, afferma che “la validità degli atti [adottati dalle istituzioni della Comunità] può essere giudicata solo alla luce del diritto comunitario. Infatti, il diritto che discende dal Trattato, quale fonte giuridica indipendente, non può per sua stessa natura essere limitato da norme del diritto nazionale, senza perdere il proprio carattere e senza compromettere la base giuridica della Comunità stessa. Pertanto la validità di un atto comunitario ed i suoi effetti nell'ordinamento di uno Stato membro non possono inficiarsi dalla considerazione che esso sia contrario ai diritti fondamentali o alle disposizioni della costituzione di uno Stato membro nonché dai principi della struttura nazionale costituzionale dello stesso.”

Da questo caso emerge un'opinione della Corte di giustizia tesa a sancire nuovamente il principio della prevalenza del diritto comunitario, perfino in caso di contrasto con i diritti fondamentali e principi riconosciuti nella costituzione di uno Stato membro.

Circa i rapporti che intercorrono tra una norma di diritto dell'Unione e una norma di diritto interno, nel caso *Simmenthal*, la Corte di giustizia ha riconosciuto che, in applicazione del principio del primato, l'entrata in vigore di una norma di diritto dell'Unione rende automaticamente inapplicabile l'eventuale norma interna

---

<sup>6</sup> Court of Justice, Case *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Case 11/70, 17 December 1970, § 3: “Recourse to the legal rules or concepts of national law in order to judge the validity of measures adopted by the institutions of the Community would have an adverse effect on the uniformity and efficacy of Community law. The validity of such measures can only be judged in the light of Community law. In fact, the law stemming from the Treaty, an independent source of law, cannot because of its very nature be overridden by rules of national law, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called in question. Therefore the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure.”

confliggente ed inoltre preclude l'adozione di una nuova norma interna incompatibile con la precedente<sup>7</sup>.

Pertanto nelle sue conclusioni, la Corte di giustizia ha ribadito il dovere delle corti nazionali di disapplicare la norma interna incompatibile con la norma dell'Unione in modo diretto e senza il ricorso ad altri strumenti legislativi o costituzionali<sup>8</sup>.

Citando il caso *Simmenthal*, la Corte di giustizia nel più recente, caso *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*<sup>9</sup>, riconosce che “[...] che la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe limitata se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice incaricato di dirimere la controversia di concedere provvedimenti provvisori per assicurare la piena efficacia del giudizio sulla base dell'esistenza di diritti sanciti dal diritto comunitario. Di conseguenza, [...] nel caso in cui una corte nazionale, in merito ad un caso concernente il diritto comunitario, reputi una norma nazionale ostacolo alla pronuncia di provvedimenti provvisori, tale corte è tenuta a disapplicare la norma interna.”

---

<sup>7</sup> Court of Justice, Case Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.A., cit., § 17: “Furthermore, in accordance with the principle of the precedence of Community law, the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but - in so far as they are an integral part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States - also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions.”

<sup>8</sup> Court of Justice, Case Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.A. cit., conclusions: “A national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provisions by legislative or other constitutional means.”

<sup>9</sup> Court of Justice, Case *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, Case C-213/89, 19 June 1990, § 21: “It must be added that the full effectiveness of Community law would be just as much impaired if a rule of national law could prevent a court seised of a dispute governed by Community law from granting interim relief in order to ensure the full effectiveness of the judgment to be given on the existence of the rights claimed under Community law. It follows that a court which in those circumstances would grant interim relief, if it were not for a rule of national law, is obliged to set aside that rule.” Et § 23: “Consequently, the reply to the question raised should be that Community law must be interpreted as meaning that a national court which, in a case before it concerning Community law, considers that the sole obstacle which precludes it from granting interim relief is a rule of national law must set aside that rule.”

In tal senso, anche la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 170/1984<sup>10</sup> ha ricordato che in caso di contrasto tra una norma interna e una norma comunitaria prevale quest'ultima.

Tuttavia il Trattato di Lisbona non ha codificato tale principio, relegandolo alla Dichiarazione n. 17<sup>11</sup> dell'Atto finale del Trattato in esame, ma ha riconosciuto che "la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso" attraverso un espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Corte costituzionale italiana, sentenza n. 170/1984, § 3 e 4: "L'assetto dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, oggetto di varie pronunzie rese in precedenza da questo Collegio, è venuto evolvendosi, ed è ormai ordinato sul principio secondo cui il regolamento della CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno. Questo risultato viene, peraltro, in considerazione sotto vario riguardo. In primo luogo, sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario: fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato (sentenze nn. 176, 177/81). Quando, poi, vi sia irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, è quest'ultima, in ogni caso, a prevalere." Et "[...] La disciplina emanata mediante il regolamento della CEE è destinata ad operare, con caratteristica immediatezza, così nella nostra sfera territoriale, come in quella di ogni altro Stato membro; il sistema statuale, dal canto suo, si apre a questa normazione, lasciando che le regole in cui essa si concreta vengano nel territorio italiano, quali sono scaturite dagli organi competenti a produrle. Ora, la Corte ha in altro giudizio affermato che l'esercizio del potere trasferito a detti organi viene qui a manifestarsi in un "atto", riconosciuto nell'ordinamento interno come "avente forza e valore di legge" (cfr. sentenza n. 183/73)."

<sup>11</sup> La Dichiarazione n. 17, inserita nell'Atto finale del Trattato di Lisbona, afferma: "17. Dichiarazione relativa al primato La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): «Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007 Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64 (1)) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia.»"

<sup>12</sup> Sul punto vedasi DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, pp. 247-248.

## 1. La disciplina del diritto di asilo nel diritto primario dell'Unione: cenni introduttivi<sup>13</sup>.

*Ab origine*, il diritto di asilo è stato accomunato alla libera circolazione delle persone e all'immigrazione.

Infatti, inizialmente, questa materia era stata disciplinata dagli Accordi di Schengen del 1985, che prevedevano la libera circolazione di beni e persone e la contemporanea soppressione del controllo alle frontiere, e dall'Atto Unico Europeo del 1987, con la successiva introduzione dell'art. 8 A<sup>14</sup> del Trattato CEE.

In seguito con la Convenzione di Dublino<sup>15</sup> nel giugno del 1990 sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di asilo si è individuato lo Stato responsabile attraverso il criterio della "preponderanza della responsabilità"<sup>16</sup>.

Pochi giorni dopo l'adozione della Convenzione di Dublino, lo stesso mese, era entrata in vigore la Convenzione di Schengen che applicava l'Accordo di Schengen.

A tale proposito rilevava in particolare il capitolo settimo della citata Convenzione [di Schengen] che disciplinava il sistema di responsabilità per l'esame delle domande di asilo (artt. 28-38). L'art. 30 introduceva un ordine gerarchico dei criteri da utilizzare per determinare la responsabilità: a) sulla base della concessione di un

---

<sup>13</sup> Sul punto vedasi BOCCARDI I., *Europe and Refugees, Towards an EU Asylum Process*, The Hague, 2002 et PEERS S., ROGERS N., *EU Immigration and Asylum Law*, Leiden/Boston, 2006; GARBAGNATI M.G., *La cooperazione in materia di immigrazione ed asilo*, in PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996, pp. 59-102.

<sup>14</sup> L'art. 8 A del Trattato CEE afferma: "1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso. 2. Il Consiglio può adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1; salvo diversa disposizione del presente trattato, esso delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo."

<sup>15</sup> DUBOLINO D., *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*, Il diritto dell'Unione europea vol. 4, 2004, pp. 811-845 (824): "In base al preambolo, la Convenzione di Dublino si poneva dunque due obiettivi: risolvere il problema [...] dei c.d. «profughi in orbita» - nei termini della Convenzione, richiedenti asilo «successivamente rinviiati da uno Stato membro ad un altro senza che nessuno di questi Stati si riconosca competente per l'esame della domanda di asilo» - e garantire ad ogni richiedente un esame quanto più veloce possibile della sua richiesta da parte di uno Stato membro."

<sup>16</sup> MARCHISIO S., *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, in *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario, interno (IX Convegno SIDI; Roma, 17-18 giugno 2004)*, a cura di U. Leanza, Napoli, 2005, pp. 327-344 (329): "[...] in base al quale allo Stato che aveva la maggiore responsabilità per l'ingresso del richiedente asilo nel territorio di Schengen doveva essere attribuita per connessione la competenza a esaminare la domanda di asilo."

visto o di un titolo di soggiorno; *b*) in caso di più Stati parti che avessero rilasciato tali documenti, si considerava responsabile lo Stato che avesse rilasciato il visto o titolo di soggiorno con scadenza più lontana; *c*) la responsabilità dello Stato in questione persisteva fintantoché il richiedente asilo non avesse lasciato i territori delle parti contraenti, anche nel caso in cui i propri titoli di viaggio fossero scaduti. Tuttavia tale responsabilità dello Stato decadeva nel caso in cui il richiedente asilo avesse visto scadere tali titoli dopo aver abbandonato il territorio dello Stato in questione. Inoltre *d*) se il richiedente l'asilo fosse stato esonerato dall'obbligo del visto dalle parti contraenti, sarebbe stata responsabile la parte contraente dalle cui frontiere esterne il richiedente fosse entrato nei territori delle parti contraenti. Nel caso in cui la domanda di asilo fosse stata presentata ad una parte contraente che avesse un visto di transito o se il visto di transito fosse stato rilasciato dopo che il Paese di transito si fosse assicurato presso le autorità consolari o diplomatiche della parte contraente di destinazione che il richiedente asilo soddisfaceva le condizioni di ingresso nella parte contraente di destinazione, quest'ultima sarebbe stata competente per l'esame della domanda; *e*) sarebbe stata responsabile la parte contraente dalle cui frontiere esterne il richiedente asilo fosse entrato, in caso di mancato possesso di uno o più titoli di viaggio; *f*) nel caso in cui il richiedente asilo avesse presentato più di una domanda di asilo presso una delle parti contraenti, sarebbe stata responsabile la parte contraente presso la quale la domanda veniva esaminata; *g*) in caso di decisione definitiva di una delle parti contraenti, l'eventuale nuova domanda del richiedente asilo avrebbe dovuto essere esaminata dalla stessa parte contraente a meno che il richiedente non avesse abbandonato i territori delle parti contraenti.

Uniche due eccezioni al regime di responsabilità descritto dall'art. 30, il caso del ricongiungimento familiare sancito all'art. 35, laddove si intendeva per famiglia esclusivamente il coniuge o il figlio non sposato di età inferiore ai 18 anni oppure nel caso in cui il richiedente asilo fosse stato celibe/nubile di età inferiore ai 18 anni, i genitori dello stesso; nonché il caso, disciplinato dall'art. 29 par. 4, in cui una parte contraente conservava il diritto di esaminare una domanda di asilo anche se la responsabilità incombeva su un'altra parte contraente.

Ai fini del presente lavoro, si segnala l'art. 29 par. 2 che prevedeva per gli Stati l'obbligo di garantire l'esame di ogni domanda di asilo; tuttavia tale obbligo non

implicava per gli Stati il dovere di autorizzare il richiedente asilo ad entrare e soggiornare nel proprio territorio, in quanto essi conservavano il diritto di respingere ed allontanare un richiedente asilo verso uno Stato terzo in conformità alle proprie disposizioni nazionali e ai propri obblighi internazionali.

Il Trattato di Maastricht ha inserito la materia dell'asilo tra le questioni di interesse comune (art. K 1<sup>17</sup>) per la quale il Consiglio può adottare, in virtù del principio di sussidiarietà e con la maggioranza dei due terzi delle parti contraenti, misure e posizioni comuni in materia di asilo (art. K 3). Lo stesso trattato (art. K 2<sup>18</sup>) ribadisce che la materia dell'asilo deve essere rispettata alla luce della CEDU e della Convenzione di Ginevra del 1951<sup>19</sup>. Così l'introduzione del terzo pilastro ed il trasferimento di alcune materie (art. K 9), nonché la Dichiarazione annessa al Trattato sul trasferimento della competenza in materia di asilo hanno reso la disciplina di tale materia una questione di primaria importanza.

Il Trattato di Amsterdam, all'art. 61<sup>20</sup>, ha accordato un particolare rilievo alla gestione delle politiche di asilo ed immigrazione in quanto prevedeva che entro 5

---

<sup>17</sup> L'art. K1 del Trattato di Maastricht afferma: "Ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone, fatte salve le competenze della Comunità europea, gli Stati membri considerano questione di interesse comune i settori seguenti: 1) la politica di asilo [...]."

<sup>18</sup> L'art K 2 del Trattato di Maastricht afferma: "1. I settori contemplati dall'articolo K.1 vengono trattati nel rispetto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e della Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, tenendo conto della protezione che gli Stati membri concedono alle persone perseguitate per motivi politici. 2. Il presente Titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna."

<sup>19</sup> PARISI N., *Il "Terzo Pilastro" dell'Unione europea*, in PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, cit., p. 41: "L'art. K 2 TUE richiama gli Stati e l'Unione al rispetto di due soli strumenti di tutela dei diritti dell'uomo: la Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 e la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ambedue frutto della cooperazione che gli Stati europei intessono nell'ambito del Consiglio d'Europa. La disposizione in oggetto potrebbe sembrare *prima facie* riduttiva rispetto alle norme che in altri ambiti del Trattato di Unione operano rinvii più generali. A mio parere un richiamo così puntuale si giustifica pienamente in questa sede di cooperazione per il fatto che i due accordi evocati sono gli strumenti che, quanto a materia disciplinata e quanto a sistema di garanzia predisposto, più significativamente tutelano l'individuo di fronte all'esercizio dei pubblici poteri in materia di affari interni e di giustizia."

<sup>20</sup> L'art. 61 del Trattato di Amsterdam recita: "Allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il Consiglio adotta: a) entro un periodo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone a norma dell'articolo 14, insieme a misure di accompagnamento direttamente collegate in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo e immigrazione, a norma dell'articolo 62, paragrafi 2 e 3 e dell'articolo 63, paragrafo 1, lettera a) e paragrafo 2, lettera a), nonché misure per prevenire e combattere la criminalità a norma dell'articolo 31, lettera e) del trattato sull'Unione europea, b) altre misure nei settori dell'asilo, dell'immigrazione e della salvaguardia dei diritti dei cittadini dei paesi terzi, a norma dell'articolo 63, c) misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile,

anni dall'entrata in vigore del suddetto trattato, il Consiglio, secondo quanto previsto dall'art. 63, avrebbe adottato misure "in materia di asilo, a norma della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo status dei rifugiati, e degli altri trattati pertinenti [...]."

Infatti le misure, elencate dall'art. 63<sup>21</sup>, erano inerenti ai criteri per individuare lo Stato membro competente all'esame della domanda di asilo di un cittadino di un Paese terzo, nonché norme minime relative all'accoglienza di richiedenti asilo, all'attribuzione della qualifica di rifugiato a cittadini di Paesi terzi ed infine norme relative alle procedure minime applicabili a rifugiati e sfollati negli Stati membri per la concessione o la revoca dello status di protezione internazionale<sup>22</sup>.

---

come previsto all'articolo 65, d) misure appropriate per incoraggiare e rafforzare la cooperazione amministrativa, come previsto all'articolo 66, e) misure nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale volte ad assicurare alle persone un elevato livello di sicurezza mediante la prevenzione e la lotta contro la criminalità all'interno dell'Unione, in conformità alle disposizioni del trattato sull'Unione europea."

<sup>21</sup> L'art. 63 del Trattato di Amsterdam recita: "Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 67, entro un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam adotta:

1) misure in materia di asilo, a norma della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo status dei rifugiati, e degli altri trattati pertinenti, nei seguenti settori: a) criteri e meccanismi per determinare quale Stato membro è competente per l'esame della domanda di asilo presentata da un cittadino di un paese terzo in uno degli Stati membri, b) norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, c) norme minime relative all'attribuzione della qualifica di rifugiato a cittadini di paesi terzi, d) norme minime sulle procedure applicabili negli Stati membri per la concessione o la revoca dello status di rifugiato;

2) misure applicabili ai rifugiati ed agli sfollati nei seguenti settori: a) norme minime per assicurare protezione temporanea agli sfollati di paesi terzi che non possono ritornare nel paese di origine e per le persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale, b) promozione di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi;

3) misure in materia di politica dell'immigrazione nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare, b) immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare;

4) misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri.

Le misure adottate dal Consiglio a norma dei punti 3 e 4 non ostano a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali.

Alle misure da adottare a norma del punto 2, lettera b), del punto 3, lettera a), e del punto 4 non si applica il suddetto periodo di cinque anni."

<sup>22</sup> NASCIMBENE B., *Il futuro della politica europea di asilo*, ISPI Working Paper, n. 25, 2008, pp.1-22

(3): "Nel porre il fondamento per l'azione della Comunità in questa materia, gli Stati hanno quindi dato riconoscimento a istanze di tutela non soddisfatte nell'ambito del vigente sistema convenzionale di protezione dei rifugiati, tenendo conto delle forme di protezione complementare e sussidiaria da essi elaborate al fine di accordare ai richiedenti asilo una protezione adeguata nei casi in cui non avessero potuto godere della qualifica di rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra, ma avessero comunque avuto bisogno di una protezione internazionale: la volontà di operare tale estensione del

Inoltre si ricorda altresì il Protocollo n. 29 sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, che prevede il reciproco riconoscimento degli Stati membri dell'Unione quali Paesi d'origine sicuri, restringendo la competenza nell'esame di una domanda di asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro a casi particolari<sup>23</sup>.

Pertanto sulla base del Trattato di Amsterdam si riscontrano le norme secondarie racchiuse nelle relative: *i*) direttiva in materia di accoglienza, 2003/9/CE; *ii*) direttiva "qualifiche", 2004/83/CE; *iii*) direttiva "procedure", 2005/85/CE, nonché *iv*) il regolamento 343/2003 sui criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda (Dublino II) (vedi *infra*).

Con l'adozione del Trattato di Nizza nel 2001, è entrata a far parte del corpus giuridico dell'Unione europea la Carta dei diritti fondamentali che codifica il diritto di asilo (art. 18) e sancisce il divieto di espulsioni collettive (art. 19).

Il Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 gennaio 2009) ha contribuito al consolidamento del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione<sup>24</sup> attraverso la fusione del sistema a pilastri<sup>25</sup>,

---

concetto di asilo può facilmente ricavarsi da un confronto con gli abrogati articoli K. 1 e K. 2 del Trattato di Maastricht sull'Unione europea."

<sup>23</sup> In tal senso il Protocollo (n. 29) sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea (1997) ricorda i seguenti casi: "a) se lo Stato membro di cui il richiedente è cittadino procede, dopo l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, avvalendosi dell'articolo 15 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'adozione di misure che derogano, nel suo territorio, agli obblighi previsti da detta Convenzione; b) se è stata avviata la procedura di cui all'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea e finché il Consiglio non prende una decisione in merito; c) se il Consiglio, deliberando a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, ha constatato riguardo allo Stato membro di cui il richiedente è cittadino una violazione grave e persistente, ad opera di detto Stato, dei principi menzionati all'articolo 6, paragrafo 1; d) se uno Stato membro così decide unilateralmente per la domanda di un cittadino di un altro Stato membro; in tal caso il Consiglio ne è immediatamente informato; la domanda è esaminata partendo dal presupposto che sia manifestamente infondata senza che ciò pregiudichi, in alcun caso, il potere decisionale dello Stato membro."

<sup>24</sup> TRIGGIANI E., *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008, p. 11: "La riforma si concretizza nel nuovo *Trattato sull'Unione Europea* (d'ora in poi NTUE), che è ampiamente riscritto secondo definendo il quadro e le regole del gioco. E nel *Trattato sul funzionamento dell'Unione* (TFUE), che si occupa soprattutto delle politiche comuni: essi, secondo l'art. 1 NTUE, hanno lo stesso valore giuridico. Il Trattato di Lisbona comprende solo 7 articoli, alcuni dei quali evidentemente compositi, 37 Protocolli, 65 fra Dichiarazioni relative alle disposizioni dei Trattati ed ai connessi Protocolli oppure espresse da Stati membri."

<sup>25</sup> DRAETTA U., PARISI N. (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale, Il diritto sostanziale*, 3° ed., Milano, 2010, p. 12: "Questa struttura in 'pilastri' è venuta formalmente a mancare (seppure sia ancora conservata una sostanziale distinzione tra tutte le competenze dell'Unione e quelle esercitate secondo il vecchio secondo 'pilastro' – ai fini di sicurezza e difesa comuni [...]); tutte le materie risultano oggi unificate entro l'unico contenitore rappresentato dall'Unione, seppure ancora fondato su due diversi trattati (tre se si tiene conto dell'ancora vigente Trattato Euratom). La decisione

nonché, in particolare, alla codificazione nell'ordinamento dell'Unione europea del principio di *non-refoulement*.

Infatti la versione consolidata del Trattato sull'Unione europea, con le modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona, afferma nuovamente il rispetto dei diritti umani (art. 2 TUE), la libera circolazione delle persone in misura coerente con i controlli alle frontiere esterne, l'asilo e l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima (art. 3 TUE). Tali aspetti rientrano nel settore più ampio dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", nel quale l'Unione ha competenza concorrente rispetto a quella degli Stati membri (art. 4).

L'art. 6 TUE riconosce i principi sanciti dalla Carta di Nizza (adottata il 7 dicembre 2000 e riproclamata il 14 dicembre 2007), alla quale riconosce lo stesso valore giuridico dei trattati<sup>26</sup> (par. 1), nonché l'UE aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (par. 2). Infine il par. 3 dell'art. 6 TUE risulta di notevole importanza, in quanto riconosce che i diritti fondamentali che discendono dalla Convenzione europea fanno parte del diritto dell'Unione europea in quanto "principi generali". Inoltre la versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea<sup>27</sup> stabilisce che la politica comune dell'Unione in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra nel rispetto del principio di non respingimento (art. 78 TFUE)<sup>28</sup>. Al fine di una politica comune di asilo, il Parlamento europeo ed il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa

---

diplomatica assunta con il Trattato di Lisbona è stata resa possibile dalla stretta interdipendenza funzionale e teleologica fra i due ambiti, presupposta dal Trattato di Amsterdam [...]."

<sup>26</sup> ADINOLFI A., *La Corte di Giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, RDI, fasc. 1, 2010, pp. 45-64 (63): "Si può ritenere che le disposizioni della Carta, in virtù della loro «equiparazione» al Trattato, costituiscano ulteriori parametri ai fini del controllo di legittimità degli atti delle istituzioni, oltre che criteri per l'interpretazione e l'integrazione del diritto dell'Unione; si potrebbe altresì prospettare che ad esse sia riconosciuta l'idoneità a produrre effetti diretti sulla base dei medesimi criteri utilizzati rispetto alle disposizioni del Trattato."

<sup>27</sup> In seguito "TFUE".

<sup>28</sup> ADINOLFI A., *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, RDI, fasc. 3, 2009, pp. 669-696 (695): "Particolarmente significativa nel nuovo testo è tuttavia l'affermazione secondo la quale l'Unione sviluppa una politica volta «a garantire il rispetto del principio di non respingimento». Tale affermazione sembrerebbe potersi intendere come riferita non solo al divieto di *refoulement* sancito dalla Convenzione di Ginevra (benché nei testi inglese e francese del nuovo Trattato sia utilizzato tale termine), ma, piuttosto, come diretta a vietare anche quei comportamenti che, impedendo l'ingresso degli stranieri, vanificano la possibilità di ottenere protezione, come il respingimento e l'interdizione in mare. La disposizione potrebbe, così, essere intesa come riferita al momento più delicato del sistema di protezione, cioè quello che precede la presentazione della domanda di riconoscimento."

ordinaria, adottando misure relative ad un sistema comune di asilo, concernenti: *i*) uno status uniforme e procedure comuni in materia di asilo e di protezione sussidiaria nei confronti dei cittadini degli Stati terzi, da applicare a tutta l'Unione europea; *ii*) un sistema comune finalizzato alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio; *iii*) criteri e meccanismi di individuazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo o di protezione sussidiaria; *iv*) il partenariato e la cooperazione con i Paesi terzi al fine di una gestione comune dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea (art. 78 par. 2 lettere a)-g)).

Infine nel caso in cui uno Stato membro si trovi a dover affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di sfollati, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione con il Parlamento, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro interessato (art. 78 par. 3).

Il successivo art. 79 TFUE afferma nuovamente la politica comune dell'Unione al fine di una gestione efficace dei flussi migratori nel rispetto di un "equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta di esseri umani" (par. 1).

Pertanto il Parlamento europeo e il Consiglio, utilizzando la procedura ordinaria, in base all'art. 294 TFUE<sup>29</sup>, adottano misure relative all'ingresso e al soggiorno di

---

<sup>29</sup> L'art. 294 TFUE afferma: "1. Quando nei trattati si fa riferimento alla procedura legislativa ordinaria per l'adozione di un atto, si applica la procedura che segue. 2. La Commissione presenta una proposta al Parlamento europeo e al Consiglio. *Prima lettura* 3. Il Parlamento europeo adotta la sua posizione in prima lettura e la trasmette al Consiglio.

4. Se il Consiglio approva la posizione del Parlamento europeo, l'atto in questione è adottato nella formulazione che corrisponde alla posizione del Parlamento europeo. 5. Se il Consiglio non approva la posizione del Parlamento europeo, esso adotta la sua posizione in prima lettura e la trasmette al Parlamento europeo. 6. Il Consiglio informa esaurientemente il Parlamento europeo dei motivi che l'hanno indotto ad adottare la sua posizione in prima lettura. La Commissione informa esaurientemente il Parlamento europeo della sua posizione. *Seconda lettura* 7. Se, entro un termine di tre mesi da tale comunicazione, il Parlamento europeo: a) approva la posizione del Consiglio in prima lettura o non si è pronunciato, l'atto in questione si considera adottato nella formulazione che corrisponde alla posizione del Consiglio; b) respinge la posizione del Consiglio in prima lettura a maggioranza dei membri che lo compongono, l'atto proposto si considera non adottato; c) propone emendamenti alla posizione del Consiglio in prima lettura a maggioranza dei membri che lo compongono, il testo così emendato è comunicato al Consiglio e alla Commissione che formula un parere su tali emendamenti. 8. Se, entro un termine di tre mesi dal ricevimento degli emendamenti del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata: a) approva tutti gli emendamenti, l'atto in questione si considera adottato; b) non approva tutti gli emendamenti, il presidente del Consiglio, d'intesa con il presidente del Parlamento europeo, convoca entro sei settimane il comitato di conciliazione. 9. Il Consiglio delibera all'unanimità sugli emendamenti rispetto ai quali la Commissione ha dato parere negativo. *Conciliazione* 10. Il comitato di conciliazione, che riunisce i membri del Consiglio o i loro rappresentanti ed altrettanti membri

cittadini di Stati terzi, ai diritti degli stessi, alla immigrazione clandestina e al soggiorno irregolare “compresi l’allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare”, la lotta al traffico di essere umani (par. 2).

Inoltre l’Unione può concludere accordi di riammissione con Stati terzi nonché adottare misure volte a sostenere l’azione degli Stati membri per favorire l’integrazione dei cittadini degli Stati terzi (par. 4). Tuttavia gli Stati membri rimangono liberi di determinare il numero di persone in ingresso nel loro territorio alla ricerca di lavoro (par. 5).

Una rilevante novità introdotta con le modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona concerne l’introduzione di un meccanismo di controllo di esecuzione degli obblighi che discendono dai trattati nonché delle direttive, attraverso il pagamento di una “somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze” (art. 260, par. 3 TFUE<sup>30</sup>).

Infine si rileva che nel dicembre (10 e 11) 2009, il Consiglio europeo ha adottato il c.d. “Programma di Stoccolma”(C 115/2010), un nuovo programma pluriennale<sup>31</sup> nel settore di giustizia e affari interni, al fine di creare un Sistema Comune di Asilo (CEAS) nel periodo 2010-2014.

Per quanto concerne la gestione delle politiche migratorie all’interno dell’Unione, si ribadisce l’importanza di una politica di rimpatrio “efficace e sostenibile”, nel pieno rispetto del principio di *non-refoulement* in esame<sup>32</sup>. Pertanto, laddove possibile, dovrebbe essere favorito il rimpatrio volontario. Inoltre nel Programma di Stoccolma, si afferma che l’elaborazione di una politica comune in materia di asilo deve essere coerente con l’applicazione completa della Convenzione di Ginevra del

---

rappresentanti il Parlamento europeo, ha il compito di giungere ad un accordo su un progetto comune a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio o dei loro rappresentanti e a maggioranza dei membri rappresentanti il Parlamento europeo entro un termine di sei settimane dalla convocazione, basandosi sulle posizioni del Parlamento europeo e del Consiglio in seconda lettura.”

<sup>30</sup> L’art. 260 par. 3 TFUE afferma: “La Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell’articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all’obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l’importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze.

Se la Corte constata l’inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità entro i limiti dell’importo indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza.”

<sup>31</sup> Dopo i programmi quinquennali di Tampere (1999-2004) e dell’Aja (2004-2009).

<sup>32</sup> In tal senso vedasi il par. 6.1.6. del Programma di Stoccolma (C 115/2010).

1951 e degli altri trattati rilevanti. Pertanto si auspica l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Ginevra e al relativo Protocollo opzionale<sup>33</sup>.

Il Programma in esame invita il Consiglio dell'Unione ed il Parlamento europeo ad indirizzare il proprio operato verso una "procedura comune" in materia di asilo e uno "status uniforme"<sup>34</sup>, secondo le disposizioni dell'art. 78 TFUE, nei confronti di coloro che hanno ottenuto l'asilo o la protezione sussidiaria.

Inoltre l'Unione, nelle proprie relazioni di partenariato e cooperazione, dovrebbe favorire l'adesione dei Paesi terzi al "sistema di Ginevra" in piena cooperazione con l'UNHCR<sup>35</sup>.

In merito all'applicazione delle disposizioni del Trattato di Lisbona concernenti la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, si invita il Consiglio europeo ad istituire un piano d'azione sui diritti umani per sviluppare la dimensione esterna delle politiche attuate nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, attraverso una "interconnessione tra gli aspetti interni ed esterni dei diritti umani" con riferimento al principio di *non-refoulement* o al ricorso alla pena di morte nei Paesi terzi, con i quali l'Unione coopera<sup>36</sup>.

## **2. Il sistema di protezione internazionale nell'Unione europea attraverso il c.d. diritto derivato.**

Il sistema di protezione internazionale dei richiedenti asilo nell'Unione europea si articola in tre forme di protezione: *a*) la protezione temporanea, disciplinata dalla direttiva 2001/55/CE; *b*) la protezione sussidiaria e *c*) lo status di rifugiato, entrambi previsti dalla direttiva 2004/83/CE.

Allo scopo di descrivere le direttive sopracitate si intende presentare due precisazioni in merito a: *i*) la natura vincolante dell'atto, che prevede un obbligo di risultato, lasciando liberi gli Stati membri in merito ai mezzi da utilizzare; *ii*) il controllo dell'esecuzione delle disposizioni delle direttive negli Stati membri dell'Unione, tale controllo avviene attraverso la presentazione di una relazione da parte della

---

<sup>33</sup> Vedi par. 6.2.1. del Programma di Stoccolma.

<sup>34</sup> Vedi par. 6. 2.1 del Programma di Stoccolma.

<sup>35</sup> Vedi par. 6.2.3. del Programma di Stoccolma.

<sup>36</sup> Vedi par. 7.2. del Programma di Stoccolma.

Commissione europea al Parlamento e al Consiglio sulla base delle informazioni ricevute dagli Stati al fine ulteriore di eventuali modifiche. Pertanto si evidenzia l'assenza di un meccanismo vincolante di monitoraggio dell'applicazione delle disposizioni delle direttive. Tuttavia con le modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona, è stato previsto un ulteriore sistema di sanzione attraverso il pagamento di una somma (vedi *supra*).

*a) La protezione temporanea: la direttiva 2001/55/CE*

La direttiva 2001/55/CE disciplina la protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi nei quali non possono farvi ritorno. Tale forma di protezione temporanea dura un anno ed è rinnovabile di un ulteriore anno; essa inoltre non pregiudica l'eventuale riconoscimento dello status di rifugiato secondo quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra (artt. 3 e 4). Nella protezione temporanea, gli Stati membri applicano il rispetto dei diritti umani e degli obblighi in materia di non respingimento (art. 3).

Nei diritti riconosciuti ai protetti temporanei (artt. 8 - 16) rientrano il diritto ad un titolo di soggiorno, diritto a ricevere informazioni in una lingua conosciuta, assistenza medica, diritto ad accedere al mondo del lavoro e diritto di lavorare, diritto ad una sistemazione adeguata, diritto all'istruzione e al ricongiungimento familiare. I protetti temporanei possono presentare domanda di asilo in qualunque momento presso lo Stato membro che abbia accettato il trasferimento della persona bisognosa di protezione internazionale nel proprio territorio.

La protezione temporanea cessa al termine della durata massima oppure per decisione del Consiglio su proposta della Commissione e su richiesta dello Stato membro interessato, attraverso il rimpatrio verso lo Stato di origine dei protetti temporanei e nel rispetto dei diritti umani e degli obblighi in materia di non respingimento (art. 6).

Infine, per quanto concerne le cause di esclusione dalla protezione temporanea, si rinvia alla commissione di crimini particolarmente gravi o di atti contrari alle finalità delle Nazioni Unite (art. 28).

*b) La protezione sussidiaria e lo status di rifugiato: la direttiva 2003/9/CE e la direttiva 2004/84/CE*

➤ *La direttiva 2003/9/CE*

La direttiva 2003/9/CE, “accoglienza”, stabilisce le norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, richiamando espressamente la Convenzione di Ginevra ed il suo Protocollo opzionale. Secondo l’art. 3 essa si rivolge a tutti i cittadini di Stati terzi e agli apolidi che presentano la propria domanda di asilo alla frontiera o sul territorio di uno Stato membro con l’autorizzazione a soggiornare in qualità di richiedenti asilo ed, inoltre, si estende ai familiari se inclusi nella domanda di asilo. I diritti riconosciuti ai richiedenti asilo sono di ampio spettro: *i)* diritto all’informazione entro un termine massimo di 15 giorni dopo la presentazione della domanda di asilo (art. 5); *ii)* diritto al possesso di un documento che dimostri lo status di richiedente asilo e che autorizzi il richiedente asilo a soggiornare nel territorio dello Stato membro, entro 3 giorni dalla presentazione della domanda di asilo (art. 6); *iii)* diritto di residenza e di libera circolazione (art. 7); *iv)* diritto a mantenere il proprio nucleo familiare (art. 8); *v)* diritto all’istruzione dei minori (art. 10); *vi)* diritto ad accedere al mercato del lavoro (art. 11); *vii)* diritto ad una formazione professionale (art. 12); *viii)* diritto all’accoglienza e all’assistenza sanitaria (artt. 13-15); *ix)* diritto a ricorrere in caso di diniego dello status (art. 21). Inoltre la direttiva “accoglienza” prevede disposizioni particolari per categorie vulnerabili quali, minori, minori non accompagnati, disabili, anziani, donne in gravidanza, genitori singoli con figli minori, vittime di tortura.

➤ *La direttiva 2004/83/CE*

La direttiva 2004/83/CE, “qualifiche”, ha quale scopo principale quello di assicurare che tutti gli Stati membri adottino criteri comuni nell’esame di una domanda di asilo al fine di garantire un livello minimo di standard riconosciuti ai richiedenti asilo in tutti gli Stati dell’Unione<sup>37</sup>. Pertanto essa stabilisce un insieme di norme minime

---

<sup>37</sup> In tal senso cfr. NASCIBENE B., *Il futuro della politica europea di asilo*, cit., p. 9: “Se con riferimento allo *status* di rifugiato la direttiva regola, a livello comunitario, una materia fino a quel momento disciplinata esclusivamente dalla Convenzione di Ginevra e in questo modo ne fornisce

sull'attribuzione applicabili a cittadini di Paesi terzi, apolidi o ad altra persona bisognosa di protezione internazionale. La direttiva “qualifiche” riprende la Convenzione di Ginevra in generale e, in particolare, per quanto concerne l'elenco dei “requisiti” per essere considerato rifugiato (artt. 10 e 11) in modo del tutto coerente<sup>38</sup>.

L'art. 11 enumera le cause di cessazione dello status di rifugiato, che sono sottoposte a due condizioni, in quanto il cambiamento di circostanze deve essere significativo e non temporaneo, tra le quali: a) se la persona decida di avvalersi di nuovo della protezione dello Stato di cittadinanza oppure b) se avendo persa la cittadinanza, la abbia riacquistata in modo volontario; c) se abbia acquistato una nuova cittadinanza e goda della protezione del Paese di nuova cittadinanza; d) se si sia ristabilita volontariamente nello Stato di origine; e) se non possa più rinunciare alla protezione del Paese di cui ha la cittadinanza, in quanto sono cessate le circostanze che hanno condotto al riconoscimento dello status; f) in caso di persona apolide e cessate le circostanze per il riconoscimento dello status, se sia in grado di tornare nel Paese dove aveva la dimora abituale.

Per quanto concerne la verifica del cambiamento delle circostanze nel Paese di origine del rifugiato, la Corte di giustizia nel caso *Aydin Salahadin Abdulla and others v. Bundesrepublik Deutschland*<sup>39</sup> ha affermato che lo Stato membro dovrà

---

un'interpretazione vincolante per tutti gli Stati membri, rispetto alla protezione sussidiaria la direttiva opera, invece, un'armonizzazione delle discipline nazionali che prevedono tale *status* di protezione, definito complementare e supplementare, proponendosi di limitare i movimenti secondari dovuti alla diversità delle normative ovvero di evitare il fenomeno, del tutto simile, di *asylum shopping*.”

<sup>38</sup> Court of Justice, Opinion of Advocate Paolo Mengozzi, 1 June 2010, Joined Cases C-57/09 e C-101/09, Bundesrepublik Deutschland v. B (C-57/09) e D (C-101/09) § 42: “In relation to asylum, it is vital that there should be consistency between the EU rules and the international obligations entered into by Member States, particularly under the 1951 Geneva Convention, as is apparent from the legal basis for Directive 2004/83 and the origins of that directive, and as is also clearly expressed in the preamble to Directive 2004/83 and evident from many of its provisions, which reproduce, practically word for word, the corresponding provisions of the Convention. Moreover, the Court has recently confirmed that need for consistency.”

<sup>39</sup> Court of Justice, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010 - Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08), Dler Jamal (C-179/08) v Bundesrepublik Deutschland, Joined Cases C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08, § 101: “1. Article 11(1)(e) of 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 must be interpreted as meaning that: –refugee status ceases to exist when, having regard to a change of circumstances of a significant and non-temporary nature in the third country concerned, the circumstances which justified the person's fear of persecution for one of the reasons referred to in Article 2(c) of Directive 2004/83, on the basis of which refugee status was granted, no longer exist and that person has no other reason to fear being ‘persecuted’ within the meaning of Article 2(c) of

accertare che le autorità nazionali competenti (lett. “actor or actors of protection”) dello Stato di origine del rifugiato abbiano adottato i mezzi necessari a prevenire la persecuzione, in quanto operanti in un sistema legale efficace per la scoperta, la perseguibilità e la sanzione di atti che costituiscono persecuzione e che perciò l’individuo in questione beneficerà della protezione necessaria, qualora cessi di avere lo status di rifugiato. Pertanto i responsabili della protezione possono includere anche organizzazioni che abbiano il controllo sul territorio dello Stato o su una porzione significativa dello stesso, nonché forze multinazionali presenti nel territorio di tale Stato.

Qualora, in applicazione dell’art. 11 lett. e), le autorità dello Stato intendano ritirare all’individuo lo status, dalle stesse riconosciuto, cessate le cause che avevano condotto a tale riconoscimento ed insorte nuove cause di persecuzione (distinte da quelle fondanti per il riconoscimento dello status), l’individuo in questione potrà invocare l’applicazione dell’art. 4 (4)<sup>40</sup>.

---

Directive 2004/83; – for the purposes of assessing a change of circumstances, the competent authorities of the Member State must verify, having regard to the refugee’s individual situation, that the actor or actors of protection referred to in Article 7(1) of Directive 2004/83 have taken reasonable steps to prevent the persecution, that they therefore operate, inter alia, an effective legal system for the detection, prosecution and punishment of acts constituting persecution and that the national concerned will have access to such protection if he ceases to have refugee status; – the actors of protection referred to in Article 7(1)(b) of Directive 2004/83 may comprise international organisations controlling the State or a substantial part of the territory of the State, including by means of the presence of a multinational force in that territory.

2. When the circumstances which resulted in the granting of refugee status have ceased to exist and the competent authorities of the Member State verify that there are no other circumstances which could justify a fear of persecution on the part of the person concerned either for the same reason as that initially at issue or for one of the other reasons set out in Article 2(c) of Directive 2004/83, the standard of probability used to assess the risk stemming from those other circumstances is the same as that applied when refugee status was granted.

3. In so far as it provides indications as to the scope of the evidential value to be attached to previous acts or threats of persecution, Article 4(4) of Directive 2004/83 may apply when the competent authorities plan to withdraw refugee status under Article 11(1)(e) of that directive and the person concerned, in order to demonstrate that there is still a well-founded fear of persecution, relies on circumstances other than those as a result of which he was recognised as being a refugee. However, that may normally be the case only when the reason for persecution is different from that accepted at the time when refugee status was granted and only when there are earlier acts or threats of persecution which are connected with the reason for persecution being examined at that stage.”

<sup>40</sup> L’art. 4 (4) della direttiva 2004/83/CE stabilisce: “Il fatto che un richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di siffatte persecuzioni o danni costituisce un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi, a meno che vi siano buoni motivi per ritenere che tali persecuzioni o danni gravi non si ripeteranno.”

Per quanto concerne l'esclusione dalla protezione, l'art. 12<sup>41</sup> introduce vari criteri, tra i quali rilevano, in particolare, la commissione di un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nonché la commissione, al di fuori del Paese di accoglienza, di un reato grave di diritto comune prima di essere riconosciuto rifugiato oppure di un atto particolarmente crudele, con un obiettivo politico dichiarato, che rientri nella fattispecie di reato grave di diritto comune ed infine la commissione di un atto contrario alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite.

Nelle sue conclusioni al caso *Bundesrepublik Deutschland v. B. and D.*, l'Avv. Generale Mengozzi ritiene che debba essere operato un bilanciamento tra l'applicazione dell'art. 12 lettere b) e c) della direttiva in esame e le conseguenze di tale esclusione, in virtù del principio di *non-refoulement*<sup>42</sup>. Tuttavia, pur ritenendo

---

<sup>41</sup> L'art. 12 della direttiva 2004/83/CE afferma: "1. Un cittadino di un paese terzo o un apolide è escluso dallo status di rifugiato se: a) rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 1D della convenzione di Ginevra, relativo alla protezione o assistenza di un organo o di un'agenzia delle Nazioni unite diversi dall'Alto Commissario delle Nazioni unite per i rifugiati. Quando siffatta protezione o assistenza cessi per qualsiasi motivo, senza che la posizione di tali persone sia stata definitivamente stabilita in conformità delle pertinenti risoluzioni adottate dall'assemblea generale delle Nazioni unite, queste persone sono ipso facto ammesse ai benefici della presente direttiva; b) le autorità competenti del paese nel quale ha stabilito la sua residenza gli riconoscono i diritti e gli obblighi connessi al possesso della cittadinanza del paese stesso o diritti e obblighi equivalenti.

2. Un cittadino di un paese terzo o un apolide è escluso dallo status di rifugiato ove sussistano fondati motivi per ritenere:

a) che abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità quali definiti

dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b) che abbia commesso al di fuori del paese di accoglienza un reato grave di diritto comune prima di essere ammesso come rifugiato, ossia prima del momento in cui gli è rilasciato un permesso di soggiorno basato sul riconoscimento dello status di rifugiato, abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune; c) che si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni unite quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della carta delle Nazioni unite.

3. Il paragrafo 2 si applica alle persone che istigano o altrimenti concorrono alla commissione dei crimini, reati o atti in esso menzionati."

<sup>42</sup> Court of Justice, Opinion of Advocate Paolo Mengozzi, cit. § 52-53: "52. Specifically, the assessment of the seriousness of the crime must be undertaken on a case-by-case basis, in the light of all the mitigating or aggravating circumstances, as well as any other relevant circumstances, whether subjective or objective, prior or subsequent to the offence, entailing the adoption of international rather than local standards. Inevitably, that assessment leaves a broad measure of discretion to the authorities responsible for making it. 53. In its Guidelines of 4 September 2003 ('the 2003 Guidelines'), the UNHCR sets out an illustrative list of the factors to be taken into consideration: the nature of the act; the actual consequences of that act; the form of procedure used to prosecute the crime; the nature of the penalty; and whether the act constitutes a serious crime in a considerable number of jurisdictions. In particular, the severity of the penalty laid down or actually imposed in the State in which the request for recognition of refugee status is being considered is significant, even if not decisive in itself, as it may vary from one legal system to another. Crimes against the life, physical integrity or freedom of the person are generally regarded as serious crimes." Vedasi inoltre § 97-98:

che il riconoscimento dello status di rifugiato, qualora rappresenti l'unica possibilità per evitare il respingimento verso un Paese dove il richiedente potrebbe essere sottoposto ad atti contrari alla sua incolumità e alla vita, non può essere escluso, lo stesso Avvocato riconosce che “in presenza di crimini di eccezionale gravità, tale bilanciamento non è ammesso” (§ 107 sottosezione 3)). Anche in costanza di crimini di eccezionale gravità, Egli riconosce un'ultima forma di protezione internazionale dello Stato della richiesta, in quanto questo potrà procedere penalmente contro l'individuo, in applicazione della giurisdizione internazionale che per certi crimini è riconosciuta.

In merito alle forme di protezione offerte, la direttiva “qualifiche” introduce oltre alla protezione che discende dal riconoscimento dello status di rifugiato (art. 13), la protezione sussidiaria (artt. 15-17) che può essere riconosciuta alla persona che sia destinataria di condanna a morte o che sia vittima di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti o che abbia ricevuto una minaccia grave e individuale “derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”.

Il contenuto dell'art. 15 lettere b) e c) è simile solo in parte a quello dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>43</sup> (vedi *supra*), che implica un divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti. Tuttavia la Corte di Giustizia nel caso *M. Elgafaji, N. Elgafaji*

---

“97. As regards the former element, the fact that the applicant benefits from effective protection against *refoulement*, whether pursuant to international instruments or under national law, comes into play. If that protection is available and accessible in practice, it will be possible to exclude the applicant from refugee status, which entails a range of rights which go above and beyond protection against *refoulement* and must, in principle, be denied to persons who prove undeserving of international protection; if, on the other hand, recognition of refugee status is the only way of preventing the applicant's forcible return to a country where he has serious grounds for fearing that – for reasons of race, religion, nationality, adherence to a specific social group or political opinion – he will be subject to persecution endangering his life or physical integrity or to inhuman or degrading treatment, it will not be possible to declare that he is excluded from refugee status. Nevertheless, notwithstanding that the possibility of withholding even the minimum protection afforded by *non-refoulement* might appear unacceptable, I think that in the case of certain exceptionally serious crimes, that balancing exercise is simply not permissible. 98. As regards the latter element, it is my view that the competent authorities and the courts of the Member States must ensure that points (b) and (c) of Article 12(2) of Directive 2004/83 are applied in a manner proportionate to its objective and, more generally, to the humanitarian nature of the law on refugees. In essence, this means that the process of verifying whether the conditions for the application of those points are met must include an overall assessment of all the circumstances of the individual case.”

<sup>43</sup> In seguito “Convenzione europea”.

*c. Staatssecretaris van Justitie*<sup>44</sup> (§ 28) ha riconosciuto che si tratta di due forme di protezione diverse; infatti anche se l'art. 3 della Convenzione europea è parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione, esso deve essere distinto dalla lett. c dell'art. 15 in quanto norma a sé stante, che richiede un'interpretazione esclusiva ed indipendente dal contenuto dell'art. 3.

In tal senso la Corte di Giustizia nel caso *M. Elgafaji, N. Elgafaji* citato (§ 45)<sup>45</sup> nell'interpretazione dell'art. 15, in combinato con l'art. 2 lett. e)<sup>46</sup>, ha affermato che: a) l'esistenza di una minaccia seria e individuale alla vita del richiedente protezione sussidiaria non è soggetta alla condizione che lo stesso debba addurre prove di essere espressamente oggetto di minaccia a causa di fattori inerenti alle proprie condizioni personali; b) l'esistenza di un'eventuale minaccia può essere in via eccezionale considerata al fine di stabilire che il grado di violenza indiscriminata che caratterizza un conflitto armato in atto – accertato dalle autorità nazionali competenti prima che la domanda di protezione sussidiaria sia stata presentata o accertato dai tribunali

---

<sup>44</sup> Court of Justice, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 February 2009 - *M. Elgafaji, N. Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie*, Case C-465/07, § 28: “In that regard, while the fundamental right guaranteed under Article 3 of the ECHR forms part of the general principles of Community law, observance of which is ensured by the Court, and while the case-law of the European Court of Human Rights is taken into consideration in interpreting the scope of that right in the Community legal order, it is, however, Article 15(b) of the Directive which corresponds, in essence, to Article 3 of the ECHR. By contrast, Article 15(c) of the Directive is a provision, the content of which is different from that of Article 3 of the ECHR, and the interpretation of which must, therefore, be carried out independently, although with due regard for fundamental rights, as they are guaranteed under the ECHR.”

<sup>45</sup> Court of Justice, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 February 2009 - *M. Elgafaji, N. Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie*, cit., § 45: “On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules: Article 15(c) of 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, in conjunction with Article 2(e) thereof, must be interpreted as meaning that:

– the existence of a serious and individual threat to the life or person of an applicant for subsidiary protection is not subject to the condition that that applicant adduce evidence that he is specifically by reason of factors particular to his personal circumstances; - the existence of such a threat can exceptionally be considered to be established where the degree of indiscriminate violence characterising the armed conflict taking place – assessed by the competent national authorities before which an application for subsidiary protection is made, or by the courts of a Member State to which a decision refusing such an application is referred – reaches such a high level that substantial grounds are shown for believing that a civilian, returned to the relevant country or, as the case may be, to the relevant region, would, solely on account of his presence on the territory of that country or region, face a real risk of being subject to that threat.”

<sup>46</sup> L'art. 2 (e) della direttiva 2004/83/CE afferma: “e) «persona ammissibile alla protezione sussidiaria»: 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 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'art. 17, paragrafi 1 e 2, il quale no può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese.”

dello Stato membro al quale la decisione negativa in merito a tale domanda può essere attribuita – abbia raggiunto un livello tale per il quale vi sono motivi sostanziali di ritenere che il richiedente protezione, se rimpatriato nello Stato in questione o, come nel caso di specie nella regione di tale Stato, potrebbe, per la sua sola presenza sul territorio dello Stato o della regione, subire un rischio reale di minaccia alla vita e alla sua incolumità.

Pertanto in questo secondo caso, il carattere eccezionale della minaccia che può costituire un rischio reale per la integrità del richiedente concorre ad ampliare il margine di apprezzamento della protezione offerta dall'ordinamento dell'Unione europea in quanto si estende a rischi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla Convenzione di Ginevra e dalla Convenzione europea<sup>47</sup>.

Ai fini della nostra ricerca, la direttiva “qualifiche” è di esemplare importanza in quanto richiama espressamente all'art. 21 il principio di *non-refoulement*. Infatti tale articolo sancisce il rispetto del principio in esame in conformità degli obblighi internazionali. Pertanto gli Stati membri dell'Unione potranno respingere un rifugiato, “formalmente riconosciuto o meno” qualora vi siano ragionevoli motivi di ritenerlo un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova oppure qualora se, con sentenza passata in giudicato, egli costituisca un pericolo per la comunità dello Stato membro in questione. In presenza di queste due condizioni gli Stati membri hanno la facoltà di revocare/cessare/rifiutare il rinnovo o il rilascio del permesso di soggiorno.

I diritti che la direttiva “qualifiche” accorda ai titolari di protezione internazionale sono molteplici: oltre al diritto all'informazione (art. 22), rilevano il diritto al mantenimento dell'unità del nucleo familiare (art. 23), il diritto al permesso di soggiorno (art. 24), il diritto ad un documento di viaggio (art. 25), il diritto di accesso all'occupazione e all'istruzione (artt. 26 e 27), diritto all'assistenza sociale (art. 28), diritto all'assistenza sanitaria (art. 29), diritto ad una sistemazione adeguata (art. 31), diritto alla libera circolazione nel territorio dello Stato membro (art. 32), diritto di accesso agli strumenti di integrazione (art. 33) ed infine diritto di rimpatrio (art. 34).

---

<sup>47</sup> ADINOLFI A., *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, cit., p. 686.

*b 1) La protezione sussidiaria e lo status di rifugiato: le procedure utilizzate nel riconoscimento di protezione internazionale e nel rimpatrio*<sup>48</sup>

➤ *La direttiva 2005/85/CE*

La direttiva 2005/85/CE, “procedure”, stabilisce le norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e la revoca dello status di rifugiato, da applicarsi a tutte le domande di asilo presentate nel territorio, nonché alla frontiera o nelle zone di transito degli Stati membri (art. 35). Gli artt. 6-22 disciplinano l’accesso alla procedura, nonché la fase iniziale della stessa ed i criteri applicabili nell’esame delle domande e alle decisioni dell’autorità accertante e al colloquio personale. Per quanto concerne i diritti e le garanzie offerte al richiedente asilo, oltre il diritto di rimanere nello Stato membro durante l’esame della domanda (art. 7), sono riconosciuti il diritto ad essere informato in una lingua di facile comprensione (art. 10), il diritto ad un interprete (art. 10), il diritto a comunicare con l’UNHCR o con altre organizzazioni che operino per conto dello stesso (art. 10), il diritto all’assistenza legale (art. 15) ed infine il diritto a un mezzo di impugnazione efficace (art. 39). Invece gli obblighi del richiedente asilo (art. 11) consistono nel riferire alle autorità competenti o nel comparire personalmente davanti alle stesse, nel consegnare i documenti in proprio possesso utili ai fini della domanda, nell’informare le autorità competenti della propria residenza o domicilio e di un eventuale cambiamento, inoltre le autorità competenti possono perquisire il richiedente, fotografarlo ed, infine, se preventivamente informato, registrare le sue dichiarazioni orali.

Nell’esame della procedura (artt. 23-24), gli Stati membri considerano irricevibili (art. 25) le domande di asilo se un altro Stato membro ha concesso lo status di rifugiato; se un Paese che non è membro dell’Unione sia considerato Paese di primo asilo del richiedente (vedi *infra*); se il richiedente proviene da un Paese considerato sicuro (artt. 29-31) oppure da uno Stato membro dell’Unione europea (art. 36), in applicazione del regolamento Dublino II; se il richiedente è autorizzato a rimanere nel territorio per altri motivi che lo tutelano dal respingimento in attesa dell’esito della procedura relativa; se ha presentato identica domanda di asilo, in seguito a

---

<sup>48</sup> Sul punto cfr. DRAETTA U., PARISI N. (a cura di), *Elementi di diritto dell’Unione europea. Parte speciale, Il diritto sostanziale*, 3° ed., Milano, 2010, pp. 31-36.

decisione negativa della prima domanda; se una persona a carico del richiedente presenta una domanda di asilo e non vi sono gli elementi che ne giustifichino una domanda separata.

Circa il concetto di Paese di primo asilo, l'art. 26 lo descrive come il Paese nel quale il richiedente sia stato riconosciuto rifugiato e sia perciò tutelato oppure dove goda della protezione sufficiente a beneficiare del principio di *non-refoulement*.

Invece per Paese terzo sicuro, l'art. 27 individua alcuni criteri: a) se non vi sussistono minacce alla sua vita e alla sua libertà per ragioni ascrivibili all'art. 1 A (2) della Convenzione di Ginevra; b) se è rispettato il principio di *non-refoulement* conformemente alla stessa Convenzione; c) se è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture, pene o trattamenti inumani e degradanti; d) se esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e di ottenere protezione secondo quanto stabilito dalla stessa Convenzione.

L'obbligo di rispettare il principio di *non-refoulement* sussiste, in modo indiretto, anche nel caso di ritiro implicito della domanda o di rinuncia ad essa (art. 20), dal momento che gli Stati membri sono tenuti ad garantire che l'allontanamento della persona sia avvenuto nel rispetto del principio in esame.

La domanda di asilo di un richiedente al quale non è attribuibile la qualifica di rifugiato è considerata infondata (art. 28).

Infine si ha domanda di asilo reiterata (art. 32) qualora emergano nuovi elementi rilevanti ai fini della qualifica di rifugiato *ex* direttiva 2004/83/CE nell'ambito dell'esame della domanda o in fase di ricorso o revisione della stessa. Pertanto, qualora gli elementi nuovi adottati siano di particolare rilievo per il riconoscimento dello status di rifugiato, gli Stati membri possono procedere<sup>49</sup> ad un esame ulteriore della domanda di asilo. Tale procedura può essere applicata anche nel caso in cui una persona a carico presenti una domanda di asilo a nome proprio. Inoltre può venire meno in caso di mancata presentazione (art. 33) del richiedente asilo presso un centro di accoglienza o davanti le autorità competenti nella data stabilita.

La direttiva "procedure" prevede, infine, la possibilità di revoca dello status di rifugiato (art. 37) nel caso emergano nuovi elementi per riesaminare lo status di rifugiato di una persona, alla quale però deve essere comunicato per iscritto notizia

---

<sup>49</sup> Per quanto concerne la procedura di domanda reiterata vedasi l'art. 34 della direttiva 2005/85/CE.

del riesame del suo caso, così come deve essere data la possibilità di un colloquio personale (art. 38). In questo senso, l'autorità competente al riesame deve informarsi attraverso varie fonti circa le condizioni dello Stato di origine del richiedente, tuttavia tali informazioni devono essere fornite nel rispetto dell'incolumità della persona in questione.

➤ *La direttiva 2008/115/CE*

La direttiva 2008/115/CE, “rimpatri”, indica norme e procedure comuni agli Stati membri dell'Unione europea che devono essere applicate al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi, che soggiornino irregolarmente, in conformità dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario, nonché del diritto internazionale dei rifugiati e dei diritti umani.

La direttiva “rimpatri” trova applicazione ai cittadini di Paesi terzi irregolari, tuttavia, gli Stati membri possono decidere di non applicare tale direttiva ai cittadini di Paesi terzi che: *a)* siano sottoposti a respingimento “alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti 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”; *b)* che siano soggetti al rimpatrio quale conseguenza di una sanzione penale o sottoposti a procedure di estradizione.

Le garanzie procedurali<sup>50</sup>, contemplate dalla direttiva 2008/115/CE agli artt. 12-18, che devono essere applicate alle decisioni di rimpatrio, alle decisioni relative al divieto di ingresso e alle decisioni di allontanamento, implicano un obbligo di

---

<sup>50</sup> Sul punto vedasi PALMISANO G., *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, Diritti umani e diritto internazionale, fasc. 3, 2009, pp. 509-539 (520): “Quanto alle garanzie procedurali, vi rientrano ad esempio il rispetto del diritto del clandestino di essere informato senza indugio dei motivi della decisione in una lingua comprensibile, e il diritto di ricorrere ad un tribunale che possa giudicare della legalità della detenzione e ordinare la liberazione in caso di illegalità, controllando non solo l'esistenza della base normativa formale della detenzione, ma anche la fondatezza della misura detentiva nel merito e nell'opportunità. E' importante segnalare come la recente Direttiva “rimpatri” consideri con attenzione, all'art. 15, il rispetto di tali garanzie sostanziali e procedurali, da attuare in caso di detenzione di clandestini. Essa ne stabilisce inoltre alcune aggiuntive. In particolare, all'art. 16, prevede l'obbligo per gli Stati membri di separare i clandestini da rimpatriare dai detenuti ordinari, e di favorire l'entrata in contatto dei clandestini detenuti con un'assistenza legale, oltre che con i famigliari e le autorità consolari del Paese di origine.”

informazione per gli Stati membri, nonché il diritto ad un ricorso effettivo contro le decisioni di rimpatrio per l'individuo destinatario di tale misura. Inoltre prima del rimpatrio sussistono una serie di obblighi per gli Stati membri in merito al mantenimento dell'unità familiare, alle prestazioni sanitarie d'urgenza e al trattamento essenziale delle malattie, all'accesso al sistema educativo di base per i minori per la durata del soggiorno, con particolare cura per le persone più vulnerabili.

Dal momento che il trattenimento di minori e famiglie costituisce l'ultima *ratio*, in mancanza di altra soluzione; esso deve essere quanto più breve possibile. Alle famiglie trattenute deve essere assicurata la possibilità di una sistemazione separata dagli altri detenuti così ai minori deve essere garantita la possibilità di attività di svago e ricreative, alla luce del superiore interesse del minore.

Anche in situazioni di emergenza, gli Stati membri sono tenuti, in ogni caso, ad assicurare tali garanzie procedurali, senza che sia concessa alcuna facoltà di deroga.

Infine, nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva in esame, gli Stati membri dovranno garantire loro un trattamento adeguato e dovranno rispettare il principio di *non-refoulement* (art. 4). Tale principio ispira il contenuto dell'intera direttiva in quanto viene affermato nel considerando n. 8, nonché in numerosi articoli della stessa (artt. 4, 5 e 9), anche quale esimente dell'allontanamento.

*c) Il regolamento 343/2003/CE: i criteri di determinazione dello Stato responsabile e gli obblighi degli Stati membri*

Il regolamento 343/2003, c.d. Dublino II, stabilisce un insieme di criteri e meccanismi per determinare lo Stato membro responsabile dell'esame di una domanda di asilo presentata da un cittadino di uno Stato terzo nel territorio o frontiera (art. 3) degli Stati membri. Dalla individuazione di uno Stato membro responsabile discendono una serie di obblighi in capo allo stesso, nel rispetto della Convenzione di Ginevra.

Il procedimento di individuazione dello Stato membro competente inizia non appena sia stata presentata una domanda di asilo per la prima volta in uno Stato membro (art.

4), ovvero non appena le autorità nazionali competenti dello Stato membro ricevono un formulario compilato dal richiedente asilo o un verbale redatto dalle autorità.

In caso di minore non accompagnato richiedente asilo, sarà considerato competente lo Stato membro dove si trovi regolarmente un suo familiare, altrimenti in mancanza di familiare sarà competente lo Stato presso il quale il minore ha presentato domanda (art. 6).

I criteri di individuazione dello Stato membro competente sono i seguenti (art. 9): *a*) se il richiedente asilo è titolare di un documento di soggiorno o di un visto è responsabile lo Stato che ha rilasciato tale titolo (art. 9 parr. 1 e 2); *b*) se il richiedente è titolare di uno o più titoli scaduti (titoli di soggiorno scaduti da due anni e visti scaduti da oltre sei mesi) è responsabile lo Stato presso il quale ha presentato la domanda (art. 9 par. 4).

In caso di ingresso irregolare “per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo” nella frontiera di uno Stato membro, tale Stato è competente per l’esame della domanda di asilo. Tuttavia tale responsabilità decade dodici mesi dopo la data di ingresso irregolare (art. 10 par. 1). Se il richiedente ha soggiornato irregolarmente per un periodo di cinque mesi prima della presentazione della domanda presso uno Stato membro, tale Stato è responsabile. Se il richiedente, invece, ha soggiornato in modo irregolare per un periodo di cinque mesi in più Stati membri, sarà competente l’ultimo Stato membro presso il quale egli abbia soggiornato (art. 10 par. 2). Se un richiedente asilo entra nel territorio di uno Stato membro che l’ha dispensato dal visto, l’esame della domanda è di competenza di quest’ultimo (art. 11). Infine, qualora la domanda di asilo sia presentata in zona internazionale di transito di un aeroporto di uno Stato membro, tale Stato membro sarà competente (art. 12).

Il riferimento alla presentazione di domanda di asilo in zona internazionale riveste particolare interesse dal momento che la prassi ha spesso dimostrato come gli Stati riescano ad eludere l’obbligo di *non – refoulement*, impedendo ai richiedenti asilo di raggiungere la frontiera<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> DUBOLINO D., *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*, cit., p. 842: “La *fiction juris* delle aree internazionali degli aeroporti viene infatti oggi utilizzata da molti Stati per aggirare gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra. Dal momento che l’obbligo di *non refoulement* vincola gli Stati anche rispetto alle domande presentate alla frontiera, sono andate sviluppandosi diverse prassi per mezzo

In caso di mancata applicazione dei criteri sopra esposti, sarà competente lo Stato membro che per primo ha ricevuto la presentazione della domanda di asilo (art. 13).

Di particolare rilievo, si segnala la “clausola umanitaria”, inserita nell’art. 15, in base alla quale uno Stato membro, anche se non competente, può, su richiesta di un altro Stato membro e previo consenso di quest’ultimo, procedere al ricongiungimento familiare<sup>52</sup> di parenti e familiari a carico del richiedente asilo, che si trovi in uno Stato membro diverso da quello in cui si trovano i propri familiari, per motivi umanitari. Tuttavia il trasferimento dei familiari deve avvenire con il consenso degli interessati.

La durata della procedura è di tre mesi dalla presentazione della domanda di asilo affinché lo Stato membro che ha ricevuto la domanda possa interpellare un altro Stato membro per richiedergli la presa in carico, qualora lo ritenga competente per l’esame della domanda di asilo (art. 17 par. 1). Lo Stato membro responsabile dell’esame della domanda ha due mesi di tempo per prendere la decisione nel merito (art. 18). Inoltre nell’esame della domanda, lo Stato membro competente utilizza prove formali e prove indiziarie che siano “coerenti, verificabili e sufficientemente particolareggiate” (art. 18 par. 5).

Infine il trasferimento del richiedente asilo dallo Stato membro presso il quale ha presentato domanda di asilo allo Stato membro competente deve avvenire entro sei mesi dalla accettazione della richiesta di presa in carico o della decisione, in caso di ricorso o revisione con effetto sospensivo.

La ripresa in carico di un richiedente è disciplinata dall’art. 20, previa verifica della competenza dello Stato membro al quale si richiede la ripresa in carico, lo Stato membro che accetta di riprendere in carico il richiedente asilo deve riammetterlo nel

---

delle quali si cerca di impedire ai richiedenti di raggiungere la frontiera stessa, ad esempio intercettandone le imbarcazioni in acque internazionali, imponendo sanzioni ai vettori (in particolare compagnie aeree) che trasportano persone i cui documenti non sono in regola o, appunto, confinando i richiedenti nelle aree internazionali degli aeroporti.”

<sup>52</sup> Sul ricongiungimento familiare cfr la direttiva 86/2003/CE et DRAETTA U., PARISI N. (a cura di), *Elementi di diritto dell’Unione europea. Parte speciale, Il diritto sostanziale*, cit., p. 28: “La direttiva mira a ‘garantire un trattamento equo ai cittadini di Paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri’, fermo restando che ‘una politica più energica in materia di integrazione dovrebbe proporsi di offrire loro diritti e doveri comparabili a quelli dei cittadini dell’Unione europea’ (considerando 3°, dir. cit.) A questo fine ‘Il ricongiungimento familiare è uno strumento necessario per permettere la vita familiare’, contribuendo ‘a creare una stabilità socioculturale che facilita l’integrazione dei cittadini di Paesi terzi negli Stati membri, permettendo d’altra parte di promuovere la coesione economica e sociale’ (considerando 4° dir. cit.)”

proprio territorio. Il trasferimento deve avvenire entro sei mesi dall'accettazione della presa in carico.

Tuttavia se il trasferimento non ha luogo nei sei mesi previsti, la competenza ricade sullo Stato membro presso il quale era stata presentata domanda di asilo. Tale termine può essere prorogato fino ad un anno di tempo se non è stato possibile effettuare il trasferimento oppure qualora ciò non sia stato possibile a causa della detenzione del richiedente asilo. Infine il termine diviene di 18 mesi se il richiedente sia irreperibile.

Nel caso *Migrationsverket v. Edgar Petrosian, Nelli Petrosian, Svetlana Petrosian, David Petrosian, Maxime Petrosian*<sup>53</sup>, § 54, la Corte di Giustizia ha dato un'interpretazione dell'art. 20 paragrafi 1 (d) e 2 e dell'individuazione del termine dei sei mesi, ricordando che laddove la legislazione dello Stato membro preveda un appello con effetto sospensivo, il periodo di realizzazione del trasferimento decorre, non a partire dalla decisione giudiziaria provvisoria che sospende la procedura di trasferimento, bensì dal momento in cui la decisione giudiziaria si esprime nel merito della procedura.

Gli obblighi degli Stati Membri che discendono dal regolamento in esame consistono principalmente nell'obbligo di riprendere in carico il richiedente asilo che si trova in un altro Stato membro dove ha presentato una nuova domanda di asilo, pur essendo in corso la sua domanda in un altro Stato membro (art. 4 par. 5). Infatti l'art. 16 del regolamento Dublino II prevede: a) l'obbligo di portare a termine una domanda di asilo; di riprendere in carico un richiedente asilo b) che si trovi nel territorio di un altro Stato membro con domanda in corso d'esame e c) che abbia ritirato la propria domanda in corso d'esame e l'abbia presentata in un altro Stato membro ed infine e)

---

<sup>53</sup> Court of Justice, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 29 January 2009 - *Migrationsverket v Edgar Petrosian, Nelli Petrosian, Svetlana Petrosian, David Petrosian, Maxime Petrosian*, Case C-19/08, § 54: "Article 20(1)(d) and Article 20(2) of Regulation No 343/2003 of Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national are to be interpreted as meaning that, where the legislation of the requesting Member State provides for suspensive effect of an appeal, the period for implementation of the transfer begins to run, not as from the time of the provisional judicial decision suspending the implementation of the transfer procedure, but only as from the time of the judicial decision which rules on the merits of the procedure and which is no longer such as to prevent its implementation. In the light of the objective pursued by setting a period for the Member States, the start of that period should be determined in such a manner as to allow the Member States a six-month period which they are deemed to require in full in order to determine the practical details for carrying out the transfer."

l'obbligo di riprendere in carico il cittadino del Paese terzo del quale ha respinto la domanda e che si trovi nel territorio dello Stato membro senza la sua autorizzazione. Infine i paragrafi 2 e 3 dell'art. 16 disciplinano le due fattispecie nelle quali gli obblighi sopracitati vengono meno: *i*) se uno Stato membro rilascia al richiedente asilo un titolo di soggiorno, in questo caso gli obblighi di riprendere in carico ricadono su questo Stato membro; *ii*) se il cittadino di un Paese terzo si è allontanato dal territorio degli Stati membri per almeno tre mesi, a meno che egli non sia titolare di un titolo di soggiorno valido rilasciato dallo Stato competente.

### **3. La compatibilità degli obblighi degli Stati membri dell'Unione europea con gli obblighi derivanti dal diritto internazionale.**

Al fine di comprendere i rapporti tra l'ordinamento dell'Unione europea e l'ordinamento internazionale, in particolare alla luce di uno specifico interesse di compatibilità con la Convenzione di Ginevra, si assume come esempio il caso *Kadi v. European Commission*<sup>54</sup>. Il caso è relativo alla domanda di annullamento del regolamento n. 881/2002 dell'Unione – che imponeva misure restrittive nei confronti di persone o entità sospettate di essere colluse con Osama Bin Laden ed Al Qaeda – su richiesta del ricorrente, il signor Kadi<sup>55</sup>, che lamentava una violazione del diritto ad essere ascoltato, diritto ad un'effettiva protezione giudiziaria, nonché una violazione sproporzionata del suo diritto di proprietà, in quanto aveva subito un congelamento dei propri fondi e risorse economiche.

La Corte di giustizia ha ricordato che il regolamento in questione, adottato in applicazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite sulla base del cap. VII della Carta, non può essere sottoposto ad una revisione giudiziaria

---

<sup>54</sup> Court of Justice, *Kadi v. European Commission*, 30 September 2010, Case T-85/09, sul punto vedasi anche NASCIMBENE B., CONDINANZI M., *Giurisprudenza di diritto comunitario*, Milano, 2007, pp. 91-101.

<sup>55</sup> In margine al caso Kadi, vedasi SALERNO F., *Quale «comunità di diritto» per il signor Kadi?*, RDI, fasc.1, 2009, pp. 110-116; PIRRONE P., *Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia relative ai casi Kadi e Al Barakaat*, Diritti umani e diritto internazionale, fasc. 3, 2009, pp.55-84.

eccetto che nel caso della sua compatibilità con le norme di *jus cogens*, a carattere inderogabile (§ 38)<sup>56</sup>.

Inoltre in base all'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, che sancisce la prevalenza degli obblighi che discendono dalla stessa rispetto ad obblighi derivanti da altri trattati internazionali, nonché in base all'art. 351 TFUE<sup>57</sup>, che prevede il primato di accordi internazionali conclusi prima del 1° gennaio 1958, si può affermare che, in caso di contrasto tra una norma di diritto internazionale e una norma di diritto dell'Unione europea, quest'ultima deve essere disapplicata.

Tuttavia, nei trattati esaminati vi è un costante riferimento alla Convenzione europea (art. 6 TUE) mentre nelle direttive analizzate è presente il riferimento alla Convenzione di Ginevra e al principio di *non-refoulement* (in particolare nelle direttive “qualifiche” e “procedure”); pertanto almeno in via teorica non si assiste ad alcun contrasto tra la norma internazionale che disciplina tale principio e la norma dell'Unione europea che lo applica negli Stati membri. Inoltre in base alla giurisprudenza esaminata (caso *M. Elgafaji, N. Elgafaji*, cit.), emerge anche che l'art. 15 della direttiva “qualifiche” introduce un margine di protezione più ampio di quello sancito dall'art. 3 della Convenzione europea.

Per quanto concerne il rapporto tra la Corte di giustizia dell'Unione e la Corte europea<sup>58</sup>, nel caso *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEM)*, § 155<sup>59</sup> si evince che, pur operando le Corti in due ordinamenti giuridici distinti, la

---

<sup>56</sup> NASCIMBENE B., CONDINANZI M., *Giurisprudenza di diritto comunitario* cit., p. 101: “Il diritto internazionale consente così di considerare che esiste un limite al principio dell'effetto vincolante delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza: esse devono rispettare le norme imperative fondamentali dello *jus cogens*. In caso contrario, per quanto improbabile, esse non vincolerebbero gli Stati membri dell'ONU né, pertanto, la Comunità.”

<sup>57</sup> L'art. 351 TFUE afferma: “Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1o gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra.

Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta. Nell'applicazione delle convenzioni di cui al primo comma, gli Stati membri tengono conto del fatto che i vantaggi consentiti nei trattati da ciascuno degli Stati membri costituiscono parte integrante dell'instaurazione dell'Unione e sono, per ciò stesso, indissolubilmente connessi alla creazione di istituzioni comuni, all'attribuzione di competenze a favore di queste ultime e alla concessione degli stessi vantaggi da parte di tutti gli altri Stati membri.”

<sup>58</sup> Sul punto vedasi anche DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 151-152.

<sup>59</sup> Court of Justice, *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEM)*, 30 September 2010, Case C 34/09, Opinion of Advocate General Sharpston, § 155: “Of course, it is true that this Court is not, as such, a ‘human rights court’. As the supreme interpreter of EU law, the Court

Corte di giustizia, in qualità di interprete del diritto dell'Unione, deve assicurare il rispetto dei diritti umani nell'ambito di propria competenza. Inoltre, citando il caso *Bosphorus*<sup>60</sup> della Corte europea, la stessa Corte europea riconosce il ruolo essenziale della Corte di giustizia nel tutelare i diritti sanciti dalla Convenzione europea, che sono inerenti alle materie dell'Unione, pertanto “it is essential for the Court to ensure that it interprets the Treaties in a way that reflects, coherently, the current role and significance of EU fundamental rights.”

Si afferma, infine, almeno in via giurisprudenziale, la completa adesione dell'Unione ai diritti sanciti dalla Convenzione europea, in quanto “principi generali” (art. 6 TUE), pertanto ciò può costituire la chiave di interpretazione del principio in esame alla luce della disposizione convenzionale di Ginevra ed, in via successiva, dell'art. 3 della Convenzione europea, inerente al divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti, che conferisce al divieto di *refoulement* un ambito di applicazione di maggiore portata rispetto a quello stabilito dalla Convenzione di Ginevra.

---

nevertheless has a permanent responsibility to ensure respect for such rights within the sphere of the Union's competence. Indeed, in *Bosphorus*, the Strasbourg court indicated that the European Court of Justice has an essential role to play in safeguarding rights deriving from the ECHR and its associated protocols as they apply to matters governed by EU law – a function that can only assume greater significance as and when the European Union accedes to the ECHR. For that reason, it is essential for the Court to ensure that it interprets the Treaties in a way that reflects, coherently, the current role and significance of EU fundamental rights.”

<sup>60</sup> ECHR, *Case Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, [GC], 30 June 2005, Appl. no. 45036/98, § 159: “The Court has described above (see paragraphs 73-81) the fundamental rights guarantees of the European Community which apply to member States, Community institutions and natural and legal persons (“individuals”). While the founding treaties of the European Communities did not initially contain express provisions for the protection of fundamental rights, the ECJ subsequently recognised that such rights were enshrined in the general principles of Community law protected by it, and that the Convention had a “special significance” as a source of such rights. Respect for fundamental rights has become “a condition of the legality of Community acts” (see paragraphs 73-75 above, together with the opinion of the Advocate General in the present case, paragraphs 45-50 above) and in carrying out this assessment the ECJ refers extensively to Convention provisions and to this Court's jurisprudence. At the relevant time, these jurisprudential developments had been reflected in certain treaty amendments (notably those aspects of the Single European Act of 1986 and of the Treaty on European Union referred to in paragraphs 77-78 above). This evolution has continued. The Treaty of Amsterdam of 1997 is referred to in paragraph 79 above. Although not fully binding, the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union were substantially inspired by those of the Convention, and the Charter recognises the Convention as establishing the minimum human rights standards. Article I-9 of the later Treaty establishing a Constitution for Europe (not in force) provides for the Charter to become primary law of the European Union and for the Union to accede to the Convention (see paragraphs 80-81 above).” Inoltre § 165 “In such circumstances, the Court finds that the protection of fundamental rights by Community law can be considered to be, and to have been at the relevant time, “equivalent” (within the meaning of paragraph 155 above) to that of the Convention system.”

## CONCLUSIONI

Con il presente lavoro si è inteso studiare l'applicazione del principio di *non-refoulement* per poterne individuare la sua attuale natura giuridica. Il predetto principio è contenuto in una norma convenzionale, tuttavia, attraverso la sua ripetuta affermazione in numerosi strumenti internazionali convenzionali e non (Principi di Bangkok, Dichiarazione sull'Asilo Territoriale, Convenzione Americana dei diritti dell'uomo, Convenzione OUA che disciplina aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa, Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, Dichiarazione di Cartagena), nel tempo ha acquisito natura consuetudinaria. A tale considerazione si è giunti attraverso un'ampia prassi degli Stati, che ha dimostrato lo sviluppo di una coscienza collettiva generale. Dalla disamina effettuata emergono due profili di interesse: *a)* l'applicazione extraterritoriale del principio e *b)* l'affermazione della natura cogente del divieto di tortura nella giurisprudenza regionale della Corte europea e della Corte interamericana ed internazionale del Tribunale Penale per la Ex – Jugoslavia.

L'applicazione extraterritoriale del principio esaminato muove dalla nozione extraterritoriale di giurisdizione statale delle imbarcazioni in alto mare. Infatti in questa circostanza rileva l'elemento effettivo, ovvero il *genuine link*, tra la nave battente bandiera dello Stato di nazionalità e questo stesso, a prescindere dalla posizione fisica della nave.

In tale senso giova ricordare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in vari casi (Case Banković and others v. Belgio; Case Loizidou v. Turkey; Case Marković and others v. Italy) ha riconosciuto l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione statale che pertanto si estende alla nazionalità, bandiera, relazioni diplomatiche e consolari, protezione diplomatica, beni, nonché ad atti compiuti dai propri organi al di fuori del territorio dello stesso Stato, inclusi quelli che esulano e superano le competenze precipue, come nel caso di organi di fatto.

Anche la Corte internazionale di giustizia (Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda); Legal Consequences of the Construction of

a Wall in the Occupied Palestinian Territory) ha affermato la natura estesa della giurisdizione dello Stato che non consiste nella sua mera essenza territoriale ma piuttosto si irradia ai propri cittadini nella commissione di atti avvenuti anche al di fuori del territorio dello Stato di appartenenza.

A *contrario*, nel caso dei boat-people haitiani nel relativo caso sottoposto alla Corte Suprema degli Stati Uniti (US Supreme Court, Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service et al. v. Haitian Centers Council, inc. et al.) si tende a negare l'effetto extraterritoriale dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra e di conseguenza del principio di *non-refoulement*: in particolare si ritiene che il par. 2 del suddetto articolo debba applicarsi esclusivamente nei confronti di coloro che si trovano già nel territorio dello Stato parte della Convenzione. Tuttavia tale interpretazione non appare condivisibile in quanto privilegia il criterio della casualità piuttosto che quello dell'effettività. Infatti non è ammissibile una forma di protezione che sia riservata soltanto agli individui che sono riusciti a varcare i confini di uno Stato, risultando tale criterio ingiustificatamente arbitrario. Inoltre ci si troverebbe di fronte ad una manifesta violazione delle norme della Convenzione di Ginevra, che ha quale scopo ultimo garantire protezione internazionale a persone bisognose, indipendentemente dalla loro posizione geografica.

In questo senso si trascurano anche le eventuali conseguenze di un rimpatrio forzato, ovvero il rischio di essere sottoposto a tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti, in manifesta violazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura.

A sostegno della nostra posizione riguardo alla applicazione extraterritoriale del principio in esame, suffragata dalla evidenziata giurisdizione estesa degli Stati, si ricordano anche le convenzioni specifiche che disciplinano il diritto internazionale del mare (Convenzione di Montego Bay, Convenzioni SOLAS e SAR, Convenzione sul salvataggio in mare) che affermano la tutela della vita in mare e l'obbligo di soccorrere in mare persone in difficoltà senza distinzione di nazionalità, status o in riferimento alle circostanze nelle quali si trova.

Nel suo parere quale terza parte interveniente nel recente *caso Hirsi e altri c. Italia*, presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo e di prossima discussione il 22

giugno 2011 davanti alla Grande Camera, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite<sup>1</sup> per i rifugiati fa propria la tesi della applicazione extraterritoriale del principio di *non-refoulement* sulla base del medesimo ragionamento giuridico, introducendo una ulteriore significativa distinzione tra giurisdizione *de iure* e *de facto*. L'ente afferma ai paragrafi 4.3.1 e 4.3.2: “[...] the principle of *non-refoulement* applies whenever a state exercises jurisdiction. Jurisdiction can be based on *de jure* entitlements and/or *de facto* control. *De jure* jurisdiction on the high seas derives from the flag state jurisdiction. *De facto* jurisdiction on the high seas is established when a state exercises effective control over persons. Whether there is effective control will depend on the circumstances of the particular case. Where people are intercepted on the high seas, rescued and put on board a vessel of the intercepting state, the intercepting state is exercising *de jure* as well as *de facto* jurisdiction.”

Infatti le misure di intercettazione in alto mare non devono avere quale conseguenza quella di negare l'accesso alla protezione internazionale da parte di persone bisognose di protezione (§ 4.3.3) in aperto contrasto con le finalità della Convenzione di Ginevra.

L'ente riconosce altresì una distinzione tra *refoulement* diretto e indiretto al par. 4.3.4.: “[I]t follows that states are obliged, inter alia, not to hand over those concerned to the control of a state where they would be at risk of persecution (direct *refoulement*), or from which they would be returned to another country where such a risk exists (indirect *refoulement*).”

In conclusione emerge un collegamento diretto tra il principio oggetto di studio e il rispetto dell'art. 3 della CEDU: nel caso di specie non si può escludere un rischio di tortura laddove si procede al *refoulement* senza che siano state verificate le condizioni nel Paese di origine dell'individuo (Libia) e tale eventualità non possa essere esclusa.

Pertanto la tesi della applicazione extraterritoriale del principio esaminato trova una “robusta” giustificazione sia nella giurisprudenza internazionale e regionale sia nelle opinioni dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, in modo coerente con una protezione effettiva dal *refoulement*.

---

<sup>1</sup> UN High Commissioner, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Hirsi and Others v. Italy* (Application no. 27765/09), March 2010.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito a violazioni dell'art. 3 della stessa Convenzione europea (vedi *supra*) emerge la natura cogente del divieto stesso, che non ammette deroghe neppure "in caso di urgenza" (guerra, pericolo pubblico o altra emergenza che possa minacciare l'indipendenza di uno Stato membro).

Occorre inoltre ricordare che con l'entrata in vigore del Protocollo n. 14 alla CEDU, il 1° giugno 2010, si è rafforzato il meccanismo di controllo di esecuzione delle sentenze definitive della Corte europea. Infatti, sebbene il rinnovato art. 35 CEDU circoscriva le condizioni di ammissibilità di ricorso individuale, richiedendo la presenza di un "pregiudizio importante", il novellato art. 46 afferma la possibilità da parte del Comitato dei Ministri di adire la Corte nel caso in cui l'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolata da difficoltà di interpretazione della stessa. Tuttavia, qualora il Comitato dei Ministri, se ritiene che uno Stato parte rifiuti di darvi applicazione, può adire la Corte per inadempimento degli obblighi assunti dallo stesso Stato parte affinché sia la Corte a decidere in merito all'adozione di eventuali misure sanzionatorie (ad es. la sospensione del diritto di voto in senso al Comitato dei Ministri o perfino l'espulsione dalla stessa organizzazione, art. 8 Statuto del Consiglio d'Europa).

Pertanto grava sugli Stati membri un onere maggiore che in passato di rispettare le norme che discendono dalla Convenzione con particolare riferimento a quelle non derogabili come l'art. 3 esaminato.

In tale senso, la doverosa disamina degli obblighi degli Stati parti, tenuti ad adottare le misure necessarie al fine di evitare atti di tortura, conduce alla riflessione che rientri tra questi ultimi anche il *refoulement* indiretto. Infatti devono essere sanzionate sia le violazioni reali che quelle potenziali (ECHR, Case Soering v. the United Kingdom) senza che siano sufficienti le semplici assicurazioni diplomatiche e che venga effettuato alcun bilanciamento tra il rischio per l'individuo e la comunità nel suo insieme (ECHR, Case Saadi v. Italy). La protezione offerta dall'art. 3 CEDU è senza dubbio maggiore di quella offerta dagli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra.

Il riconoscimento della norma che contempla il divieto di tortura quale norma cogente, che discende sia dalla giurisprudenza internazionale (ICTY, (Trial

Chamber), Prosecutor v. Anto Furundžija) sia dalla stessa giurisprudenza CEDU (ECHR, Case Al-Adsani v. United Kingdom), non consente alcuna deroga.

La sentenza *Furundžija* risulta particolarmente utile in quanto, riconoscendo al par. 144 che “the prohibition on torture is a peremptory norm or *jus cogens*”, afferma che, proprio per la natura così ampia (“so extensive”) del divieto di tortura, è proibito dal diritto internazionale agli Stati espellere, rimpatriare o estradare un individuo verso un altro Stato dove vi sono fondate ragioni di ritenere che egli sarebbe a rischio di tortura.

Sembra per questo motivo plausibile affermare la natura cogente del *non-refoulement* indiretto, tuttavia tale considerazione deve essere valutata alla luce della giurisprudenza europea in materia.

Infatti la Corte europea nel sopracitato caso, pur riconoscendo il valore cogente di tale norma (ECHR, Case Al-Adsani v. United Kingdom, § 61: “[t]he prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law [...]”) non ha assunto una posizione chiara circa la deroga dalle immunità dalla giurisdizione civile di uno Stato parte (ECHR, Case Al-Adsani v. United Kingdom, *ibidem* “Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged.”) tale posizione è senza dubbio suscettibile di critiche fondate sulla gerarchia delle fonti del diritto internazionale. Non è infatti ammissibile una deroga operata da parte di una norma consuetudinaria, quale quella relativa alle immunità dalla giurisdizione civile, nei confronti di una norma di *jus cogens*, quale la norma che sancisce il divieto di tortura.

Tale incoerenza, tuttavia, non distoglie l’attenzione dalla considerazione più rilevante ovvero la qualificazione della norma concernente il divieto di tortura quale norma cogente.

Il contributo di questa sentenza CEDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, è di fondamentale importanza in quanto è stata citata in numerosi casi dalla Corte interamericana dei diritti dell’uomo (CIDH, Penal Miguel Castro-Castro c. Perù; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perù; caso Maritza c. Guatemala; caso Baldeón García c. Perù;

caso Bueno Alves c. Argentina) affermando anche nel contesto interamericano la natura cogente della norma inerente al divieto di tortura.

La coscienza collettiva della comunità internazionale favorevole al riconoscimento del carattere di *jus cogens* della norma concernente il divieto di tortura emerge sia dalla giurisprudenza esaminata sia dalle comunicazioni del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura (CAT, Case Tapia Paez v. Sweden; Case Mutombo v. Switzerland, Case Tala v. Sweden) e del Comitato dei diritti dell'uomo (HCR, Case Kindler v. Canada; Case Ng. v. Canada).

Proprio quest'ultimo si è espresso in merito alla necessaria previsione delle conseguenze dell'espulsione di un individuo ("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"), affermando che qualora uno Stato estradasse un individuo sotto la propria giurisdizione verso un altro Stato con il rischio di subire una violazione dei diritti sanciti dal Patto, lo Stato estradante violerebbe le norme del Patto stesso.

Dalle considerazioni che precedono, ad avviso di chi scrive, è possibile attribuire natura cogente al *non-refoulement* indiretto, quale conseguenza della norma cogente inerente al divieto di tortura.

Dal momento che risulta non di facile soluzione attribuire al solo *non-refoulement* indiretto qualifica di norma di *jus cogens*, si può postulare che anche il *non-refoulement* diretto goda di tale carattere, non essendo logico distinguere le due fattispecie giuridiche sulla base della rispettiva applicazione. Inoltre superando tale teorica distinzione, occorre concentrarsi sulle conseguenze di una eventuale violazione della norma in questione. Infatti se tale norma previene la violazione del divieto di tortura, quale norma cogente, essa stessa ne acquisisce il carattere, a causa delle conseguenze lesive del diritto all'integrità personale e del diritto alla vita che ne potrebbero discendere.

Pertanto in caso di contrasto con la norma inerente al *non-refoulement* discendono le seguenti conseguenze giuridiche: in conformità con gli artt. 53 e 64 della

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, si andrebbe ad operare su eventuali trattati esistenti e confliggenti con la norma in esame.

Si potrebbe dare luogo ad un regime di responsabilità aggravata, secondo quanto previsto dagli artt. 40 e 41 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti, comportando, oltre alle normali conseguenze di un illecito internazionale (vedi *supra*), “obblighi di solidarietà”<sup>2</sup> fra gli Stati, ovvero l’obbligo di non riconoscimento delle conseguenze derivanti da tale illecito nonché l’obbligo di non fornire assistenza o aiuto allo Stato responsabile dello stesso.

Inoltre eventuali atti interni, legislativi o amministrativi di uno Stato, in contrasto con la norma inerente al divieto di tortura e di *refoulement* sono da considerare nulli.

In conclusione, dimostrate l’applicazione extraterritoriale del principio esaminato e la natura cogente della norma che proibisce la tortura o altro trattamento lesivo della integrità fisica e psicologica di un individuo, la nostra tesi dell’acquisito carattere cogente del principio di *non-refoulement* risulta avvalorata.

---

<sup>2</sup> MONACO R., CURTI GIALDINO C., *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 680.

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

### MONOGRAFIE

AA. VV. (edited by HUGHES J., LIEBAUT F.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague, 1998.

ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp – Oxford – New York, 2002.

BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

BARTOLINI G., *Il concetto di "controllo" sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.L.), Milano, 2006, pp. 25-52.

BEGHÈ LORETI A., *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità Europea*, Padova, 1990.

BENVENUTI P., *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati* in PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 151-172.

– *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.L.), Milano, 2006, pp. 107-151.

BERGER N., *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et Perspectives*, Bruxelles, 2000, pp. 65-254.

BOCCARDI I., *Europe and Refugees, Towards an EU Asylum Process*, The Hague, 2002.

– *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Bruxelles, 2002.

BONAFÈ B.I., *Responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi e responsabilità penale dell'individuo: due approcci a confronto*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.L.), Milano, 2006, pp. 501-516.

BORELLI S., *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 724-751.

BOSSUYT M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges un terrain glissant*, Bruxelles, 2010.

– *Les incidences de la Convention Européenne des droits de l'homme sur l'application de la Convention relative au Statut des Réfugiés*, in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, 2003, pp. 11-28.

BROWNLIE I., *Principles of public international law*, Oxford, 2008.

BROUWER E., *Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the Responsibility of the EU and its Member States*, in *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (edited by RYAN B. and MITSILEGAS V. ), Leiden, 2010, pp. 199-228.

BUERGENTHAL T., NORRIS R., SHELTON D., *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1982.

BURGOGUE-LARSEN L., ÚBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008.

BYRNE R., NOLL G., VEDTSTED-HANSEN J., *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*, The Hague, 2002.

CAMERON I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, The Hague, 2000, pp. 265-276.

CANÇADO TRINIDADE A.A., *The Operation of the Inter-American Court of Human Rights*, in *The Inter-American System of Human Rights* (edited by HARRIS D.J. and LIVINGSTONE S.), Oxford, 1998, pp. 133-149.

CANNONE A., *Aspetti problematici dell'applicazione della legge italiana al minore straniero in Italia (Art. 37 L. 4 maggio 1983 n. 184)*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, Bari, 1995, pp. 45-112.

CARLIER J.Y., *Et Genève sera..La définition du réfugié: bilan et perspectives*, in *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 après: bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, pp. 63-89.

CASSESE A., *Diritto internazionale*, Bologna, 2006.

CASSESE A., GAETA P., *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, 2008.

CELLAMARE G., *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006.

CERNA C., *The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organization and Examination of Petitions and Communications*, in *The Inter-American System of Human Rights* (edited by HARRIS D. J. and LIVINGSTONE S.), Oxford, 1998, pp. 65-114.

CHASSIN C.A., *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006.

CHETAİL V., *Le principe de non - refoulement et le statut de réfugié en droit international*, in *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 après : bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, pp. 3-61.

CHOLEWINSKI R., *Migrant Workers in International Human Rights Law, Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, 1997.

CLAYTON R., TOMLINSON H., *The Law of Human Rights*, Oxford, 2003.

COLOMBEY J.P., *Collection of International Instruments and Other Legal Texts Concerning Refugees and Displaced Persons*, Geneva, UNHCR, 1995.

CONFORTI B., *Diritto internazionale, IV edizione*, Napoli, 1992.

– *Diritto internazionale, VII edizione*, Napoli, 2006.

CRAWFORD J., *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite*, Paris, 2003.

DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008.

DAVIES S.E., *Legitimising Rejection. International Refugee Law in Southeast Asia*, The Hague, 2008.

DEFILIPPI C., BOSI D., *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Milano, 2001.

DE SENA P., *Immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione e responsabilità dello Stati: rapporti e problemi di coordinamento*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.L.), Milano, 2006, pp. 467-499.

DISTEFANO M., *Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità*, in, *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, (a cura di LANCIOTTI A., TANZI A.), Torino, 2007, pp. 117-143.

DRAETTA U., PARISI N. (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale, Il diritto sostanziale*, 3° ed., Milano, 2010.

DURANTE F., *Tutela internazionale dei rifugiati e dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Sperduti. Fonti internazionali e rapporti tra ordinamenti. L'individuo nel diritto internazionale e altri contributi*, Milano, 1984, pp. 557-567.

EVANS M., MORGAN R., *Preventing Torture. A Study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, 2001, pp. 61-141.

FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 352-372.

– *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti*, in PINESCHI L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 571-588.

GALLIE M., *La coopération ACP-CE et l'immigration: de la partie IV du Traité de Rome à l'Accord de Cotonou*, in *Réfugiés, immigration clandestine et centres de rétention des immigrés clandestins en droit international (sous la direction de D. Dormoy et H. Slim)*, Bruxelles, 2008, pp. 119-174.

GIANELLI A., *Obbligo di non-refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, in AA. VV., *Studi in Onore di Vincenzo Starace, vol. I*, Napoli, 2008, pp. 363-389.

– *Le conseguenze delle gravi violazioni di obblighi posti da norme imperative tra norme primarie e norme secondarie, La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.L.), Milano, 2006, pp. 245-290.

GOODWIN GILL, GUY S., *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007.

GORTAZAR ROTAECHE C.J., *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, Madrid, 1997, pp. 287-372.

GROSS ESPIELL H., *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, pp. 252-302.

GUILD E., LESIEUR G., *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights. Who said what, when?*, The Hague, 1998, pp. 119-131.

HATHAWAY J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, pp. 75-153 e 278-370.

HENNEBEL L., *La Convention Américaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007.

HURWITZ A., *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, 2009.

JACKSON D., *Immigration: Law and Practice*, London, 1996.

JAEGER G., *A Succinct Evaluation of the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, a seminar paper*, Stuttgart, 1980.

JANIS M., KAY R.S., BRADLEY A.W., *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford, 2008.

KÄLIN W., *Le mécanisme de surveillance de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*, in CHETAİL V (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 après: bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, pp. 133-192.

– *Supervising the 1951 Convention on the Status of Refugees: Article 35 and Beyond* in E. Feller, V. Turk, and F. Nicholson (eds.) *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, 613-666.

– *Limits to Expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in (a cura di F. Salerno) *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del convegno di studio organizzati dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, Padova 2003, pp. 143-164.

KANE I., MOTALA A. C., *The Creation of a New African Court of Justice and Human Rights*, in EVANS M., MURRAY R. (edited by), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2006*, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge, 2008, pp. 406-440.

KLUG A., HOWE T., *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, in *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (edited by B. Ryan and V. Mitsilegas), Leiden, 2010, pp. 69-101.

LAUTERPACHT SIR E., BETHLEHEM D., *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in E. Feller, V. Turk and F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 87-177.

LAVENEX S., *The Europeanisation of Refugee Policies, between Human Rights and Internal Security*, Aldershot, 2001.

LENZERINI F., *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009.

LIGUORI A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008.

LOESCHER G., BETTS A., MILNER J., *The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): the Politics and Practice of Refugee Protection into the Twenty-first Century*, London, 2008.

LUGATO M., *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Torino, 2006

MALINVERNI G., *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del convegno di studio organizzati dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, (a cura di SALERNO F.), Padova 2003, pp. 165-182.

MANCA L., *Codice internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2004.

– *L'immigrazione del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2003.

MANZINI P., *Divieto di tortura e processo*, in MANZINI P., *Casi difficili. Libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*, Torino, 2008, pp. 85-111.

MARCHISIO S., *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, in *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario, interno (IX Convegno SIDI; Roma, 17-18 giugno 2004)*, (a cura di LEANZA U.), Napoli, 2005, pp. 327-344.

– *Ampliamento del concetto di rifugiato e gli strumenti regionali e forme di protezione sussidiaria*, in *La Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiati* (a cura di SAULLE M.R.), Roma, 2002, pp. 67-76.

MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007.

MEDINA QUIROGA C., *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Dordrecht, 1988.

MONACO R., CURTI GIALDINO C., *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009.

NALDI G. J., *The African Union and the Regional Human Rights System*, in EVANS M., MURRAY R. (edited by), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2006, 2<sup>nd</sup> edition*, Cambridge, 2008, pp. 20-48.

NASCIMBENE B., *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Milano, 2001.

– *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Profili ed effetti nell'ordinamento italiano* (a cura di NASCIMBENE B.), Milano, 2002, pp. 153-184.

– *Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero, Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del convegno di studio organizzati dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, (a cura di SALERNO F.), Padova 2003, pp. 183-214.

NASCIMBENE B., CONDINANZI M., *Giurisprudenza di diritto comunitario*, Milano, 2007.

NERI L., *Profili sostanziali: lo Status di rifugiato*, in *Diritto degli stranieri* (a cura di NASCIMBENE B.), Padova, 2004, pp. 1189-1243.

NMEHIELLE V. O., *The African Human Rights System. Its Laws, Practices, and Institutions*, The Hague, 2001.

NORTH A.M., CHIA J., *Towards Convergence in the Interpretation of the Refugees Convention: A Proposal for the Establishment of an International Judicial Commission for Refugees*, in MCADAM J. (edited by), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Oxford and Portland, 2008, pp 225-261.

OLANIYAN K., *Civil and Political Rights in the African Charter: Articles 8-14*, in EVANS M., MURRAY R. (edited by), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2006*, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge, 2008, pp. 213-243

OJI UMOZURIKE U., *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, The Hague, 1997.

PALCHETTI P., *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, 2007.

PALMISANO G., *Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale: spunti critici di teoria e prassi*, Milano, 1992.

– *Smuggling via mare e responsabilità internazionale degli Stati*, in *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario, interno (IX Convegno SIDI; Roma, 17-18 giugno 2004)*, (a cura di LEANZA U.), Napoli, 2005, pp. 217-242.

– *Il contrasto al traffico di migranti: nel diritto internazionale, comunitario ed interno*, Milano, 2008.

PARISI N., *La tutela dei diritti fondamentali della persona*, in DRAETTA U., FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Il diritto delle organizzazioni internazionali, parte speciale, terza edizione*, Milano, 2011, pp. 73-115.

– *Estradizione e Diritti dell'Uomo fra Diritto Internazionale Convenzionale e Generale*, Milano, 1993.

- *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, 1996.
- PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996.
- PASQUALUCCI J. M., *The Practice and Procedure of the Inter – American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003.
- PEERS S., ROGERS N., *EU Immigration and Asylum Law*, Leiden/Boston, 2006.
- PHUONG C., *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge, 2004.
- PLENDER R., *International Migration Law, Revised Second Edition*, Dordrecht, 1988.
- PRICE M. E., *Rethinking Asylum. History, Purpose and Limits*, Cambridge, 2009.
- QUADRI S., *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2006.
- REPETTO G., *I rapporti tra le Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa* (a cura di PANUNZIO S. P.), Napoli, 2005, pp. 288-332.
- ROBINSON N., *Convention relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953.
- RUSSO C., QUAINI P., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006, pp. 101-123.
- SACCUCCI A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006.
- SALADO OSUNA A., *La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio*, in GARCÍA ROCA J., SANTOLAYA P., *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, pp. 97-132.
- SALT J., HOGARTH J., *Migrant Trafficking and Human Smuggling in Europe: A Review of the Evidence with Case Studies from Hungary, Poland and Ukraine*, IOM, Geneva, 2000, pp. 13-128.
- SALVADEGO L., *Controllo marittimo dell'immigrazione clandestina e giurisdizione penale del giudice italiano*, *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 4, 2010, pp. 1154-1159.
- SAULLE M.R., *Saggi di diritto e di organizzazione internazionale*, Napoli, 1986.

- *Lezioni di organizzazione internazionale, vol. II*, Napoli, 2003.
- *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, Roma, 2002.
- *Jus Cogens and Human Rights*, in *Le droit international a l'heure de sa condification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago, vol. II*, Milano, 1987, pp. 385-396.
- SAVARESE E., *Fatti di privati e responsabilità dello Stato tra organo di fatto e "complicità" alla luce di recenti tendenze della prassi internazionale*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.L.), Milano, 2006, pp. 53-66.
- SCOVAZZI T., *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002.
- SMRKOLJ M., *International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination*, in A.A.V.V., *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, 2009, pp. 165-193.
- STARACE V., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione*, in (a cura di F. Salerno) *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del convegno di studio organizzati dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, Padova 2003, pp. 97-123.
- STENBERG G., *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.
- SVENSSON-MCCARTHY A.L., *The International Law of Human Rights and States of Exception, with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-law of the International Monitoring Organs*, The Hague, 1998.
- SUDRE F., MARGUENAUD J. P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 2003.
- SUDRE F., *Article 3*, in PETTITI L.E., DECAUX E., IMBERT P.H., *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, pp. 155-175.
- TAKKENBERG A., TAHBAZ C.C., *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*, Amsterdam, 1990.
- TIGROUDJA H., PANOUSSIS I. K., *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, 2003.

TRAVIESO J.A., *La Corte Interamericana de derechos humanos, Opiniones consultivas y fallos: la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, Buenos Aires, 1996.

TRIGGIANI E., *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008.

VALDEZ ARROYO F., *Ampliación del concepto de refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Lima, 2004.

VIBEKE EGGLI A., *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, The Hague, 2002.

VIVANCO J.M., BHANSALI L., *Procedural Shortcomings in the Defense of Human Rights: An Inequality of Arms*, in *The Inter-American System of Human Rights* (edited by HARRIS D.J AND LIVINGSTONE S.), Oxford, 1998, pp. 421-440.

WEIS P., *The Refugee Convention, 1951: the Travaux Préparatoires Analysed*, Cambridge, 1995.

– *Convention Refugees and De Facto Refugees*, in *African Refugees and Law*, (MELANDER G. and NOBEL P. eds), Uppsala, 1978, pp. 15-22.

WEISSBRODT D., *The Human Rights of Non-Citizens*, Oxford, 2008.

WIESBROCK A., *Legal Migration to the European Union*, Leiden-Boston, 2010.

WOLLENSCHLÄGER M., *Asylum and Integration in Member States of the EU*, Berlin, 2003.

WOUTERS K., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerp, Oxford, Portland, 2009.

ZAGATO L., *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006.

ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006.

ZWAAN K. (ED.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2008.

## RIVISTE

ABI-SAAB G., *The Admission and Expulsion of Refugees with Special Reference to Africa*, African Yearbook of International Law, vol. 8, 2000, pp. 71-91.

ADDO M.K., GRIEF N., *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, European Journal of International Law, vol. 9, 1998, pp. 510-524.

ADINOLFI A., *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 3, 2009, pp. 669-696.

– *La Corte di Giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 1, 2010, pp. 45-64.

AGA KHAN S., *Legal Problems relating to Refugees and Displaced Persons*, Recueil des Cours, 1976, vol. 149, pp. 287-352.

AKINSEYE-GEORGE Y., *New Trends in African Human Rights Law: Prospects of an African Court of Human Rights*, University of Miami International and Comparative Law Review, 2002, vol. 10, 2001-2002, pp. 159-175.

ALEXANDER M., *Refugee Status Determination Conducted by UNHCR*, International Journal of Refugee Law 1999, vol. 11, pp. 251-289.

ALLAIN J., *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, International Journal of Refugee Law, vol.13 n. 4, 2001, pp. 533-558.

AMBOS K., *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, Journal of International Criminal Justice, vol. 6, 2008, pp. 261-287.

ANAGNOST S., *The Challenge of Providing High Quality, Low Cost Legal Aid for Asylum Seekers and Refugees*, International Journal of Refugee Law, vol. 12, 2000, pp. 577-588.

ARAI-YOKOI Y., *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR*, Netherlands Quarterly of Human Rights vol. 21-23, 2003, pp. 385-421.

AVETA R., *Famiglie di migranti e rischi di degradazione del legame parentale nella disciplina comunitaria sul ricongiungimento*, I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie, n. 1, 2007, pp. 21-30.

BATES E., *Avoiding Legal Obligations Created by Human Rights Treaties*, International and Comparative Law Quarterly, v. 57, 2008, pp. 751-788.

BATTJES H., *The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*, European Journal of Migration and Law, v. 11, 2009, pp. 205-219.

– *In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed*, Leiden Journal of International Law, v. 22, 2009, pp. 583-621.

BOURGON S., *The Impact of Terrorism on the Principle of «Non-refoulement» of Refugees: The Suresh Case before the Supreme Court of Canada*, Journal of International Criminal Justice, vol. 1, 2003, pp. 151-168.

BOUTILLON S., *The Interpretation of Article I of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees by the European Union: toward Harmonization*, Georgetown Immigration Law Journal, vol.18 n. 11, 2003, pp. 111-157.

BRUIN R., WOUTERS K., *Terrorism and the Non-Derogability of Non-Refoulement*, International Journal of Refugee Law, vol. 15, n. 1, 2003, pp. 5-29.

BYRNE R., NOLL G., VEDTSTED-HANSEN J., *Understanding Refugee Law in an Enlarged Union*, European Journal of International Law, vol. 15, 2004, pp. 355-379.

CAGGIANO G., *Asilo, ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero nella nuova legge sull'immigrazione*, La Comunità Internazionale, vol. XLV, 1990, pp. 31-50.

– *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, Studi sull'integrazione europea, 1/2008, pp. 105-144.

CANNIZZARO E., *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 2, 2001, pp. 440-443.

CARELLA G., *Esodi di massa e diritto internazionale*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 4, 1992, pp. 903-931.

– *L'extradizione passiva nei trattati internazionali ed il divieto costituzionale della pena di morte*, RDI, fasc. 2, 1981, pp. 270-286.

CARETTI P., *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, Diritti umani e diritto internazionale, v. 2, n. 2, 2008, pp. 311-320.

CASTROGIOVANNI I., *Sul refoulement dei profughi haitiani intercettati in acque internazionali*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 2, 1994, pp. 474-482.

CATALDI G., *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, Diritti umani e diritto internazionale, n. 2, 2008, pp. 51-70.

CHAN P.C.W., *The Protection of Refugees and Internally Displaced Persons: Non-Refoulement under Customary International Law*, *The International Journal of Human Rights*, vol. 10, n. 3, 2006, pp. 231-239.

CLARK T., *Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation*, *International Journal of Refugee Law*, vol. 16, n. 4, 2004, pp. 584-608.

CONCOLINO B., *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: l'espulsione di presunti terroristi*, *Diritti umani e diritto internazionale*, v. 2, n. 3, 2008, pp. 627-632.

CONFORTI B., *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 1, 2010, pp. 5-14.

CORTESE B., *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali*, *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 1, 2006, pp. 63-95.

CULLEN A., *Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights*, *California Western International Law Journal*, vol. 34, 2003, pp. 29-46.

DAMATO A., *Estradizione e divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, pp. 648-668.

DAYA AMARASINHA S., ISENBECKER M., *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?*, *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. 65, pp. 223-240.

DELLA FINA V., *Voce Rifugiati. I) diritto internazionale in Enciclopedia Giuridica Treccani*, Postilla di aggiornamento, 2007.

DEN HEIJER M., *Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights*, *European Journal of Migration and Law*, v. 10, 2008, pp. 277-314.

DE VITTOR F., *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2009, pp. 800-807.

DE WET E., *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*, *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 71-96.

DE WITTE B., *International Law as a Tool for the European Union*, European Constitutional Law Review, vol. 5, 2009, pp. 265-283.

DORIGO S., *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 2, 2008, pp. 449-466.

DROEGE C., *Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges*, International Review of the Red Cross, v. 90, n.1, 2008, pp. 669-701.

DUBOLINO D., *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*, Il diritto dell'Unione europea vol. 4, 2004, pp. 811-845.

DUFFY A., *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, International Journal of Refugee Law, v. 20, n. 3, 2008, pp. 373-390.

DURIEUX J.F., MCADAM J., *Non-refoulement through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies*, International Journal of Refugee Law, vol. 16 n. 1, 2004, pp. 4-24.

EDWARDS A., *The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees*, International and Comparative Law Quarterly, v. 57, part 4, October 2008, pp. 789-825.

FABBRICOTTI A., *The Diplomatic Protection of Refugees by Their State of Asylum*, AWR Bulletin n. 43 (52), 2005, pp. 266-272.

– *The Concept of Inhuman or Degrading Treatment in International Law and Its Application in Asylum Cases*, International Journal of Refugee Law, v.10, n. 4, 1998, pp. 637-661.

FAVILLI C., *La nuova disciplina dell'espulsione amministrativa*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 1, 1998, pp. 769-780.

FLYNN E. J., *Counter-Terrorism and Human Rights: The View from the United Nations*, European Human Rights Law Review, 2005, pp. 29-49.

FOCARELLI C., *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 3, 2007, pp. 637-656.

– *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 3, 2008, pp. 738-757.

– *Promotional Jus Cogens: a Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects*, NoRivista di diritto internazionalec Journal of International Law, 2008, pp. 429-459.

FORTIN A., *The Meaning of «Protection» in the Refugee Protection*, International Journal of Refugee Law, vol. 12, 2000, pp. 548-576.

FOSTER M., *Causation in Context: Interpreting the Nexus Clause in the Refugee Convention*, Michigan Journal of International Law, vol. 23 n. 2, 2002, pp. 265-340.

FOSTER M., *Protection elsewhere: the Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in another State*, Michigan Journal of International Law, vol. 28, 2007, pp. 223-286.

FRESHWATER P.J., *The Obligation of Non-refoulement under the Convention against Torture: When Has a Foreign Government Acquiesced in the Torture of Its Citizens?*, Georgetown Immigration Law Journal, vol. 19, n. 4, 2005, pp. 585-608.

GAETA P., *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, Journal of International Criminal Justice, 2008, pp. 183-193.

GARLICK M., *The EU Discussion on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?*, International Journal of Refugee Law, vol. 18, 2006, pp. 601-629.

GEOFF G., *Is Europe Living Up to Its Obligation to Refugees?*, The European Journal of international Law, vol. 15, 2004, pp. 963-987.

GOODWIN-GILL G., *Non-refoulement and the New Asylum Seekers*, Virginia Journal of International Law, vol. 26, 1986, pp. 897-915.

GONDEK M., *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?*, Netherlands International Law Review, vol. III, 2005, pp. 349-387.

HAILBRONNER K., *Non-Refoulement and “Humanitarian Law” Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, Virginia Journal of International Law, vol 26, 1986, pp. 857-896.

HAREL A., SHARON A., *What is Really Wrong with Torture?*, Journal of International Criminal Justice, 2008, pp. 241-259.

HUNTER M., *The Failure of Self Reliance in Refugee Settlements*, Polis Journal (University of Leeds), v. 2, 2009, pp. 1-46.

JAEGER G., *A Succinct Evaluation of the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, a Seminar Paper, Stuttgart, 1980.*

JONES D. T., *Aliens Interdiction of Haitians on High Seas, Definition of “Return” under U.S. Statute, Extraterritorial Effect of Statute*, The American Journal of International Law, vol. 88, 1994, pp. 114-126.

JUMA D., *Lost (or Found) in Transition? The Anatomy of the New African Court of Justice and Human Rights*, Max Planck Yearbook of the United Nations, vol. 13, 2009, pp. 269-306.

KANAKO S., *Genuine Protection of International Refugees: A Study of the Influence of Western States on the Mandate of the UNHCR*, Asian Yearbook of International Law, vol. 11, 2003-2004, pp. 89-121.

KARAGIANNIS S., *Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'État de destination ou à des particuliers*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1999, vol. 1, pp. 33-88.

KOTZEVA A., MURRAY L., TAM R., *Article 3 of the European Convention on Human rights (prohibition of torture and inhuman or degrading treatment)*, in *Asylum and Human Rights Appeals Handbook*, Oxford, 2008, pp. 41-93.

KURUK P., *Asylum and the Non-Refoulement of Refugees: The Case of the Missing Shipload of Liberian Refugees*, Stanford Journal of International Law, vol. 35 n. 2, 1999, pp. 313-350.

LAMBERT H., *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, International and Comparative Law Quarterly, 1999, pp. 515-545.

– *The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 55, 2006, pp. 161-192.

– *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities*, Refugee Survey Quarterly, vol. 24, 2005, pp. 39-55.

LEVINET M., *L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1999, vol. 1, pp. 89-118.

LEWIS C., *UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution*, International Journal of Refugee Law, vol. 17, 2005, pp. 67-90.

LINDERFALK U., *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, The European Journal of International Law, 2007, vol. 18, pp. 853-871.

LORENZEN P., *Rifugiati, richiedenti asilo e profughi*, Rivista Internazionale dei Diritti Uomo, vol. 13, 2000, pp. 643-654.

MANCA L., *Voce Asilo. I) diritto internazionale* in Enciclopedia Giuridica Treccani, Postilla di aggiornamento, 2007.

– *Note sulla disciplina della protezione temporanea dei rifugiati nel quadro comunitario*, Affari sociali internazionali n. 3, 2001, pp. 83-98.

MARCHESI A., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 4, 1993, pp. 979-999.

MARTIN C., *The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System*, Leiden Journal of International Law, 2006, pp. 491-504.

MARTIN S.M., *Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations*, Harvard International Law Journal, vol. 23, 1983, pp. 357-380.

MARX R., *Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims*, International Journal of Refugee Law, vol. 7, 1995, pp. 383-406.

MAQUEDA ABREU M.L., *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XXXIX, fasc. II, 1986, pp. 423-485.

MCGLYNN C., *Rape, torture and the European Convention on Human Rights*, International and Comparative Law Quarterly, v. 58, part. 3, July 2009, pp. 565-595.

MOLE N., *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees from the Standpoint of the European Convention on Human Rights*, Human rights file n. 9, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 1997, pp. 5-59.

NANNINI C., *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 3, 2009, pp. 807-812.

NASCIMBENE B., *L'Unione europea di fronte all'afflusso eccezionale di persone provenienti dal Nord Africa. Una colpevole assenza?*, Documenti IAI (1105), 2011, pp. 2-6.

– *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione Europea*, Documenti IAI, 2009, pp. 1-5.

– *Il futuro della politica europea di asilo*, ISPI Working Paper, n. 25, 2008, pp.1-22.

– *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja*, Il diritto dell'Unione europea, vol. 2, 2008, pp. 433-442.

– *Diritto d'asilo e asilo umanitario. Prassi e norme nazionali*, Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1993, vol. 2, pp. 419-426.

OCELLO E., *La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito*, *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 1, 2009, pp. 87-104.

ORCHARD P., *Protection of Internally Displaced Persons: Soft Law as a Norm-generating mechanism*, *Review of International Studies*, vol. 2010, n. 36, pp. 281-303.

PALLIS M., *The Operations of UNHCR's Accountability Mechanism*, *International Law and Politics*, vol. 37, 2005, pp. 869-918.

PALMISANO G., *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 3, 2009, pp.509-539.

PARISI N., *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 45, 2009, n. 2, pp. 327-350.

PERLUSS D., HARTMAN J.F., *Temporary Refuge: Emergence of Customary Norm*, *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1986, pp. 551-626.

PIRRONE P., *Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'Unione europea: la sentenza della Corte di giustizia relative ai casi Kadi e Al Barakaat*, *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 3, 2009, pp. 55-84.

PISILLO MAZZESCHI R., *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 4, 2004, pp. 723-766.

PROCACCINI K.C., *Constructing the Right "Not to Be Made a Refugee" at the European and Interamerican Courts of Human Rights*, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 22, 2008, pp. 271-291.

OPUKU AWUKU E., *Refugee Movements in Africa and the OAU Convention on Refugees*, *Journal of African Law*, vol. 39 n. 1, 1995, pp. 79-86.

SACCUCCI A., *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una riflessione 'al ribasso' degli obblighi internazionali?*, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3, 2009, pp. 5-31.

– *Le misure provvisorie della Corte europea dei diritti umani nell'ambito della procedura di ricorso interstatale Georgia c. Russia*, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3, 2009, pp. 129-150.

SADRUDDIN A.K., *Legal Problems relating to Refugees and Displaced Persons*, Recueil des Cours, vol. 149, 1976, pp. 287-352.

SALERNO F., *Quale «comunità di diritto» per il signor Kadi?*, Rivista di diritto internazionale, fasc.1, 2009, pp. 110-116.

– *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 4, 2009, pp. 921-958.

SARANDREA L.V., *Duty and Requirements of State Agents to Investigate Credible Assertions of Torture, Inhuman or Degrading Treatment in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Rivista della cooperazione giuridica internazionale, anno IX, n. 31, gennaio-aprile 2009, pp. 134-141.

SAULLE M.R., *In merito alla possibilità di estradare un rifugiato politico perseguito per reato comune*, Rivista di diritto internazionale, fasc. LXIII, 1980, pp. 411-418.

– voce “*Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)*”, Enciclopedia del Diritto, vol. VI, 2002.

– *I diritti della famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Rivista di studi politici internazionali, vol. 71, n. 4, 2004, pp. 619-624.

SCOVAZZI T., *La tutela della vita umana in mare con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 1, 2005, pp. 106-120.

SIMEON J. C., *A Comparative Analysis of the Response of the UNHCR and Industrialized States to Rapidly Fluctuating Refugee Status and Asylum Applications: Lessons and Best Practices for RSD Systems Design and Administration*, International Journal of Refugee Law, v. 22, n. 1, pp. 72-103.

STOREY H., *EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?*, International Journal of Refugee Law, v. 20, n.1, 2008, pp. 1-49.

STOYANOVA V., *The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory*, Interdisciplinary Journal of Human Rights Law, vol. 3, 2008-2009, pp. 1-12.

STROZZI G., *Rifugiati e asilo politico nella legge n. 39 del 1990*, Rivista di diritto internazionale, fasc. 1, 1990, pp. 93-104.

TERRASI A., *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, Diritti umani e diritto internazionale, fasc. 3, 2009, pp. 591-607.

TONINI ALABISO L., *Estradizione di sospetti terroristi, violazioni di diritti fondamentali e assicurazioni diplomatiche: il caso Al-Moayad c. Germania*, Diritti umani e diritto internazionale, fasc. 1, 2008, pp. 155-160.

TREVISANUT S., *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, v. 12, 2008, pp. 205-246.

– *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, Diritti umani e diritto internazionale, fasc. 3, 2009, pp. 609-620.

– *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, Il diritto dell'Unione europea, v. 2, 2008, pp. 367-388.

TURK V., *UNHCR's Supervisory Responsibility*, Revue québécoise de droit International, vol. 14.1, 2002, pp. 136-158.

TWISS S. B., *Torture, Justification, and Human Rights: Toward an Absolute Proscription*, Human Rights Quarterly, vol. 29, 2007, pp. 346-367.

UDOMBANA N. J., *The Institutional Structure of the African Union: A Legal Analysis*, California Western International Law Journal, vol. 33, 2002, pp. 69-135.

– *Toward the African Court on Human and Peoples' Rights: Better Late than Ever*, Yale Human Rights and Development Law Journal, pp. 45-111.

UGARKOVIC B., *A Comparative Study of Social and Economic Rights of Asylum Seekers and Refugees in the United States and the United Kingdom*, Georgetown Immigration Law Journal, vol. 32, 2004, pp. 539-579.

ULLOM V., *Voluntary Repatriation of Refugees and Customary International Law*, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 29 n. 2, 2001, pp. 115-145.

VASSALLO PALEOLOGO F., *Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime*, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, n. 3, 2007, pp. 13-47.

VILLÁN DURÁN C., *La Convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el derecho internacional*, Revista española de derecho internacional, vol. XXXVII, n. 1, 1985, pp. 377-402.

VILLANUEVA SAINZ-PARDO P., *The Contemporary Relevance of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, The International Journal of Human Rights, vol. 6 n. 2, 2002, pp. 23-34.

WAGNER K., *UNHCR's Involvement in the Great Lakes Refugee Crisis*, Pace International Law Review, vol. 21, 2009, pp. 365-386.

WEIDLICH S., *First instance Asylum Proceedings in Europe: do bona fide refugees find protection?*, Georgetown Immigration Law Journal, vol. 14 n. 3, 2000, pp. 643-672.

WEIL P., *Towards Relative Normativity in International Law?*, The American Journal of International Law, vol. 77, 1983, pp. 413-442.

WEISSBRODT D., HÖRTREITER I., *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*, Buffalo Human Rights Law Review, vol. 5, 1999, pp. 1-73.

WELCHMAN L., *The Role of International Law and Human Rights in Peacemaking and Crafting Durable Solutions for Refugees: Comparative Comment*, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, vol. 9, 2002-2003, pp. 88-109.

WHITEMAN M. M., *Jus Cogens in International Law, with a Projected List*, Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 7, 1977, pp. 609-626.

WHITNEY K.M., *Does the European Convention on Human Rights Protect Refugees from «Safe» Countries?*, Georgetown Immigration Law Journal, vol. 26, 1997, pp. 375-404.

ZANGHÌ C., *La Convenzione Interamericana dei diritti dell'uomo*, Comunità (La) Internazionale, 1970, pp. 265-297.

ZIECK M., *Doomed to Fail from the Outset? UNHCR's Convention Plus Initiative Revisited*, International Journal of Refugee Law, v. 21, n. 3, pp. 387-420.