

UNIVERSITÀ «SAPIENZA» DI ROMA
FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE
Dottorato di ricerca in « Ordine Internazionale e Diritti Umani »

UNIVERSITÉ DE CARTHAGE (TUNIS II)
FACULTÉ DE SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES
Doctorat en « Sciences Juridiques »

SALVATORE FABIO NICOLSI

IL DIRITTO DI ASILO NELL'AREA EURO-MEDITERRANEA:
TRA SOVRANITÀ TERRITORIALE E DIRITTI UMANI

LE DROIT D'ASILE DANS LA RÉGION EURO-MÉDITERRANÉENNE :
ENTRE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE ET DROITS DE L'HOMME

حق اللجوء في المنطقة الأوروبية المتوسطية :
بين السيادة الإقليمية وحقوق الإنسان

Tesi di dottorato in cotutela / Thèse de doctorat en co-tutelle

Tesi diretta da / Thèse dirigée par
Madame la Professeure Lina PANELLA
Monsieur le Professeur Rafaâ BEN ACHOUR

ANNO ACCADEMICO 2009/2010

*«Non pas une mer, mais une succession de mers.
Non pas une civilisation, mais plusieurs civilisations superposées...
La Méditerranée est un carrefour antique.
Depuis des millénaires, tout conflue vers cette mer,
bouleversant et enrichissant son histoire».*

Fernand BRAUDEL
La Méditerranée – L'Espace et l'histoire,
Tome I, Paris, 1977-1978.

SALVATORE FABIO NICOLSI
IL DIRITTO DI ASILO NELL'AREA EURO-MEDITERRANEA:
TRA SOVRANITÀ TERRITORIALE E DIRITTI UMANI

INDICE

INTRODUZIONE E PREMESSA METODOLOGICA

p. 1

PARTE I

IL DIRITTO DI ASILO NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE:
PROFILI NORMATIVI E SVILUPPI DELLA PRASSI

Capitolo Primo

**IL DIRITTO DI ASILO
NEL TRADIZIONALE ASSETTO DELLA SOVRANITÀ TERRITORIALE:
CONCETTO TEORICO E CONTESTO OPERATIVO**

1.1. Il diritto di asilo nella comunità internazionale: profili storico-evolutivi	p. 10
1.1.1. <i>L'origine del concetto di asilo e l'evoluzione nella prassi delle antiche comunità mediterranee</i>	p. 12
1.1.2. <i>L'affermazione della nozione di asilo nella dottrina della moderna comunità internazionale</i>	p. 15
1.1.2.a. Il diritto di asilo come corollario del principio di sovranità territoriale	p. 20
1.1.2.b. Il diritto di asilo come corollario del principio del trattamento degli stranieri	p. 23
1.2. Il diritto di asilo nel contesto delle migrazioni internazionali: fattori causali	p. 27
1.2.1. <i>Il fenomeno degli esodi di massa nel diritto internazionale</i>	p. 32
1.2.2. <i>La ricostruzione di un'eventuale responsabilità internazionale dello Stato di origine degli esodi di massa</i>	p. 37
1.2.3. <i>La presunta sussistenza di un diritto alla riparazione per lo Stato di destinazione degli esodi di massa</i>	p. 43
1.3. Le fattispecie giuridiche del diritto di asilo: rilievi semantici e concettuali	p. 47
1.3.1. <i>L'istituto dell'asilo politico territoriale</i>	p. 48
1.3.2. <i>L'asilo diplomatico o extraterritoriale</i>	p. 51
1.3.2.a. «Boat People», soccorso in mare e asilo concesso sulle navi	p. 55
1.3.2.b. L'asilo presso le sedi di organizzazioni internazionali: tra dovere umanitario e abuso dei privilegi	p. 60
1.3.3. <i>L'asilo e il soggiorno provvisorio per motivi umanitari</i>	p. 61
1.4. I limiti di natura internazionale interposti alla concessione dell'asilo	p. 64
1.4.1. <i>L'esclusione degli individui che rappresentino una minaccia alla sicurezza dello Stato territoriale: il caso dei sospettati terroristi</i>	p. 65

1.4.2. <i>L'eventuale responsabilità internazionale dello Stato di rifugio per le attività illecite dei richiedenti asilo</i>	p. 68
1.4.3. <i>L'esclusione dal beneficio dell'asilo per i responsabili di crimini internazionali e l'eventuale protezione condizionata</i>	p. 72
1.4.4. <i>Estradizione e abuso del diritto di asilo: il caso 'Cesare Battisti'</i>	p. 75
1.5. La crisi del diritto di asilo nell'ordinamento internazionale contemporaneo	p. 82
CADRE DE SYNTHÈSE	p. 85

Capitolo Secondo

L'AFFERMAZIONE DI UN EVENTUALE DIRITTO UMANO ALL'ASILO NELLA PRASSI CONVENZIONALE UNIVERSALE E REGIONALE

2.1. I tentativi di codificazione del diritto di asilo nell'ordinamento internazionale	p. 86
2.2. Il diritto di asilo nella prospettiva normativa universale delle Nazioni Unite	p. 90
2.2.1. <i>La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e il primo riconoscimento del diritto individuale di cercare e ottenere asilo</i>	p. 91
2.2.2. <i>Un diritto 'incompiuto': il difficile percorso di regolamentazione del diritto di asilo nell'attività normativa delle Nazioni Unite</i>	p. 96
2.3. Il diritto di asilo nel sistema internazionale di protezione dei rifugiati	p. 101
2.3.1. <i>I rifugiati come categoria privilegiata di richiedenti asilo</i>	p. 103
2.3.1.a. <i>L'incidenza del concetto di persecuzione sull'attribuzione di un diritto umano all'asilo</i>	p. 107
2.3.2.b. <i>Il principio di non-refoulement come fondamento di un presunto diritto fondamentale all'asilo</i>	p. 112
2.3.2. <i>Il diritto di asilo e l'esigenza di attualizzazione del sistema internazionale di protezione dei rifugiati</i>	p. 121
2.3.2.a. <i>Il diritto di asilo nella prassi dell'UNHCR</i>	p. 122
2.3.2.b. <i>L'affermazione di un diritto di asilo fondato sulla sussistenza di rischi di natura economica o ambientale</i>	p. 127
2.4. Il diritto di asilo nella dimensione regionale: tra istanze innovatrici e tutela giurisdizionale dei diritti umani	p. 130
2.4.1. <i>L'attività del Consiglio d'Europa nell'affermazione di un diritto umano all'asilo</i>	p. 133
2.4.2. <i>Il diritto di asilo nell'interpretazione giurisprudenziale della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali</i>	p. 136
2.4.2.a. <i>Il paradigma sancito nel caso Soering e la protezione sottesa all'art. 3 CEDU</i>	p. 139
2.4.2.b. <i>Diritto di asilo e rispetto della vita privata e familiare: la rilevanza dell'art. 8 CEDU</i>	p. 143
2.4.2.c. <i>Garanzie procedurali e detenzione dei richiedenti asilo</i>	p. 145
2.5. L'affermazione di un diritto all'asilo nella giurisprudenza degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani	p. 150
CADRE DE SYNTHÈSE	p. 153

PARTE II

IL DIRITTO DI ASILO NELL'AREA EURO-MEDITERRANEA

Capitolo Terzo

LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO COME «*SELF-CONTAINED REGIME*» NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE: COMPATIBILITÀ E DIVERGENZE

- 3.1 Regime internazionale di asilo e contesto europeo: prolegomeni alla teoria dei «*self-contained regimes*»** p. 157
- 3.2 Le origini della Cooperazione Politica Europea in materia di asilo ed il «*laboratorio di Schengen*»** p. 161
- 3.2.1. *Le strutture della cooperazione intergovernativa in materia di asilo e immigrazione* p. 163
- 3.2.2. *Il diritto di asilo nel sistema di Schengen e il paradigma delle “aree d'integrazione differenziata”* p. 166
- 3.2.3. *La Convenzione di Dublino del 1990 e l'impatto del “one-chance-only principle” sui diritti dei richiedenti asilo* p. 170
- 3.3. Il graduale processo di ‘comunitarizzazione’ del diritto di asilo nell’ordinamento giuridico dell’Unione Europea** p. 175
- 3.3.1. *Il regime ‘passerella’ previsto dal Titolo VI del Trattato di Maastricht sull’Unione Europea* p. 176
- 3.3.1.a. Preliminari rilievi di (in)compatibilità con il regime internazionale: la posizione comune del Consiglio sulla definizione armonizzata della nozione di rifugiato. p. 178
- 3.3.2. *Il Titolo IV del Trattato di Amsterdam e la ‘comunitarizzazione’ dell’acquis sul diritto di asilo* p. 181
- 3.3.2.a. *La compatibilità delle ‘misure minime’ in materia di asilo con il diritto internazionale* p. 184
- 3.3.2.b. *L’applicazione differenziata del Titolo IV e il principio di flessibilità* p. 190
- 3.3.3. *La cittadinanza europea come status giuridico discriminante per la richiesta di asilo nell’Unione Europea* p. 192
- 3.3.4. *I diritti dei richiedenti asilo nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”* p. 199
- 3.4. Il diritto di asilo nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea** p. 203
- 3.5. Breve esame delle disposizioni costituzionali di alcuni Stati membri dell’UE da cui emergerebbe un diritto individuale all’asilo** p. 209
- 3.6. La normativa comunitaria sul diritto di asilo e il rispetto degli standard internazionali** p. 214
- 3.6.1. *Il Consiglio europeo di Tampere e la definizione di un «sistema europeo comune di asilo»* p. 215
- 3.6.2. *Lo Stato responsabile dell’esame di una domanda di asilo tra clausola di sovranità e protezione dei diritti umani* p. 220
- 3.6.3. *Il sistema ‘EURODAC’ e la tutela dei dati personali dei richiedenti asilo* p. 229
- 3.6.4. *Accoglienza dei richiedenti asilo e determinazione della protezione internazionale: tra innovazioni e regime internazionale classico* p. 231
- 3.6.4.a. *Definizione delle condizioni di accoglienza e protezione dei diritti umani* p. 232
- 3.6.4.b. *Il diritto di asilo e la definizione dello status di rifugiato nell’UE* p. 236
- 3.6.4.c. *L’istituto ‘umanitario’ della protezione sussidiaria negli sviluppi della prassi* p. 242

3.6.4.d. La protezione temporanea e la tutela dei diritti fondamentali in caso di esodi di massa	p. 248
3.6.5. <i>I diritti procedurali dei richiedenti asilo nel sistema comune europeo</i>	p. 250
3.7. L'avvio della seconda fase di sviluppo di un sistema europeo comune di asilo	p. 257
3.7.1. <i>Dall'Aja a Stoccolma: il rilancio dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia</i>	p. 259
3.7.2. <i>Il cantiere della Commissione sul diritto di asilo: le riforme proposte sulla legislazione in vigore</i>	p. 263
3.7.2.a. La revisione dei regolamenti 'Dublino II' e 'EURODAC'	p. 264
3.7.2.b. Le modifiche proposte alle Direttive di armonizzazione minima	p. 267
3.8. I nuovi standard di protezione in materia di asilo previsti dal trattato di Lisbona	p. 276
CADRE DE SYNTHÈSE	p. 279

Chapitre Quatrième

LE DROIT D'ASILE DANS LE BASSIN DE LA MÉDITERRANÉE : ENTRE RÉGIMES CONVENTIONNELS ÉMERGENTS ET ACCORDS BILATÉRAUX ENTRE ÉTATS

4.1. Les migrations dans le dialogue euro-méditerranéen et la problématique de l'asile	p. 283
4.2. L'évolution d'un droit de l'homme à l'asile dans le régime conventionnel africain de protection des réfugiés	p. 287
4.2.1. <i>La conception de l'asile dans la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des Réfugiés en Afrique</i>	p. 289
4.2.1.a. L'extension de la notion de « réfugié »	p. 289
4.2.1.b. L'interprétation controversée du droit d'asile	p. 290
4.2.2. <i>Le droit d'asile dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et l'apport de la jurisprudence de la Commission Africaine à son interprétation</i>	p. 292
4.3. Le droit d'asile dans la tradition islamique et les textes arabes sur les droits de l'homme et des réfugiés	p. 296
4.3.1. <i>Le droit d'asile entre shari'ah et droit international</i>	p. 297
4.3.2. <i>L'action de la Ligue des États Arabes dans le domaine de l'asile</i>	p. 299
4.3.2.a. La Convention arabe sur le statut des réfugiés dans les États arabes	p. 300
4.3.2.b. Le droit d'asile dans la Nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme	p. 301
4.3.3. <i>Les séminaires des experts arabes dans le domaine de l'asile</i>	p. 302
4.4. Le droit d'asile dans la pratique conventionnelle Euro-méditerranéenne : entre tendance à l'externalisation et devoir de non-refoulement	p. 303
4.4.1. <i>Le processus d'externalisation du droit d'asile</i>	p. 304
4.4.1.a. La règle du « Pays Sûr » comme hypothèse limitative du droit d'asile	p. 306
4.4.1.b. La compatibilité des accords de réadmission avec le droit d'asile	p. 308
4.4.2. <i>Le droit d'asile dans les accords bilatéraux entre États de la Méditerranée</i>	p. 311
4.4.2.a. Les accords entre l'Italie et la Tunisie et l'Affaire Saadi	p. 313
4.4.2.b. Les accords entre l'Italie et la Lybie et le cas de Lampedusa	p. 319
4.5. Tendances de développement d'un droit de l'homme à l'asile dans la région euro-méditerranéenne	p. 323

CONCLUSIONI:

Verso l'affermazione di un diritto umano all'asilo nella regione euro-mediterranea

p. 327

INDICE NORMATIVO E GIURISPRUDENZA RILEVANTE

p. 331

INDICE BIBLIOGRAFICO

p. 340

SALVATORE FABIO NICOLSI

سالفاتوري فابيو نيكولوسي

LE DROIT D'ASILE DANS LA REGION EURO-MEDITERRANEENNE:

ENTRE SOUVERAINETE TERRITORIALE ET DROITS DE L'HOMME

حق اللجوء في المنطقة الأوروبية المتوسطية

بين السيادة الإقليمية وحقوق الإنسان

TABLE DES MATIERES

جدول المواضيع

INTRODUCTION ET PREFACE METHODOLOGIQUE

مقدمة

p. 1

PARTIE I

الجزء 1

LE DROIT D'ASILE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE INTERNATIONAL :

PROFILS NORMATIFS ET EVOLUTIONS PRATIQUES

حق اللجوء في النظام القانوني الدولي

معالم قانونية وتطورات عملية

Chapitre Premier

القسم الأول

LE DROIT D'ASILE

DANS LE CADRE TRADITIONNEL DE LA SOUVERAINETÉ TERRITORIALE

حق اللجوء

في الإطار التقليدي للسيادة الإقليمية

1.1. Le droit d'asile dans la communauté internationale : approches historique-évolutives

حق اللجوء في المجموعة الدولية: مقاربات تاريخية متطورة

p. 10

1.1.1. *L'origine et l'évolution de la notion d'asile dans la pratique des antiques communautés Méditerranéennes*

نشأة وتطور مفهوم اللجوء في المجتمعات المتوسطية القديمة

p. 12

1.1.2. *L'affirmation de la notion d'asile dans la doctrine de la communauté internationale moderne*

تكريس مفهوم اللجوء في فقه المجموعة الدولية المعاصر

p. 15

1.1.2.a. Le droit d'asile en tant que corollaire du principe de la souveraineté territoriale

حق اللجوء كإلزام لمبدأ السيادة الإقليمية

p. 20

1.1.2.b. Le droit d'asile en tant que corollaire du principe du traitement des étrangers

حق اللجوء كإلزام لمبدأ معاملة الأجانب

p. 23

1.2. Le droit d'asile dans le contexte des migrations internationales: facteurs de causalité

حق اللجوء في سياق الهجرات الدولية: عوامل السببية

p. 27

1.2.1. *Le phénomène des exodes massifs en droit international*

ظاهرة النزوح الجماعي في القانون الدولي

p. 32

1.2.2. <i>La reconstruction d'une éventuelle responsabilité internationale de l'Etat d'origine des flux de réfugiés</i> <i>بناء مسؤولية دولية محتملة للدولة مصدر موجات المهاجرين</i>	p. 37
1.2.3. <i>L'existence d'un droit à la réparation pour l'État de destination des flux de réfugiés</i> <i>وجود الحق في التعويض لفائدة الدولة المستقبلة لموجات المهاجرين</i>	p. 43
1.3. Les catégories juridiques du droit d'asile: profils sémantiques et conceptuels الأصناف القانونية لحق اللجوء: معالم سيميائية واصطلاحية	p. 47
1.3.1. <i>L'asile territorial et politique</i> <i>اللجوء الإقليمي والسياسي</i>	p. 48
1.3.2. <i>L'asile extraterritorial ou diplomatique</i> <i>اللجوء عبر-الإقليمي أو الدبلوماسي</i>	p. 51
1.3.2.a. « Boat People », secours à la mer et asile octroyé à bord des navires <i>"لاجئو القوارب"، النجدة في البحر واللجوء الممنوح على ظهر السفن</i>	p. 55
1.3.2.b. <i>L'asile auprès des organisations internationales: entre devoir humanitaire et abus des privilèges</i> <i>اللجوء لدى المنظمات الدولية: بين الواجب الإنساني والإفراط في أعمال الامتيازات</i>	p. 60
1.3.3. <i>L'asile et le séjour pour raisons humanitaires</i> <i>اللجوء والإقامة لأسباب إنسانية</i>	p. 61
1.4. Les limites de nature internationale interposées à l'octroi de l'asile الحدود ذات الطبيعة الدولية لمنح اللجوء	p. 64
1.4.1. <i>L'exclusion des personnes qui constituent une menace pour la sécurité territoriale de l'Etat: le cas de personnes soupçonnées de terrorisme</i> <i>إقصاء الأشخاص الذين يشكلون تهديدا للسلامة الإقليمية للدولة: حالة الأشخاص المشتبهين بالإرهاب</i>	p. 65
1.4.2. <i>La responsabilité internationale de l'Etat de refuge pour des activités illégales des demandeurs d'asile</i> <i>المسؤولية الدولية لدولة اللجوء بسبب الأنشطة الغير قانونية لطالبي اللجوء</i>	p. 68
1.4.3. <i>L'exclusion du droit d'asile pour les responsables de crimes internationaux et la possible protection conditionnée</i> <i>إقصاء حق اللجوء بالنسبة لمرتكبي الجرائم الدولية وإمكانية الحماية المشروطة</i>	p. 72
1.4.4. <i>Extradition et abus du droit d'asile : le cas « Cesare Battisti »</i> <i>التسليم والتعسف في حق اللجوء: حالة "تسيزاري باتيستي"</i>	p. 75
1.5. La crise du droit d'asile dans le système international contemporain أزمة حق اللجوء في النظام الدولي المعاصر	p. 82
CADRE DE SYNTHÈSE مُوجَز	p. 85

Chapitre Deuxième القسم الثاني

L’AFFIRMATION D’UN POSSIBLE DROIT DE L’HOMME À L’ASILE DANS LA PRATIQUE CONVENTIONNELLE UNIVERSELLE ET RÉGIONALE

التأكيد على حق محتمل للإنسان في اللجوء في الممارسة المعاهدتية الدولية والإقليمية

2.1. <i>Les tentatives de codification du droit d'asile dans le système juridique international</i> <i>محاولات تدوين حق اللجوء في النظام القانوني الدولي</i>	p. 86
2.2. <i>Le droit d'asile dans la perspective normative universelle des Nations Unies</i> <i>حق اللجوء من منظور التقنين الدولي للأمم المتحدة</i>	p. 90
2.2.1. <i>La Déclaration universelle des droits de l'homme et la première reconnaissance du droit individuel à rechercher et à bénéficier de l'asile</i> <i>الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأول اعتراف بحق فردي لطلب اللجوء والحصول عليه</i>	p. 91

2.2.2. Un droit « imparfait »: le difficile chemin de la réglementation du droit d'asile dans l'activité normative des Nations Unies	
<i>حق "غير مكتمل": الطريق الصعب لتقنين حق اللجوء في النشاط التقني للأمم المتحدة</i>	p. 96
2.3. Le droit d'asile dans le système international de protection des réfugiés	
حق اللجوء في النظام الدولي لحماية اللاجئين	p. 101
2.3.1. Les réfugiés en tant que catégorie privilégiée de demandeurs d'asile	
<i>اللاجئون كصنف متميز من طالبي اللجوء</i>	p. 103
2.3.1.a. L'incidence de la notion de persécution sur l'attribution d'un droit de l'homme à l'asile	
<i>تأثير مفهوم الاضطهاد على منح حق الإنسان في اللجوء</i>	p. 107
2.3.2.b. Le principe de non-refoulement en tant que base d'un droit fondamental à l'asile	
<i>مبدأ عدم صد المهاجرين كأساس لحق أساسي في اللجوء</i>	p. 112
2.3.2. Le droit d'asile et la nécessité de mettre à jour le système international de protection des réfugiés	
<i>حق اللجوء وضرورة تحيين المنظومة الدولية لحماية المهاجرين</i>	p. 121
2.3.2.a. Le droit d'asile dans la pratique du HCR	
<i>حق اللجوء في ممارسة المفوضية العليا للاجئين</i>	p. 122
2.3.2.b. L'affirmation d'un droit d'asile fondée sur l'existence de risques économiques ou environnementaux	
<i>تأكيد حق اللجوء المرتكز على وجود أخطار اقتصادية أو بيئية</i>	p. 127
2.4. Le droit d'asile dans la dimension régionale entre innovations et tutelle judiciaire des droits de l'homme	
حق اللجوء في البعد الإقليمي بين التجديد والإشراف القضائي لحقوق الإنسان	p. 130
2.4.1. L'activité du Conseil de l'Europe dans l'affirmation d'un droit de l'homme à l'asile	
<i>نشاط مجلس أوروبا في سبيل تأكيد حق الإنسان في اللجوء</i>	p. 133
2.4.2. Le droit d'asile dans l'interprétation de la jurisprudence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	
<i>حق اللجوء في التأويل القه قضائي للمعاهدة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية</i>	p. 136
2.4.2.a. Le paradigme énoncé dans l'affaire Soering et la protection selon l'article 3 de la CEDH	
<i>المبدأ المنصوص عليه في قضية سورينغ والحماية طبقاً للفصل 3 من المعاهدة الأوروبية</i>	p. 139
2.4.2.b. Droit d'asile et respect de la vie privée et familiale: l'article 8 de la CEDH	
<i>حق اللجوء واحترام الحياة الشخصية والعائلية: الفصل 8 من المعاهدة الأوروبية</i>	p. 143
2.4.2.c. Garanties procédurales et détention des demandeurs d'asile	
<i>الضمانات الإجرائية واحتجاز طالبي اللجوء</i>	p. 145
2.5. L'affirmation d'un droit de l'homme à l'asile dans la jurisprudence des organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme	
تكريس اللجوء كحق من حقوق الإنسان في فقه قضاء أجهزة مراقبة المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان	p. 150
CADRE DE SYNTHÈSE	
مؤجز	p. 153

LE DROIT D'ASILE DANS LA RÉGION EURO-MÉDITERRANÉENNE
حق اللجوء في المنطقة الأوروبية المتوسطية

Chapitre Troisième

القسم الثالث

LA CONSTRUCTION D'UN SYSTÈME EUROPÉEN COMMUN D'ASILE
EN TANT QUE « *SELF-CONTAINED REGIME* » DANS L'ORDRE JURIDIQUE
INTERNATIONAL: COMPATIBILITÉS ET DIFFÉRENCES

بناء منظومة أوروبية مشتركة للجوء كنظام «مكتف بنفسه»
في النظام القانوني الدولي: نقاط التلاؤم والاختلاف

- 3.1 Régime international d'asile et contexte européen: prolégomènes à la théorie des «*self-contained regimes*»
النظام الدولي للجوء والسياق الأوروبي: مقدمة حو نظرية «الأنظمة المكتفية بذاتها» p. 157
- 3.2 Les origines de la coopération politique européenne dans le domaine de l'asile et le «*laboratoire de Schengen* »
أسس التنسيق السياسي الأوروبي في ميدان اللجوء و"مختبر شانغان" p. 161
- 3.2.1. Les structures de la «*coopération intergouvernementale*» en matière d'asile et d'immigration
هياكل التنسيق بين الحكومات في ميدان اللجوء والهجرة p. 163
- 3.2.2. Le droit d'asile dans le «*système de Schengen* » et le paradigme des «*zones d'intégration différenciée* ».
حق اللجوء في "منظومة شانغان" ومبدأ "مناطق الدمج المحيثة" p. 166
- 3.2.3. La Convention de Dublin de 1990 et l'impact du «*one-chance only principle* » sur les droits des demandeurs d'asile
معاهدة دابلين لسنة 1990 وتأثير "الفرصة الواحدة كمبدأ وحيد" على حقوق طالبي اللجوء p. 170
- 3.3. La communautarisation progressive du droit d'asile dans le système juridique de l'Union européenne
التدرج نحو مقارنة مجموعياتة لحق اللجوء في النظام القانوني للإتحاد الأوروبي p. 175
- 3.3.1. Le régime de «*passerelle*» prévue par le titre VI du traité de Maastricht sur l'Union européenne
نظام "الروابط" المنصوص عليه بالعنوان 6 من معاهدة ماستريخت حول الإتحاد الأوروبي p. 176
- 3.3.1.a. Considérations préliminaires sur la compatibilité avec le régime international: la Position commune du Conseil sur la définition harmonisée de réfugié.
مسائل أولية حول التلاؤم مع المنظومة الدولية: الموقف المشترك للمجلس حول التعريف الموحد للاجئ p. 178
- 3.3.2. Le Titre IV du traité d'Amsterdam et la communautarisation de l'acquis en matière d'asile
العنوان 4 من معاهدة أمستردام والإتجاه نحو مقارنة مجموعياتة للمكتسبات في ميدان اللجوء p. 181
- 3.3.2.a. La compatibilité des «*mesures minimales* » en matière d'asile avec le droit international
تلاؤم "الإجراءات الدنيا" في ميدان اللجوء مع القانون الدولي p. 184
- 3.3.2.b. L'application différenciée du Titre IV et le principe de flexibilité
الاختلاف في تطبيق العنوان 4 ومبدأ المرونة p. 190
- 3.3.3. La citoyenneté européenne en tant que statut juridique pour discriminer la demande d'asile dans l'UE
المواطنة الأوروبية كنظام قانوني للتمييز في خصوص طلب اللجوء داخل الإتحاد الأوروبي p. 192

3.3.4. <i>Les droits des demandeurs d'asile dans « l'espace de liberté, sécurité et justice »</i> <i>حقوق طالبي اللجوء في "فضاء الحرية، الأمن و العدالة"</i>	p. 199
3.4. Le droit d'asile dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne حق اللجوء في ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي	p. 203
3.5. Un bref examen des dispositions constitutionnelles de certains États membres de l'UE qui exposent un droit individuel à l'asile مراجعة لمواد دستورية لبعض دول الإتحاد الأوروبي المنظمة للحق الفردي في اللجوء	p. 209
3.6. La législation communautaire en matière d'asile et le respect des normes internationales تشريع المجموعة الأوروبية في ميدان اللجوء واحترام القواعد الدولية	p. 214
3.6.1. <i>Le Conseil européen de Tampere et la mise en place d'un système européen commun d'asile</i> <i>المؤتمر الأوروبي بتامبير وتكريس منظومة أوروبية مشتركة للجوء</i>	p. 215
3.6.2. <i>L'État responsable de l'examen d'une demande d'asile entre clause de souveraineté et protection des droits humains</i> <i>الدولة المسؤولة على النظر في طلب اللجوء بين السيادة وحماية الحقوق الإنسانية</i>	p. 220
3.6.3. <i>«Eurodac» et la protection des données personnelles des demandeurs d'asile</i> <i>"أوروداك" وحماية المعطيات الشخصية لطالبي اللجوء</i>	p. 229
3.6.4. <i>Accueil des demandeurs d'asile et détermination de la protection internationale: entre innovation et régime international classique</i> <i>استقبال طالبي اللجوء وتحديد الحماية الدولية: بين التجديد والنظام الدولي التقليدي</i>	p. 231
3.6.4.a. <i>Définition des conditions d'accueil et protection des droits de l'homme</i> <i>تعريف شروط الاستقبال وحماية حقوق الإنسان</i>	p. 232
3.6.4.b. <i>Le droit d'asile et la détermination du statut de réfugié dans l'UE</i> <i>حق اللجوء وتحديد وضع اللاجئ في الإتحاد الأوروبي</i>	p. 236
3.6.4.c. <i>Le caractère «humanitaire» de la protection subsidiaire dans les développements pratiques</i> <i>الطابع الإنساني للحماية التكميلية في التطورات العملية</i>	p. 242
3.6.4.d. <i>La protection temporaire des réfugiés et des déplacés</i> <i>الحماية الوقتية للاجئين والمهجرين</i>	p. 248
3.6.5. <i>Les droits procéduraux des demandeurs d'asile dans le système européen commun</i> <i>الحقوق الإجرائية لطالبي اللجوء في المنظومة الأوروبية المشتركة</i>	p. 250
3.7. Le début de la deuxième phase de développement d'un système européen commun d'asile بداية المرحلة الثانية من تطوير منظومة أوروبية مشتركة للجوء	p. 257
3.7.1. <i>De la Haye à Stockholm: Le renouveau de l'espace de liberté, de sécurité et de justice</i> <i>من لاهاي إلى ستوكهولم: تجديد فضاء الحرية، الأمن و العدالة</i>	p. 259
3.7.2. <i>Les réformes proposées par la Commission et la législation à venir</i> <i>الإصلاحات المقترحة من اللجنة والتشريع المستقبلي</i>	p. 263
3.7.2.a. <i>La révision du règlement «Dublin II» et «Eurodac»</i> <i>مراجعة الأمر "دابلن 2" و "أوروداك"</i>	p. 264
3.7.2.b. <i>La modification proposée à l'harmonisation minimale</i> <i>التنقيح المقترح للحد الأدنى من الإنسجام</i>	p. 267
3.8. Les nouvelles normes de protection du droit d'asile en vertu du traité de Lisbonne القواعد الجديدة لحماية حق اللجوء طبقا لمعاهدة لشبونة	p. 276
CADRE DE SYNTHÈSE مؤجز	p. 279

LE DROIT D'ASILE DANS LE BASSIN DE LA MÉDITERRANÉE :
ENTRE RÉGIMES CONVENTIONNELS ÉMERGENTS
ET ACCORDS BILATÉRAUX ENTRE ÉTATS

حق اللجوء في حوض المتوسط:
بين الأنظمة المعاهدتية الناشئة والإتفاقيات الثنائية بين الدول

- 4.1. Les migrations dans le dialogue euro-méditerranéen et la problématique de l'asile
الهجرات في إطار الحوار الأوروبي – المتوسطي وإشكالية اللجوء p. 283
- 4.2. L'évolution d'un droit de l'homme à l'asile dans le régime conventionnel africain de protection des réfugiés
تطور حق الإنسان في اللجوء في النظام المعاهداتي الإفريقي لحماية اللاجئين p. 287
- 4.2.1. La conception de l'asile dans la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des Réfugiés en Afrique
تصور اللجوء في معاهدة منظمة الوحدة الإفريقية المنظمة للجوانب الخاصة بإشكالات اللاجئين في إفريقيا p. 289
- 4.2.1.a. L'extension de la notion de « réfugié »
توسع مفهوم "اللاجئ" p. 289
- 4.2.1.b. L'interprétation controversée du droit d'asile
التأويل الإشكالي لحق اللجوء p. 290
- 4.2.2. Le droit d'asile dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et l'apport de la jurisprudence de la Commission Africaine à son interprétation
حق اللجوء في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وإضافة فقه قضاء اللجنة الإفريقية لتأويله p. 292
- 4.3. Le droit d'asile dans la tradition islamique et les textes arabes sur les droits de l'homme et des réfugiés
حق اللجوء في التقاليد الإسلامية والنصوص العربية لحقوق الإنسان واللاجئين p. 296
- 4.3.1. Le droit d'asile entre shari'ah et droit international
حق اللجوء بين الشريعة والقانون الدولي p. 297
- 4.3.2. L'action de la Ligue des États Arabes dans le domaine de l'asile
نشاط جامعة الدول العربية في ميدان اللجوء p. 299
- 4.3.2.a. La Convention arabe sur le statut des réfugiés dans les États arabes
المعاهدة العربية حول وضع اللاجئين في الدول العربية p. 300
- 4.3.2.b. Le droit d'asile dans la Nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme
حق اللجوء في الميثاق العربي الجديد لحقوق الإنسان p. 301
- 4.3.3. Les séminaires des experts arabes dans le domaine de l'asile
ندوات الخبراء العرب في مجال اللجوء p. 302
- 4.4. Le droit d'asile dans la pratique conventionnelle Euro-méditerranéenne : entre tendance à l'externalisation et devoir de non-refoulement
حق اللجوء في الممارسة المعاهداتية الأورو-متوسطية: بين النزعة نحو التخارجية وواجب عدم الصد p. 303
- 4.4.1. Le processus d'externalisation du droit d'asile
تخارجية حق اللجوء محل تساؤل p. 304
- 4.4.1.a. La règle du « Pays Sûr » comme hypothèse limitative du droit d'asile
قاعدة "البلد الآمن" كحالة للحد من حق اللجوء p. 306
- 4.4.1.b. La compatibilité des accords de réadmission avec le droit d'asile
تلاؤم إتفاقيات إعادة الإدماج مع حق اللجوء p. 308
- 4.4.2. Le droit d'asile dans les accords bilatéraux entre États de la Méditerranée
حق اللجوء في الإتفاقيات الثنائية بين دول المتوسط p. 311

4.4.2.a. Les accords entre l'Italie et la Tunisie et l' <i>Affaire Saadi</i> الاتفاقيات بين تونس وإيطاليا وقضية سعدي	p. 313
4.4.2.b. Les accords entre l'Italie et la Lybie et le cas de Lampedusa الإتفاقيات بين إيطاليا وليبيا و حالة لامبيدوزا	p. 319
4.5. Tendances de développement d'un droit de l'homme à l'asile dans la région euro-méditerranéenne اتجاهات تطور حق اللجوء في المنطقة الأوروبية-المتوسطية	p. 323

CONCLUSIONS:

خاتمة

Vers l'affirmation d'un droit de l'homme à l'asile dans la région euro-méditerranéenne

نحو تكريس حق اللجوء كحق من حقوق الإنسان في المنطقة الأوروبية-المتوسطية

p. 327

TEXTES NORMATIFS ET JURISPRUDENCE

نصوص قانونية وفقه قضاء

p. 331

BIBLIOGRAPHIE

قائمة المراجع

p. 340

INTRODUZIONE

E PREMESSA METODOLOGICA

*«We believe that human rights transcend boundaries
and must prevail over State sovereignty».*

José RAMOS-HORTA
Premio Nobel per la Pace
Nobel Lecture, 10 Dicembre 1996

Da sempre il Mediterraneo con il suo inestricabile intreccio di culture e civiltà ha rappresentato l'epicentro di fenomeni suscettibili di regolamentazione secondo il diritto internazionale. In particolare, la regione euro-mediterranea¹, costituita dagli Stati coinvolti nel processo d'integrazione europea e dai Paesi del bacino meridionale del Mediterraneo, risente dei continui flussi migratori, che hanno riportato in evidenza la necessità di strutturare in un contesto normativo più efficace e specifico il sistema di tutela dei rifugiati ed inquadrare geograficamente la conformazione giuridica del diritto di asilo.

L'evoluzione della comunità internazionale, attualmente, sembra alternare dei confortanti slanci di tipo progressista verso una più ampia protezione dei diritti dell'uomo a delle brusche ricadute nell'alveo della tradizionale concezione della sovranità territoriale dello Stato. In una fase caratterizzata da un approccio sempre più restrittivo all'ammissione di cittadini stranieri entro i confini dello Stato e da espulsioni sommarie e collettive, quale sarebbe la portata da attribuire al secolare istituto dell'asilo?

Se, da una parte, il diritto di asilo rientra tra i poteri statali di regolare liberamente l'ingresso e il soggiorno di cittadini stranieri sul proprio territorio, configurandosi come un corollario della sovranità territoriale, nell'ottica dell'individuo costituirebbe un mezzo di garanzia dei diritti fondamentali. Da questo dilemma tra interesse statale e diritti individuali intende muovere la presente ricerca, al fine di rintracciare un possibile equilibrio tra la protezione della sicurezza

¹ L'espressione 'regione internazionale', mutuata dal linguaggio delle Relazioni Internazionali e della Geopolitica, si riferisce a «un insieme di Stati definiti fisicamente», cfr. ATTINÀ, *Il sistema politico globale: introduzione alle relazioni internazionali*, Milano-Bari, Laterza, 2003, p. 100 ss.

nazionale e la tutela dei diritti umani in una delle regioni internazionali più interessate da fenomeni migratori ed esodi di massa.

L'evoluzione del diritto internazionale contemporaneo sembrerebbe caratterizzata da una tendenza quasi inevitabile alla frammentazione, interpretata dalla stessa Commissione di diritto internazionale (CDI) come una disgregazione dell'organicità strutturale², i cui presupposti traggono origine dalle contrastanti pressioni che la comunità internazionale è costretta a metabolizzare, talvolta caoticamente, anche sul piano normativo.

Concepito come ordinamento della società globale, il diritto internazionale ha ultimamente assunto come poli di orientamento due direttrici divergenti. Da una parte l'emergenza della minaccia terroristica ha catalizzato un esasperato e pressoché generalizzato recupero della sovranità dello Stato, intesa come necessità di proteggere l'integrità territoriale da ogni eventuale sintomo di sgretolamento.

D'altra parte, negli ultimi anni, sempre più incisiva si è rivelata la pressione esercitata dagli individui e serpeggiante da tempo nella comunità internazionale, volta a ricavare una forma, seppur limitata, di soggettività internazionale. Tale direttrice evolutiva di un ordinamento tradizionalmente stato-centrico ha influito anche sulla configurazione di alcuni istituti giuridici peculiari dell'ordinamento internazionale. Il fenomeno dei diritti umani e la tendenza verso l'affermazione dell'individuo come soggetto di tale sistema giuridico palesemente contrastano con alcuni istituti tradizionali del diritto internazionale, collidendo con lo stesso principio della sovranità statale.

Questa circostanza ha inciso notevolmente sulla morfologia giuridica del diritto di asilo in seno all'ordinamento internazionale. La sua evoluzione e l'interpretazione in chiave umanitaria, che contraddistingue tale istituto, risponde, infatti, all'esigenza di valorizzare l'individuo come soggetto dell'ordinamento internazionale, svincolandolo da una concezione, ancorata alla predominanza della sovranità territoriale dello Stato, ritenuta oramai anacronistica. Se il diritto consuetudinario ha cristallizzato il diritto di asilo come prerogativa sovrana dello Stato, esercitata nei limiti imposti dagli obblighi internazionali, non sono, comunque, del tutto mancati tentavi nella dottrina ed in seno ad alcuni organismi internazionali, volti a costruire l'asilo come diritto dell'individuo e come corrispondente dovere dello Stato di concederlo. Sul piano normativo, sebbene

² Nel 2006 il Gruppo di Studio costituito in seno alla Commissione di diritto internazionale (CDI) sul tema *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, ha consegnato il suo Rapporto finale contenente 42 conclusioni. Cfr. CDI, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law*, testo adottato nel 2004 in seno alla 58^a Sessione della Commissione e trasmesso all'Assemblea generale come parte del Rapporto della Commissione, relativo al lavoro della Sessione (A/61/10, para. 251) disponibile in: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_9.htm>, [di seguito "Rapporto sulla Frammentazione del Diritto Internazionale"].

queste tendenze abbiano trovato soltanto un parziale riscontro, contraddistinto prevalentemente da disposizioni «ancora confuse e spesso rudimentali³», l'esistenza di un diritto individuale all'asilo deve essere adeguatamente provata e questo è l'obiettivo assegnato alla presente ricerca.

Definito dalla dottrina classica come «*la protezione temporanea o permanente accordata da uno Stato nel proprio territorio (asilo territoriale) o in altri ambiti di esercizio della sua potestà (asilo extraterritoriale) a individui o beni stranieri, che intendendo sottrarsi a persecuzione di carattere politico, effettiva o potenziale, ed anche sfuggire alla giustizia per reati comuni, oppure costretti da vicende belliche, vi hanno trovato rifugio⁴*», il diritto di asilo sin dalle origini rivela la sua binaria caratterizzazione semantica. Da una parte si configurerebbe, infatti, come il diritto dello Stato di garantire asilo a un individuo, accezione completata, d'altra parte, dall'interpretazione più progredita di diritto dell'individuo di cercare rifugio e chiedere protezione da parte di uno Stato, al fine di salvaguardare la propria vita e la libertà personale. In conformità a quest'ultima tendenza evolutiva, che mira ad inserire il diritto di asilo nel novero dei diritti dell'uomo, è possibile affiancare alla citata dicotomia un'ulteriore definizione, che, invece, potrebbe costituire una correzione della tradizione concezione statale. In questo senso, il diritto di asilo individuerebbe il diritto che uno Stato vanterebbe nei confronti della comunità internazionale di garantire asilo a un individuo. Questa nuova caratterizzazione, innesta, dunque, un asse di sviluppo che l'ordinamento internazionale contemporaneo dovrebbe perseguire.

Tuttavia, sebbene i principi e le caratteristiche del diritto di asilo possono essere ben definiti in termini normativi ed istituzionali, più problematica risulta la relativa trasposizione sul piano della prassi. Negli ultimi anni, infatti, alcuni fenomeni rilevanti per il diritto internazionale, sia in prospettiva universale sia in termini di integrazione regionale, come gli esodi di massa, lo sviluppo di flussi misti, formati da richiedenti asilo ed altri migranti e la costante minaccia terroristica, hanno confuso il regime internazionale in materia di asilo e gli stessi presupposti a garanzia della sua specificità. La minaccia terroristica ha inferto un sanguinoso *vulnus* nella società internazionale, la quale, a discapito di ogni ideale di multiculturalismo, talvolta forzatamente propugnato, ha ricominciato a nutrire sospetti e sentimenti d'intolleranza verso «*lo straniero*», quale portavoce di una

³ BERNARDI, *Asilo Politico*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1987, p. 425 ss.

⁴ UDINA, *Asilo (diritto di) I) Diritto Internazionale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, p. 1. Tra le altre voci enciclopediche relative alla definizione del diritto di asilo cfr. in particolare GIULIANO, *Asilo (diritto di). c) diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, pp. 204–222; GRAHL MADSEN, *Asylum, Territorial*, in *Encyclopaedia of Public International Law (E.P.I.L.)*, vol. 8, 1992, p. 42 ss.; MIGLIAZZA, *Asilo (diritto internazionale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, parte 2, Torino, 1968, pp. 1039–1041.

cultura aliena, non più concepita nei termini dell'integrazione, ma secondo un presentimento di aggressione alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale e all'ordine pubblico. Di conseguenza, in un contesto in cui i governi sembrano incapaci di attuare una distinzione tra vittime di persecuzione e perpetratori di violenza terroristica, c'è un evidente bisogno di re-interpretare il diritto di asilo e definire lo status giuridico dei richiedenti asilo.

A livello normativo universale, si è progressivamente assistito ad una crisi nella codificazione del diritto di asilo. L'unica disposizione esplicitamente dedicata al diritto di asilo è rappresentata dall'art. 14 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, la quale, affermando, al paragrafo 1, che “*everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution*”⁵, sembrerebbe deporre a favore dell'esistenza di un diritto umano all'asilo. Tuttavia, la portata di tale norma non è stata successivamente ampliata o specificata, poiché, dal 1977, nessun progresso in materia si è registrato in seno alle Nazioni Unite, in termini di strumenti giuridici di applicazione “universale”, tramandando il diritto di asilo nella sua caratterizzazione di «istituto tendenzialmente indefinito e “non istituzionalizzato”»⁶.

Eppure, la prospettiva dell'ordinamento internazionale nei confronti del diritto di asilo è mutata in conseguenza di due fenomeni storico-normativi principali, costituiti rispettivamente dalla costruzione di uno specifico regime convenzionale “pressoché universale”, a tutela dei rifugiati, quale categoria particolare e, per certi versi, privilegiata, di richiedenti asilo, mentre, un secondo fenomeno che avrebbe influenzato l'interpretazione di un diritto di asilo in chiave individuale scaturisce dalla progressiva affermazione della tutela internazionale dei diritti dell'uomo, la quale ha contribuito a smussare i margini della sovranità dello Stato, determinando un ampliamento del diritto di asilo, come prerogativa che l'individuo può fare valere a livello procedurale per ottenere la garanzia di altri diritti fondamentali. Tale ipotesi risulta particolarmente avvalorata dalla prassi giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha ricavato per via pretoria un diritto *de facto* all'asilo, discendente dall'obbligo dello Stato di non respingere il richiedente asilo che rischierebbe di subire un grave pregiudizio ai diritti fondamentali, garantiti dalla *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU).

Si può d'altra parte affermare che la disciplina del diritto d'asilo per certi versi sconta il relativismo che caratterizza la materia in ambito internazionale e ciò contribuirebbe a spiegare la previsione a livello regionale di una regolamentazione

⁵ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 217 (III), *International Bill of Human Rights*, 10 Dicembre 1948, UN Doc. A/RES/3/217.

⁶ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 7.

più dettagliata e soprattutto più avanzata rispetto al livello universale. Configurandosi, infatti, come un istituto fortemente condizionato dai fenomeni contingenti che caratterizzano i diversi contesti regionali, il diritto di asilo si è sviluppato in numerosi strumenti giuridici a portata regionale.

È da questi presupposti che scaturisce la peculiarità dell'area euro-mediterranea, in cui l'affermazione del diritto di asilo costituisce una sfida normativa particolarmente ambiziosa, poiché tale regione non è riuscita a dotarsi ancora di un sistema integrato e condiviso in materia. Tale lacuna offre, pertanto, la possibilità di esplorare i fenomeni normativi in atto, alla luce della recente tendenza a configurare l'asilo come un diritto umano. Rileva da questo punto di vista non solo l'attività del Consiglio d'Europa, corroborata dalla giurisprudenza evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma, soprattutto, assumono rilievo gli sforzi, interpretabili ancora in prospettiva *de jure condendo*, verso la creazione di un "sistema europeo comune di asilo" (*Common European Asylum System*) nel quadro dell'Unione Europea, "*basato sull'applicazione della Convenzione di Ginevra in ogni sua componente*"⁷, che, come ha recentemente affermato la Corte di giustizia dell'Unione Europea, continua a costituire la "*pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati*"⁸.

A tal fine, l'eventuale affermazione di un diritto umano all'asilo, deve essere rapportata al concetto di asilo europeo, come forma autonoma di protezione internazionale, che nel contesto euro-mediterraneo, racchiude l'esito di un graduale processo di armonizzazione dei vari ordinamenti giuridici nazionali. Questo obiettivo prospettato nel Consiglio europeo di Tampere del 1999 presupponeva la creazione di un sistema pienamente conforme agli obblighi internazionali in materia, che discendono direttamente dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dagli altri strumenti preposti alla salvaguardia dei diritti umani, come la CEDU, rappresentando l'aspetto più dinamico di uno degli istituti più tradizionali del diritto internazionale. L'affermazione di un diritto umano all'asilo, sulla base della dimensione umanitaria che lo caratterizza, può, dunque, trovare un'ulteriore regolamentazione giuridica nel contesto comunitario per diversi fattori, quali «l'impatto di tipo regionale che il fenomeno comporta, sia per la sua incidenza sull'economia dei singoli Stati e dell'intera Comunità, sia, infine, per la serie di diritti economici, sociali e culturali»⁹, rivendicati dagli innumerevoli rifugiati che attraverso il Mediterraneo affluiscono nel territorio dell'Unione.

⁷ Consiglio europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, 15-16 Ottobre 1999, in: <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/00200-r1.i9.htm>.

⁸ Corte di giustizia dell'Unione Europea, *Aydin Salabadin Abdulla e altri*, sent. del 2 Marzo 2010, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-177/08, C-179/08, par. 52, in GUUE n. C 113 del 1 Maggio 2010, p. 4.

⁹ SAULLE, *L'immigrazione e l'asilo nell'Europa allargata*, in *Affari Sociali Internazionali*, vol. 32 (2004), n. 1, p. 116.

Tuttavia, il completamento della prima fase di sviluppo del sistema comune di asilo ha evidenziato alcune lacune, imputabili alla persistenza di una connotazione del diritto di asilo quale corollario della sovranità dello Stato. Proprio in tale alveo teleologico, volto a colmare le suddette carenze, s'inserisce il "*Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo*" del 2007¹⁰, quale bussola per i lavori presentati dalla Commissione europea, finalizzati a creare uno status ed una procedura uniformi per i rifugiati nel contesto dell'UE. Le peculiarità che connotano il regime europeo di asilo potrebbero, dunque, contribuire a corroborare la condizione di uno dei tradizionali istituti dell'ordinamento internazionale, avvalorando la concezione dell'asilo come diritto individuale *in statu nascendi*. L'ordinamento comunitario in tal senso prefigurerebbe un'incubatrice di sviluppo, capace di assolvere, nei termini di *lex specialis*, la funzione d'integrazione dell'ordinamento internazionale attraverso la formazione di regimi giuridici regionali "*self-contained*", caratterizzati da norme, principi, diritti ed obblighi specifici, compatibili con il diritto internazionale.

Le considerazioni concernenti l'impatto della problematica del diritto di asilo in seno all'Unione Europea sottolineano, inoltre, l'importanza delle politiche di cooperazione con i Paesi terzi per affrontare, alla luce della più ampia protezione dei diritti dell'uomo una problematica che coinvolge tanto i Paesi europei, quanto quelli della sponda meridionale del Mediterraneo.

Rilevano, anzitutto, le politiche di respingimento in mare, adottate da questi Stati, ancor prima di aver vagliato le condizioni relative alla possibilità di concedere il diritto di asilo. Tali operazioni sono suscettibili di pregiudicare i diritti fondamentali dei richiedenti asilo e ostacolare la stessa applicazione dei presupposti sottesi alla Convenzione di Ginevra del 1951. Inoltre, complessa, soprattutto sul piano giurisprudenziale, risulta la tematica relativa all'eventuale espulsione, alla riammissione o all'extradizione dello straniero verso contesti che potrebbero arrecare pregiudizio ai diritti umani.

Tuttavia, un approccio completo alla problematica del diritto di asilo nell'area euro-mediterranea non può risolversi nell'analisi delle politiche di protezione, intraprese dai soli "Paesi di approdo" del continente europeo. Non si può, infatti, prescindere, dalla valutazione dei diversi sistemi giuridici che costellano la multiforme regione mediterranea. È sulla base di tale circostanza che il diritto di asilo si configura come una problematica che influenza gli stessi "Paesi di emigrazione", quali i Paesi del Maghreb, che si trovano coinvolti nella gestione dei flussi di richiedenti asilo verso il territorio europeo.

¹⁰ Commissione europea, *Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo*, COM (2007) 301 def., 6 Giugno 2007.

Se la disciplina del diritto di asilo presuppone il riferimento alla tradizionale tematica del trattamento degli stranieri da parte dello Stato territoriale, alla luce del fenomeno giuridico di natura normativa e procedurale, riguardante la protezione dei diritti umani, è necessario verificare quali garanzie ricolleghino il diritto internazionale, gli ordinamenti regionali, come quello europeo, e altri ordinamenti regionali ed interni, come quelli di matrice arabo-islamica o africana alla condizione del “richiedente asilo”, concepito come categoria debole sotto il profilo delle garanzie.

Al di là di alcuni specifici regimi, che sottendono un dettagliato meccanismo di protezione soprattutto nei confronti della categoria dei rifugiati, come l’Organizzazione per l’Africa Unita (dal 1999 Unione Africana), il diritto di asilo è richiamato anche in alcuni strumenti a tutela dei diritti umani, che rivelano una correlazione diretta con i principali testi internazionali in materia. Appaiono significativi, da questo punto di vista, la “*Dichiarazione sulla protezione dei rifugiati e delle persone sfollate nel mondo arabo*” del 1992, e la nuova *Carta Araba dei Diritti dell’Uomo*, che conforma il dovere di protezione, attraverso la concessione dell’asilo politico, al regime previsto dai principali strumenti internazionali.

Inoltre, considerata la complessità delle implicazioni che sottende la coesistenza in un’unica regione internazionale di sistemi giuridici differenti, risulta fondamentale anche l’analisi delle varie forme di cooperazione internazionale in senso bilaterale degli Stati euro-mediterranei. In questo senso, si comprende come l’affermazione del diritto di asilo, soprattutto nella prospettiva individuale, sia talvolta pregiudicata dalla proliferazione degli accordi di riammissione, che favoriscono il respingimento dei richiedenti asilo, privandoli della possibilità di accedere alle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato.

La presente ricerca riguarda, infine, lo studio dei fattori che incidono sull’affermazione dell’asilo come diritto umano su un duplice livello, costituito dall’ordinamento internazionale, e, più specificamente, dai sistemi giuridici che coesistono nella regione euro-mediterranea. Definito in via generale l’oggetto dell’indagine, è opportuno chiarire anche che, dal punto di vista metodologico, tale studio si avvale non solo degli strumenti interpretativi forniti dal diritto internazionale classico ma anche del riferimento ai criteri che scaturiscono da un sistema internazionale di tutela dei diritti umani, il quale suggerisce altri parametri d’interpretazione, giustificati dall’esigenza ineludibile di tutelare la persona umana.

Tale approccio all’analisi dell’eventuale affermazione di un diritto umano all’asilo è motivata dalla constatazione che, mentre la dottrina dei primi anni, in cui cominciava a strutturarsi il fenomeno normativo dei diritti umani, tendeva ad

insistere sulla configurazione del diritto di asilo come un diritto dell'uomo, recentemente si è assistito ad un recupero della sovranità territoriale che ha, invece, inficiato la connessione tra il diritto di asilo e la tematica dei diritti umani, a cui la stessa Convenzione di Ginevra del 1951 appare a tratti impermeabile.

La speculazione depositata nelle pagine della presente ricerca, se non avrà la pretesa di giungere con certezza all'affermazione di un diritto umano all'asilo, vuole almeno rappresentare una piattaforma di riflessione su un istituto, che nel contesto regionale euro-mediterraneo ha assunto interpretazioni divergenti ed applicazioni controverse. Essa allo stesso tempo vorrà fornire una chiave di lettura giuridica alla tutela del multiculturalismo che connota le moderne società di diritto, in particolar modo in Europa, e che nella disciplina del diritto di asilo sembrerebbe codificare quella sensibilità di cui ogni operatore giuridico dovrebbe avvalersi nell'interpretazione dell'asettica norma giuridica.

PRIMA PARTE

**IL DIRITTO DI ASILO NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE:
PROFILI NORMATIVI E SVILUPPI DELLA PRASSI**

PARTIE PREMIERE

**LE DROIT D'ASILE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE INTERNATIONAL :
PROFILS NORMATIFS ET EVOLUTIONS PRATIQUES**

IL DIRITTO DI ASILO
NEL TRADIZIONALE ASSETTO DELLA SOVRANITÀ TERRITORIALE:
CONCETTO TEORICO E CONTESTO OPERATIVO

«μό χθων δ' οὐκ ἄλλος ὕπερθεν ἢ
γαῖα πατρίας στέρεσθαι».

«Non c'è dolore più grande
della perdita della terra natia».

EURIPIDE
Medea, Coro, 650- 651.

1.1. Il diritto di asilo nella comunità internazionale: profili storico-evolutivi.

Il concetto di 'asilo' sottende un fenomeno umano e sociale di origine antichissima¹, risalente agli inizi della «vita politica organizzata», confondendosi addirittura con la stessa genesi dei diritti umani², di cui ha rappresentato per lungo tempo il simbolo più evidente nella sfera delle relazioni internazionali.

Tuttavia, dal punto di vista giuridico, esso si è affermato come istituto tipico del diritto internazionale soltanto con la nascita degli Stati nazionali, la cui

¹ In proposito KIRCHHEIMER, *Asylum*, in *American Political Science Review*, vol. 53 (1959), n. 4, p. 985, intraprende l'analisi dell'istituto dell'asilo, affermando che esso costituisce «an ancient practice, privilege and problem». Sulle origini e la storia dell'istituto dell'asilo si vedano LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 7 ss.; RODRIGUES, *A história do direito de asilo no Direito Internacional*, in *Âmbito Jurídico*, anno XI (2008), n. 50, pp. 1-37; CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés: de la protection aux droits*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2007, pp. 9-354; CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto d'asilo*, in BILOTTA, CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 2 ss.; PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 13 ss.; ALLAND, TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris, 2002, p. 17 ss.; ALLAND, *Le dispositif international du droit de l'asile*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du XXX^e Colloque de la Société Française pour le Droit International, Paris, 1997, p. 17 ss.; CRÉPEAU, *Droit d'asile: de l'hospitalité au contrôles migratoires*, Bruxelles, 1995; URQUIDI CARILLO, *Consideraciones Históricas en Torno al Asilo*, in *Jurídica -Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 13 (1981), Tomo II, pp. 877-888; KALADHARAN, *The Right of Asylum in International Law: Its Status and Prospects*, in *St. Louis University Law Journal*, vol. 17 (1972-1973), pp. 17-46; PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, The Hague, 1971; GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, 1966, vol. II: *Asylum Entry and Sojourn*, p. 3 ss.; REALE, *Le droit d'asile*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1938, p. 473 ss.

² REALE, *Le droit d'asile*, cit., p. 473, chiaramente confermava come «la notion de l'asile est, en effet, ancienne comme l'humanité. Elle est contemporaine du crime et du malheur, de l'expiation et de la pitié».

esperienza ha contribuito a tracciare le caratteristiche del diritto di asilo, inteso, secondo la celebre definizione, resa dall'*Institut de droit international* nella sessione di Bath del 1950, come «*la protection qu'un État accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher*³», configurandosi, in ossequio alla norma consuetudinaria, posta a tutela della sovranità territoriale, come un diritto appartenente allo Stato⁴.

La stessa autorevole definizione dell'*Institut de droit international* nella misura in cui associa alla nozione di asilo il concetto di protezione, sembra evocare la millenaria tradizione di un principio che si è attestato costante in ogni sistema giuridico, dal più primitivo ai complessi ordinamenti giuridici contemporanei statali e sovra-nazionali. La nozione di asilo, infatti, come conferma la stessa etimologia greca del termine⁵, ha solitamente sotteso l'esistenza di un luogo o di un territorio, nel quale fosse possibile garantire la protezione richiesta sulla base della 'eccezionalità' dello stesso luogo⁶.

È su questi presupposti che s'innesterà la tradizione dell'«asilo religioso», che permetteva agli esuli stranieri e ai colpevoli di reati politici di ricevere 'ospitalità' presso determinati luoghi sacri⁷. Tale pratica persisterà fino alla nascita della moderna comunità internazionale, quando l'asilo si configurerà come «il rifugio e la protezione accordati dallo Stato entro la propria sfera territoriale ad individui che vi

³ Cfr. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Sessione di Bath, *L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, Risoluzione dell'11 Settembre 1950 (Rapporteurs: Arnold Raestad, Tomaso Perassi), art. 1, disponibile in: <http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1933.html>.

⁴ È evidente come l'istituto del diritto di asilo, similmente ad altre molteplici figure giuridiche dell'ordinamento internazionale, abbia risentito dell'evoluzione del concetto di sovranità a partire dalla Rivoluzione Francese del 1789, che ne attribuì la titolarità al popolo. Per alcune recenti riflessioni sull'evoluzione del concetto di sovranità, cfr. in particolare KAHN, *Balance of Power: Redefining Sovereignty in Contemporary International Law*, in *Stanford Journal of International Law*, vol. 40 (2004), n. 2, pp. 259–282; NAGAN, HAMMER, *The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2004), n. 1, pp. 141–188; SLAUGHTER, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, in *Stanford Journal of International Law*, vol. 40 (2004), n. 2, pp. 283–328. Più diffusamente sul concetto di sovranità territoriale nell'evoluzione della prassi internazionale, per tutti si veda GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto Internazionale*, II ed., Milano, 1983, vol. II: *Gli aspetti giuridici della coesistenza degli Stati*, p. 28 ss.

⁵ GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. II, p. 3, tra gli altri, correttamente richiama l'etimologia greca del termine asilo, derivante dalla parola greca 'asylon' (*ἄσυλον*), composta dalla particella privativa 'α' e dal termine 'συλη', che significa cattura o attacco, di conseguenza il termine 'asilo' assume il significato di 'inviolabile' o, letteralmente, 'esente da cattura o 'attacco' e dunque rappresenta un concetto preposto ad indicare un luogo 'senza diritto di cattura'.

⁶ Cfr. in particolare CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato*, cit., p. 2 ss.

⁷ GIOIA, *Asilo*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. I, p. 449-450, definisce la pratica dell'asilo religioso come «il potere di un ministro della Chiesa di accordare protezione ad un individuo indiziato per gravi reati, o già colpito da condanna».

siano penetrati per sfuggire alla giustizia o per sottrarsi alla condizione di cose esistente nel territorio dello Stato da cui provengono⁸».

1.1.1. L'origine del concetto di asilo e l'evoluzione nella prassi delle antiche comunità mediterranee.

Pur senza invadere un campo che necessiterebbe piuttosto di un'accurata indagine di natura storica, si può comunque affermare che le origini dell'istituto dell'asilo affondano le radici molto lontano: già le prime civiltà orientali e mediterranee riconoscevano consolidate pratiche di asilo sia 'interno', accordato in appropriati luoghi sacri, sia 'esterno', concesso presso altri regni o città libere. Queste pratiche costituivano in parte un riflesso del senso di rispetto verso la divinità o più in generale la sfera del sacro, ma d'altra parte si configuravano già come una conseguenza della sovranità territoriale⁹.

Sebbene numerosi papiri e geroglifici egizi attestino l'esistenza di pratiche concernenti la concessione dell'asilo, inteso come un privilegio del sovrano di garantire protezione all'individuo¹⁰, si può comunque ritenere che l'istituto dell'asilo *stricto sensu* sia una "invenzione greca¹¹", con un fondamento mitologico a cui si può ascrivere la forte caratterizzazione religiosa, che ha influenzato l'evoluzione dell'istituto fino all'età moderna. Più che un diritto soggettivo, infatti, nell'antica Grecia sussisteva una vasta costellazione di luoghi che beneficiavano dell'asilo, nei cui pressi era possibile garantire protezione all'individuo che vi si fosse rifugiato¹².

Fin dalle origini, pertanto, il concetto di asilo assumeva la duplice e allo stesso tempo ambigua configurazione di diritto divino, di cui l'individuo non poteva che essere un beneficiario e di autonoma pretesa, di cui il soggetto era titolare *ratione*

⁸ GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, vol. III, p. 204, definisce in questi termini l'istituto dell'asilo territoriale che ha ottenuto ampio sviluppo in seno alla prassi internazionale contemporanea. In proposito MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo: tra sovranità territoriale e dovere umanitario*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, vol. 14 (2001), n. 2, p. 533, riconosce che con la nascita dello Stato moderno e della comunità internazionale, l'asilo cessò di essere un diritto di essenza divina e inviolabile, per configurarsi come un diritto che lo Stato esercita «attraverso una semplice concessione del potere civile».

⁹ Sul punto si veda GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. II, pp. 7– 8.

¹⁰ Di avviso contrario è l'opinione di REALE, *Le droit d'asile*, cit., p. 477, il quale invece ritiene che la difficile accessibilità dei templi egizi e la rigidità con cui gli egizi applicavano le leggi e punivano i trasgressori in realtà costituiscono delle circostanze sufficientemente plausibili per impedire il riconoscimento dell'esistenza di un diritto di asilo religioso presso la civiltà egizia.

¹¹ Cfr. ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 19. Particolarmente ricca di riferimenti alla pratica dell'asilo è la letteratura greca, in particolare nell'eloquente manifestazione teatrale delle tragedie classiche.

¹² *Ibid.*, cfr. anche CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato*, cit., p. 6.

loci, ossia per il semplice fatto di trovarsi nei pressi di un luogo sacro¹³, a supplicare la protezione da persecuzioni e guerre. In realtà, in un'epoca in cui la tutela dei diritti umani appariva tanto distante, l'asilo era legato alla pratica dell'ospitalità o del rifugio, circostanze che identificavano soggetti, particolarmente grati alla divinità¹⁴. Il mancato rispetto dell'asilo, dunque, quale protezione che promanava dal potere divino presso gli opportuni luoghi sacri, assumendo la valenza di un sacrilegio, veniva considerato come un'onta alla divinità, la cui vendetta sarebbe ricaduta sull'intera comunità¹⁵.

Un primo momento di crisi coinvolse la pratica dell'asilo in seguito all'emergere dell'impero romano, ostile a deroghe ed eccezioni nei confronti della «presunta perfezione del diritto¹⁶», la quale, tuttavia, consentì per la prima volta e, nella seppur limitata prassi documentata, la trasposizione di un diritto a carattere religioso in un contesto specificamente giuridico, configurandosi come la protezione concessa ai soggetti ingiustamente perseguitati dai poteri pubblici e che non fossero, dunque, colpevoli di crimini commessi contro le leggi dell'epoca¹⁷. Tuttavia, sebbene i Romani non abolirono completamente la pratica dell'asilo, essi la limitarono considerevolmente nello scopo e nella rilevanza pratica, concedendo al rifugiato la possibilità di un processo, a cui sarebbe seguita l'eventuale condanna¹⁸.

Con lo sfaldamento dell'impero romano e l'avvento del cristianesimo, l'istituto dell'asilo oltre ad essere rivisitato, raggiunse fino alle soglie del XVI secolo la sua massima espansione, permeato dall'universalistico messaggio messianico di carità. Per quanto i padri della Chiesa abbiano evitato di rivendicare legami di continuità con la tradizione classica e pagana dell'asilo, molteplici sono le analogie, quali, *in*

¹³ Come nota infatti PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 5, «*the holy places, by virtue of their association with divinity, came to be regarded as inviolable by the pursuing mortals*»

¹⁴ FRACANZANI, *Dall'ospitalità all'asilo: continuità e differenze*, in CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Napoli, 2008, p. 44, afferma in proposito che «l'ospite è sotto la protezione dei valori massimi espressi dalla civiltà greca, personificati...nelle divinità».

¹⁵ La particolare 'benevolenza' con cui era accolto dalla società greca l'individuo e in particolare la sacralità dell'ospite straniero è ampiamente analizzata da CURI, *Sul concetto filosofico di straniero*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 7 (2005), n. 3, pp. 42-58, il quale richiama il V libro delle *Leggi* di Platone, in cui si legge che «di tutte le colpe contro gli stranieri e i compatrioti la più grande per ciascun uomo è quella che si commette contro i supplici», ossia i fuggitivi che cercano asilo, cosciente della protezione divina che il loro status personale implica.

¹⁶ CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato*, cit., p. 8.

¹⁷ In proposito RODRIGUES, *A história do direito de asilo no Direito Internacional*, cit., p. 5, sottolinea che «*no Direito Romano concedia-se asilo somente àquelas pessoas que não fossem culpadas por crimes cometidos ao abrigo das legislações da época, protegendo, contudo, as pessoas injustamente perseguidas pelo poder público*», in tal senso, dunque, come nota ALLAND, *Le dispositif international du droit de l'asile*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 20, l'asilo era «*lié à l'arbitraire des punitions*».

¹⁸ Per maggiori riferimenti sulla pratica dell'asilo nell'impero romano, si veda PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 10 ss., il quale osserva come «*the Roman law was inviolabile and there was no right to escape from it*».

primis, la natura divina e sacrale del diritto di asilo che rende chi cerca rifugio nelle chiese non tanto «titolar[e] di un diritto soggettivo quanto...beneficiari[o] di un diritto di natura essenzialmente divina che impone il rispetto dell'eccezionalità del luogo da preservare da violenze...pena il peccato di sacrilegio¹⁹».

Allo stesso tempo, la pratica ecclesiastica dell'asilo assunse un notevole valore politico ed un'accezione moderna *ante litteram*, nella misura in cui la chiesa attraverso l'istituto romano dell'*intercessio* interveniva presso i giudici, allo scopo di attenuare, interferendo sempre più frequentemente con il potere politico, le pene e rieducare il colpevole, rendendo le chiese ed i locali attigui luoghi di pentimento e di grazia²⁰. In questo contesto si poté assistere anche alla prima codificazione giuridica del diritto di asilo in seno all'ordinamento canonico con l'elaborazione del codice Teodosiano del 438, ripreso un secolo dopo dal codice di Giustiniano, il quale costituirà il modello giuridico, da cui anche gli ordinamenti politici ereditarono il diritto di asilo, adattandone i relativi principi all'esperienza giuridica germanica²¹.

Dopo l'ampio sviluppo conosciuto per tutta l'epoca medievale, il diritto di asilo attraversò una nuova fase di declino a detrimento soprattutto della sua concezione universalistica che condurrà alla graduale estinzione nel corso del XVIII secolo²². La crisi del Sacro Romano Impero segnerà, infatti, la disgregazione non solo dell'autorità temporale e politica ma anche di quella spirituale, e la nascita della modernità giuridica concluse la prassi dell'asilo 'interno', legato alla dimensione divina, consentendo lo sviluppo della prassi relativa all'asilo 'esterno', caratterizzato da una rielaborazione del dovere di accoglienza di matrice essenzialmente religiosa e del diritto di richiedere protezione alle autorità competenti.

Nell'evoluzione della prassi più risalente relativa al diritto d'asilo è possibile comunque già scorgere i principi che regolano i profili contemporanei dell'istituto che coincideranno con l'affermazione di un nuovo fenomeno giuridico. Contestualizzato all'epoca delle monarchie assolute intorno al principio della sovranità degli Stati, intesi come enti *superiorem non recognoscentes*, e in posizione di perfetta uguaglianza, tale fenomeno, a partire dal trattato di Westfalia del 1648, inaugurerà il primo periodo del diritto internazionale classico²³.

¹⁹ CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato*, cit., p. 10.

²⁰ *Ivi*, p. 11, in cui appare evidente come questi aspetti «rivelano la tendenza della Chiesa ad occupare posizioni che lo Stato è sempre meno in grado di tenere». Cfr., inoltre, PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 10 ss.

²¹ Per più ampi riferimenti cfr. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato*, cit., p. 12 ss.; REALE, *Le droit d'asile*, cit., p. 490 ss.

²² Nell'ordinamento religioso e canonico, sopravvivendo come eredità della tradizione passata, il diritto di asilo, pur confermato nel codice del 1917, sarà soppresso totalmente in quello del 1983. Per una dettagliata evoluzione del diritto di asilo religioso si veda, tra gli altri, PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., pp. 11 – 15.

²³ Il trattato di Westfalia del 1648 concluse la fase conflittuale che dilaniava i territori del Sacro Romano Impero dal 1618, comportando una nuova definizione dello scenario europeo e del relativo sistema politico e delle relazioni internazionali. Per interessanti riferimenti sull'evoluzione storica

Un concetto di asilo non fondato più sul rispetto divino, ma sulla sovranità territoriale degli Stati, può esistere solo in un sistema “piatto e anarchico”, caratterizzato dalla coesistenza di sovranità indipendenti²⁴. Con la nascita degli Stati nazionali e il corrispondente sviluppo dei concetti di ‘dominio riservato’ e di ‘sovranità territoriale’, l’istituto dell’asilo subisce un radicale mutamento, coincidente con l’acquisizione di una dimensione internazionale²⁵, che lascerà sopravvivere alcune forme dell’antico asilo interno di matrice originariamente religiosa nella fattispecie dell’asilo diplomatico²⁶. In tale contesto l’asilo si distingue e comincia ad assumere una valenza autonoma rispetto al concetto prettamente materiale di ‘rifugio’, strutturandosi come il diritto dello Stato di concedere protezione²⁷.

1.1.2. L’affermazione della nozione di asilo nella dottrina della moderna comunità internazionale.

Con lo sviluppo della moderna comunità internazionale il concetto di asilo ricade nell’indagine teorica in cui si esplica la dottrina più rappresentativa del diritto internazionale classico nel periodo compreso tra il XVI ed il XVIII secolo²⁸, sebbene

della comunità internazionale e l’origine del diritto internazionale, si rinvia a LAGHMANI, *Histoire du droit des gens du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, 2004, e FOCARELLI, *Lezioni di storia del diritto internazionale*, II ed., Perugia, 2002, p. 53 ss., il quale nota come «la dottrina prevalente, soprattutto del XIX sec. ma anche attuale, riporta...la comunità internazionale originaria alla pace di Westfalia del 1648 quando si affermò il principio di una pluralità di Stati indipendenti dalla Chiesa e sostanzialmente privi di un’autorità sovraordinata». Per una recente interpretazione critica de concetto giuridico di ‘comunità internazionale’, cfr. DUPUY, *La communauté internationale. Une fiction?*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, 2007, pp. 373 – 396.

²⁴ Osserva infatti REALE, *Le droit d’asile*, cit., p. 494, che «un droit d’asile indépendant de la crainte des dieux et basé sur la seule souveraineté de l’Etat sur son territoire, ne peut se concevoir que s’il existe des souverainetés différentes et indépendantes».

²⁵ Si veda in proposito ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ Come nota PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 15, «the concept of religious asylum was antithetical to the idea of sovereignty and, therefore, would not continue to subsist», sebbene «the idea of hospitality and protection underlying the practice of asylum did not vanish».

²⁷ Sul punto GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, III ed., Oxford, 2007, p. 356, afferma che «...protection granted to a foreign National against the exercise of jurisdiction by another state, lies at the heart of the traditional institution of asylum», aggiungendo tuttavia che «today it also connotes protection against harm, specifically violations of fundamental human rights».

²⁸ Per ampi riferimenti sulle teorie, volte a rintracciare il fondamento dell’istituto dell’asilo nella dottrina giusnaturalistica della libertà di movimento, si rinvia più dettagliatamente a RIGAUX, *La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens*, in CHETAIL (sous la direction), *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, vol. II, Bruxelles, 2007, pp. 137 ss. In proposito si sostiene in MONACO, CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte Generale*, Torino, 2009, p. 41 ss., come dal XVII secolo, per molto tempo, la dottrina prevalente fu quella giusnaturalistica, la quale individuava il fondamento del diritto internazionale nel diritto naturale, costituito da «un insieme di concetti dedotti dall’analisi dei fatti storici e dalla dottrina dei filosofi di ogni tempo».

esso non assuma comunque una valenza autonoma, risultando vincolato all'estrinsecazione dei principi cardinali in cui si strutturava l'ordinamento internazionale. Il diritto di asilo, in particolare, si qualificava come corollario del principio di sovranità territoriale, da una parte, e del trattamento degli stranieri dall'altra²⁹, principi che sin dalle origini tracciano l'alveo entro il quale si svilupperà il diritto internazionale.

In particolare, la teoria della sovranità territoriale mutuerà il senso di ospitalità tramandato dalle antiche pratiche dell'asilo, articolando il diritto di ogni Stato di proteggere chi si trovi sul proprio territorio. Il principio del trattamento degli stranieri non potrà prescindere, a sua volta, dalla circostanza peculiare, identificata nella frattura del legame tra l'individuo che richiede asilo e il proprio Stato di origine³⁰.

In questa prospettiva, la dottrina del diritto degli stranieri di accesso al territorio di uno Stato prefigurava il concetto di asilo come un riflesso del dovere di accoglienza, non più fondato su prescrizioni divine, quanto su pratiche consolidate da tempo e diffuse presso vari consorzi sociali e politici³¹, suscettibili, dunque, di sedimentare un'apposita norma consuetudinaria, cristallizzata già nelle prime fasi di evoluzione del diritto internazionale.

Tale posizione è particolarmente suffragata dalla dottrina classica dei precursori del diritto internazionale che consideravano l'asilo come una garanzia di libertà, fondata sulla concezione che gli individui oppressi dai propri dominatori avessero il diritto di lasciare il proprio Paese e domandare rifugio a un altro Stato³². Lo stesso Grozio, principale esponente della teoria giusnaturalistica, svincolando il concetto di asilo da presunti fondamenti divini o mitologici, concede in eredità alla contemporanea disciplina del diritto di asilo la previsione che il godimento di tale diritto sia riservato a coloro che sono «vittime di immeritata persecuzione», escludendolo per coloro che hanno «commesso crimini offensivi per l'umanità e

²⁹ Nota ALLAND, *Le dispositif international du droit de l'asile*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 21, che il concetto di asilo è più particolarmente legato al diritto naturale di "scambio e comunicazione", fatto risalire addirittura alle antiche civiltà mediterranee e originariamente teorizzato nell'opera *Relectio de Indis* del 1539 dal teologo domenicano spagnolo Francisco de Vitoria (1480–1546), ritenuto uno dei precursori della dottrina del diritto internazionale. L'accesso degli stranieri sul territorio di uno Stato costituiva, dunque, una variante fra le più significative, in cui si poteva manifestare tale diritto di comunicazione. Sul punto cfr. CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états*, in CHETAIL (sous la direction), *op. cit.*, p. 25 ss.

³⁰ In proposito PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 15 ss., rapporta lo sviluppo dell'asilo territoriale all'interazione tra questi due fattori complementari, che assumono come baricentro da una parte lo Stato, dall'altra l'individuo.

³¹ Cfr. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato*, cit., pp. 21 – 22.

³² Sulla tale concezione dell'asilo, inteso come diritto umano, seppur in senso ancora del tutto prematuro, si veda diffusamente LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 83 ss.; GARCÍA-MORA, *International Law and Asylum as a Human Right*, Washington, 1956, p. 23 ss. Cfr., inoltre, PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., pp. 89 – 94.

distruttivi per la società³³». Grozio introduce, inoltre, una concezione universalistica della comunità internazionale, in cui l'unicità del genere umano rappresenta il comune denominatore di tutti gli Stati e su tali presupposti riconosce che la maggiore preoccupazione dello Stato consiste nell'accoglimento delle richieste della società internazionale, in netto contrasto, dunque, con le attuali esigenze della dottrina contemporanea, fondata sull'ineludibile realizzazione della sovranità territoriale³⁴.

Tale concezione, fondata sull'idea che lo Stato è attore della società internazionale, è ripresa anche da Emmerich de Vattel, il quale riconosce un 'diritto di emigrare', sottolineando che, sebbene in astratto questo diritto sia necessario e perfetto, in realtà esso sottende una valenza relativa ad ogni singolo Stato, che ha a sua volta il diritto di ammettere uno straniero sul proprio territorio o di respingerlo, qualora sussistano rischi o fondati pericoli³⁵. Questa concezione, tendente a negare

³³ Come confermano ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 28 ss., e GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. II, p. 12 ss., Ugo GROZIO (Huig De Groot, 1583–1645), esponendo estensivamente l'analisi del 'diritto dei supplici', come egli definisce il diritto di asilo, nell'opera *De jure belli ac pacis, Libri Tres* (1625), Libro II, cap. XXI "De pœnarum communicatione", al par. 5, significativamente rubricato "Iura supplicum ad infortunatos non ad nocentes pertinere: cum exceptionibus", afferma espressamente, che tale diritto non è riconosciuto «*Hæc enim illis prosunt qui immerito odio laborant, non qui commiserunt quod societati humane aut hominibus aliis iit injuriosum*», il testo è consultabile in: <<http://www.archive.org/details/hugonisgrottiide02grotuoft>>. GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 26 ss., tuttavia, nota che la concezione dell'asilo da parte di Grozio non scaturisce da una trattazione sistematica dell'argomento, quanto invece dai riferimenti desunti nell'analisi di svariate tematiche. Inoltre, è probabile che anche l'esperienza personale del filosofo olandese abbia ispirato le sue teorie sull'asilo, poiché egli stesso fu costretto a cercare rifugio in Francia, maturando l'idea che ogni individuo gode del diritto naturale di cercare rifugio in altri Paesi contro le eventuali persecuzioni politiche nella propria terra d'origine. Un secondo fattore che probabilmente influisce sulla concezione 'groziana' dell'asilo riflette la prassi tipica dello spirito mercantilistico di Amsterdam, e delle cittadine olandesi in genere, relativa alla concessione dell'asilo contro persecuzioni religiose a individui di ogni credo e provenienza, purché manifestassero la volontà di rispettare la pace e l'ordine pubblico. Sul piano della ricostruzione teorica, la dottrina a cui attinge Grozio è rappresentata dall'idea espressa già da Francisco Suárez (1548–1617), secondo il quale gli Stati sono spinti dalla necessità naturale della cooperazione e del sostegno reciproco, in quanto accomunati dall'unicità del genere umano. Si veda RIGAUX, *La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens*, cit., p. 147 ss.

³⁴ Come nota GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 30 ss., per Grozio, così come per Suárez, «*what is primary is not the independent nation with interests of its own, but rather the nation in relation to the individual within the world society*».

³⁵ Nel trattato *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite at aux affaires des nations et des souverains* (1758), ed in particolare nel Libro I, cap. XIX "De la Patrie et de diverses matières qui y ont rapport", par. 211 ss., disponibile in: <<http://www.larecherchedubonheur.com/article-28506588.html>>, Emmerich DE VATTEL (1724–1767) riconosceva che «*aucune Nation ne peut refuser, sans de bonnes raisons, l'habitation même perpétuelle, à un homme chassé de sa demeure. Mais si des raisons particulières et solides l'empêchent de lui donner un asyle, cet homme n'a plus aucun droit de l'exiger ; parce qu'en pareil cas, le pays que la Nation habite ne peut servir en même tems à son usage & à celui de cet Etranger*», sostenendo tuttavia che «*...cette prudence ne doit pas être ombrageuse, ni poussée au point de refuser une retraite à des infortunés, pour des raisons légères, et sur des craintes peu fondées, ou frivoles. Le moyen de la tempérer sera de ne perdre jamais de vûe la charité et la*

la sussistenza dell'asilo come diritto individuale, coincidendo, invece, con la libertà dello Stato di concederlo o negarlo, è particolarmente indicativa, giacché strettamente correlata alla struttura e all'evoluzione della stessa comunità internazionale.

Di questa stessa impostazione risente il pensiero di Samuel Pufendorf, il quale, smentendo i fondamenti della società universale, tipica della tradizione groziana, riconosce gli Stati nelle loro relazioni reciproche come enti sovrani, e ritiene che, se degli individui sono cacciati dai loro Paesi per motivi che li rendono meritevoli di compassione e il loro stabilimento in un altro Stato non pregiudica il bene della Nazione, è un dovere di umanità accordare tale protezione, che non è “né dannosa, né troppo onerosa”³⁶. Pur riconoscendo il monito di Grozio circa la necessità che chi richiede asilo riconosca il governo dello Stato concedente e ne rispetti le leggi, Pufendorf prevede la possibilità che ogni Stato introduca ulteriori condizioni alla concessione dell'asilo, consacrando tale istituto al relativismo che lo accompagnerà nell'evoluzione successiva.

Il ‘dovere di compassione’, inteso addirittura come un obbligo dello Stato verso sé stesso, al fine di promuovere il benessere della società universale, è indicato da Christian Wolff, il quale prevede uno specifico dovere di accogliere “tutti gli esuli che domandano un nuovo domicilio, a meno che non vi siano dei motivi contrari”, pur sottolineando che esso non presuppone un diritto assoluto, in quanto la sua efficacia dipende totalmente dalla volontà dello Stato³⁷, riconoscendo, dunque,

commisération, qui sont dues aux malheureux. On ne peut refuser ces sentiments même à ceux qui sont tombés dans l'infortune par leur faute. Car on doit haïr le crime, et aimer la personne ; puisque tous les hommes doivent s'aimer». Per ulteriori riferimenti sul pensiero di De Vattel sull'istituto dell'asilo, cfr. anche RIGAUX, *La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens*, cit., p. 37 ss.

³⁶ Samuel PUFENDORF nel *De jure naturae et gentium, Libri Octo* (1672), consultabile in: <http://www.archive.org/stream/dejurenaturaeetg028037mbp/dejurenaturaeetg028037mbp_djvu.txt>, Libro III, cap. III, par. IX, come De Vattel, prevede che l'esercizio di tale «*humanitatis officium*» presuppone che ogni Stato si regoli sulla base di ciò che i suoi interessi consenta di fare a favore degli stranieri. In merito al pensiero di Pufendorf, GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 33, nota, inoltre, come le principali conseguenze delle sue teorie, contrapposte al pensiero di Grozio, si ripercuotono sul diritto di asilo, sostenendo che «*in Pufendorf's doctrine, asylum appears essentially as the expression of the legal power of the State, although he refers to considerations of humanity*».

³⁷ Si legge in proposito che «*quand même ces raisons ne seraient pas manifestes, ils n'ont pas un droit parfait à obtenir de telle ou telle nation le domicile qu'ils demandent: et s'ils éprouvent un refus, ils sont obligés d'y acquiescer*», cfr. l'opera di Christian WOLFF (1679 -1754), *Principes du droit de la nature et des gens* (1758), in particolare Libro IX, cap. II, par. XXI, ed il trattato *Jus gentium metodo scientifica pertractatum* (1764), in particolare par. 149. Per specifici riferimenti cfr. RIGAUX, *La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens*, cit., p. 147 ss.; ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 30 ss.; GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 34 ss., nota, inoltre, che «*for although both Grotius and Pufendorf imposed conditions on the granting of asylum, Wolff's requirements represent the clear expression of sovereignty*».

come la concessione dell'asilo costituisca inequivocabilmente una prerogativa statale³⁸.

Con il consolidamento dello Stato moderno e la trasformazione dei sistemi giuridici, il diritto di asilo comincia a essere considerato come «un privilegio della Chiesa ed un incoraggiamento al crimine³⁹», e, pertanto, la sua pratica nel corso del XVIII secolo fu limitata fin quasi alla completa sparizione, per attraversare successivamente una nuova fase di consolidamento durante il XIX secolo a seguito dei moti rivoluzionari ed indipendentisti, che hanno consegnato il continente europeo ad uno dei periodi storici più tumultuosi ed hanno completato il processo di politicizzazione del diritto di asilo che dall'alveo religioso e sacrale transita negli ordinamenti interni dei moderni Stati nazionali⁴⁰ e nel sistema giuridico internazionale⁴¹. Se tra il XIX ed il XX secolo l'enfasi viene ancora riposta sul diritto dello Stato di concedere asilo, le crisi e le emergenze umanitarie che hanno caratterizzato il passaggio dal XX al XXI secolo, determinando vistosi mutamenti territoriali, specialmente nel continente europeo, hanno comportato la necessità di modellare il diritto di asilo nella prospettiva dei diritti umani, con riferimento in particolare al diritto dell'individuo a cercare e ottenere asilo⁴².

L'analisi storica e dottrinaia dell'istituto dell'asilo rivela la negazione di una concezione unitaria ed evidenzia, inoltre, l'affermazione di almeno tre concetti, capaci di esplicitare nel diritto internazionale la nozione di asilo, inteso sia come

³⁸ In questo senso cfr. ALLAND, *Le dispositifs international du droit de l'asile*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 23, il quale nota come, per quanto rapportato alla libertà di comunicazione dell'individuo e al dovere di umanità di accogliere coloro che richiedono protezione «*le droit d'asile s'est progressivement mué en prérogative d'asile*».

³⁹ In questo senso cfr. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato*, cit., p. 26 ss.

⁴⁰ Sarà la Costituzione della I Repubblica Francese del 24 Giugno 1793, approvata dal referendum popolare del 4 Agosto successivo, a garantire per la prima volta, all'indomani della Rivoluzione, il diritto di asilo, disciplinato specificamente all'art. 120, il quale dispone che il popolo francese «*donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. - Il le refuse aux tyrans*». A seguito delle tendenze rivoluzionarie, come nota in particolare Ph. SÉGUR, *La crise du droit d'asile*, Paris, 1998, p. 89 ss., la critica della concezione giusnaturalistica del diritto d'asilo viene superata da una nuova formulazione secondo la prospettiva teorica liberale, che appunto, darà come primo esito normativo la Costituzione francese del 1793. Inoltre, con riferimento al fondamento filosofico del diritto di asilo, TAMASSIA, *Il fondamento filosofico del diritto di asilo e i suoi corollari normativi*, in BILOTTA, CAPPELLETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 130, sostiene che «il problema di una giustificazione filosofica si pone unicamente nell'ultima fase, quella contemporanea, della storia di questo istituto allorché l'asilo si ripropone in seguito ad un fenomeno nuovo costituito dalle grandi trasmissioni traumatiche provocate dapprima dalle grandi guerre mondiali...quindi dai fenomeni di conflitti etnici...».

⁴¹ In proposito MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 533 ss., riconosce che la politicizzazione del diritto di asilo scaturisce dallo scontro tra la Chiesa ed il potere temporale, che comporterà «la scomparsa dell'asilo religioso e all'emergere di un diritto d'asilo politico concesso a titolo individuale».

⁴² Per le riflessioni della dottrina circa la concezione del diritto di asilo tra il XIX ed il XX secolo, si veda in particolare tra gli altri GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. II, p. 17 ss., il quale denota la tendenza a valorizzare l'accezione individualistica di tale diritto rispetto a quella tradizionalmente statale.

diritto dello Stato, sia come diritto dell'individuo di cercare ed eventualmente ottenere asilo⁴³. Si tratta di accezioni che si sono evolute e affermate parallelamente alle tendenze che hanno guidato lo sviluppo dell'ordinamento internazionale, determinando, di volta in volta, la prevalenza dell'una o dell'altra interpretazione. Se, infatti, dalla fine del XVII secolo il principio della sovranità territoriale limitò la portata del diritto di asilo all'accezione di facoltà discrezionale dello Stato⁴⁴, il recente fenomeno dei diritti dell'uomo, che si è progressivamente imposto nella comunità internazionale a partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948⁴⁵, sembrerebbe deporre a favore di un riconoscimento della portata individuale del diritto di asilo.

Tuttavia, come già attestava la dottrina classica del diritto internazionale, che sembrava convergere verso la tradizionale configurazione binaria del diritto di asilo, secondo la quale al diritto degli Stati di concedere asilo corrispondeva in senso speculare il diritto degli individui di cercare e ottenere protezione da parte di un altro Stato⁴⁶, il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale si sviluppa lungo una direttrice tracciata dall'interazione non sempre lineare tra la concezione della sovranità territoriale degli Stati e i principi relativi al trattamento, all'ammissione e all'allontanamento dello straniero, corroborati dal più recente fenomeno dei diritti umani.

1.1.2.a. Il diritto di asilo come corollario del principio di sovranità territoriale.

Dalla ricostruzione storica è possibile desumere come, almeno fino al secondo dopoguerra, il diritto di asilo coincida con il potere di ogni Stato di fornire

⁴³ Per i rilievi semantici ed un'attenta analisi delle diverse accezioni in cui si può estrinsecare il diritto di asilo, si rinvia specialmente a BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 5 (1994), n. 1, pp. 1-33. Cfr. in proposito anche le osservazioni di EDWARDS, *Human Rights, Refugees, and the Rights to «to enjoy» Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), n. 2, pp. 293 - 330.

⁴⁴ In proposito si veda ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 33. Inoltre, sostiene GRAHL MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. II, p. 17, che, durante il XIX e la prima parte del XX secolo, «*emphasis has been on the right of a State to grant asylum rather than on any right for the individual to be granted asylum*».

⁴⁵ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 217 (III), *International Bill of Human Rights*, 10 Dicembre 1948, UN Doc. A/RES/3/217, il cui art. 14 riconosce il diritto di asilo nei seguenti termini:

“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*”.

⁴⁶ A riguardo, l'analisi delle analogie che caratterizzano il pensiero di Grozio e De Vattel, operata da GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. II, p. 15 ss., evidenzia che sebbene entrambi gli autori avessero prefigurato un diritto di asilo per gli individui, «*it was undoubtedly what Vattel called an 'imperfect right', meaning that the corresponding obligation depends upon the judgement of him who owes it*». Tuttavia, sostiene BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 2, che «*while Grotius and Suarez are said to have recognized the right of asylum as the natural right of an individual entailing a corresponding state duty to grant asylum, this view has not yet been generally recognized under international law*».

protezione agli individui che si trovino entro i suoi confini. Questo presupposto è profondamente radicato in seno al più antico concetto giuridico intorno a cui si è gradualmente assestato e plasmato ogni profilo sostanziale del diritto internazionale, ossia il principio della ‘sovranità territoriale’, da cui scaturisce la concezione della sovrana uguaglianza tra gli Stati⁴⁷ e del conseguente divieto di interferenza nella sfera della sovranità che ogni altro Stato esercita sui propri cittadini e nel proprio territorio⁴⁸. Tali principi, che costituiscono i pilastri su cui si fonda l’ordine internazionale contemporaneo, hanno contribuito anche allo sviluppo dell’istituto dell’asilo, almeno per due ordini di motivi⁴⁹.

In primis, il principio della sovranità territoriale ha comportato l’assegnazione di determinate questioni, quali, ad esempio, la circolazione degli stranieri e il controllo delle migrazioni, così come le questioni di cittadinanza e nazionalità, al dominio riservato (*domestic jurisdiction*) dello Stato⁵⁰, investito della preminente autorità di decidere liberamente in merito all’ammissione degli stranieri nel proprio territorio⁵¹ e, dunque, di concedere o eventualmente rifiutare l’asilo agli individui

⁴⁷ Come noto, le origini del moderno sistema internazionale sono rapportabili tradizionalmente all’erosione di quell’unità medievale, caratterizzata dal riconoscimento di due autorità assolute costituite dalla Chiesa e dall’Impero, ed alla conseguente affermazione degli Stati sovrani, i quali, come affermerà l’Assemblea generale dell’ONU, Risoluzione 2625 (XXV), *The Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, 24 Ottobre 1970, “*have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of an economic, social, political or other nature*”. Sul principio di sovrana uguaglianza tra gli Stati cfr. tra gli altri KOKOTT, *States, Sovereign Equality*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

⁴⁸ Con riferimento al diritto di asilo, GRAHL-MADSEN, *Asylum, Territorial*, in *Encyclopaedia of Public International Law*, vol. 8, 1992, p. 42 ss., riconosce che «*the right of a State to grant asylum flows from its territorial integrity, which is a pillar of international law*». In questo senso, si veda anche CHETAIL, *Migration, droits de l’homme et souveraineté*, cit., p. 25 ss.; MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, p. 327, il quale conviene che «*competence to grant asylum ... derives directly from the territorial sovereignty of states*».

⁴⁹ Per più ampie argomentazioni, si veda GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 44 ss.

⁵⁰ La dottrina sembra tuttora concorde circa la definizione del concetto di ‘*domestic jurisdiction*’, secondo la formulazione espressa dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale (C.P.G.I.), *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Parere Consultivo, 7 Febbraio 1923, Serie B, in: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_04/Decrets_de_nationalite_promulgues_en_Tunisie_et_au_Maroc_Avis_consultatif_1.pdf>, secondo cui, l’espressione “«*domestic jurisdiction*» *seem rather to contemplate certain matters which, though they may very closely concern the interests of more than one State, are not, in principle, regulated by international law. As regards such matters, each State is sole judge*”. Questa stessa impostazione è stata accolta e codificata nella Carta delle Nazioni Unite del 26 Giugno 1945, in vigore dal 24 Ottobre dello stesso anno, il cui art. 2 par. 7 precisa che “*Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state*”. La dottrina, dunque, per tutti cfr. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, VIII ed., Napoli, 2010, p. 185, considera ‘dominio riservato’ «l’insieme delle materie delle quali il diritto internazionale sia consuetudinario che pattizio si disinteressa e rispetto alle quali lo Stato è conseguentemente libero da obblighi».

⁵¹ Particolarmente significativa, come riporta GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 51, è stata in questo senso, la posizione della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America nella sentenza sul caso *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1959), del 16 Gennaio 1950, disponibile in:

che si trovino all'interno delle sue frontiere, poiché in linea di principio tale facoltà non scaturisce da alcun obbligo di diritto internazionale generale⁵².

Inoltre, poiché nella stessa concezione della sovranità territoriale è insito il fondamentale principio dell'esclusività della giurisdizione statale, che non consente l'esercizio della giurisdizione da parte di nessun altro Stato sul territorio altrui⁵³, ogni Stato dispone della piena competenza di concedere o negare l'asilo sul proprio territorio, in quanto tale decisione "*in no way derogates from the sovereignty of that State*"⁵⁴. Da questo punto di vista, si comprende, dunque, il carattere assoluto che

<<http://www.altlaw.org/v1/cases/383301>>, par. 9, in cui la Corte ha affermato che "*the exclusion of aliens is a fundamental act of sovereignty*". In questo senso, NAFZIGER, *The General Admission of Aliens Under International Law*, in *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 804, nota come tradizionalmente «*the claimed right of exclusion is usually considered an attribute of sovereignty and territoriality and is defended as an inherent power necessary for the self-preservation of the state*», tuttavia riconosce allo stesso tempo che «*the political theory of a sovereign's inherent powers to exclude aliens is therefore questionable as valid legal theory. Even if it was once valid, the theory is questionable today*». Questo orientamento, come nota tra gli altri QUADRI, *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2006, p. 35, caratterizza ancora in maniera alquanto accentuata il diritto statunitense, volto a «contestare tenacemente l'esistenza di un obbligo giuridico qualsiasi di accogliere gli stranieri sul proprio territorio», qualificando la sovranità come «un diritto supremo, assoluto, irrinunciabile, per cui ogni Stato ha la potestà sovrana di rifiutare l'ingresso degli stranieri quando ciò gli sembri opportuno». Tuttavia, riprendendo il citato parere consultivo della C.P.G.I. sui *Decreti di Nazionalità*, si può osservare, come nota la stessa Corte, che tale libertà può essere limitata da eventuali obblighi che lo Stato può contrarre con altri Stati, in quanto "*it may well happen that, in a matter which...is not, in principle, regulated by international law, the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law*".

⁵² In proposito afferma chiaramente GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, cit., p. 206, che sul piano del diritto internazionale generale, «si deve rilevare la totale assenza di norme che pongano allo Stato delle limitazioni, dirette o indirette, alla sua libertà di accordare o di non accordare asilo entro il proprio territorio». Dello stesso parere è PRAKASH SINHA, *An Anthropocentric View of Asylum in International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 10 (1971), p. 88, nella misura in cui sostiene che «*customary international law does not make it a duty of the state to admit aliens into its territory, and if it chooses to admit them it may do so on whatever terms and conditions its national interests may require*». Per più recenti osservazioni in proposito cfr. BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., pp. 3–4.

⁵³ Tra gli altri, GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 44, considera tale principio «*one of the most important – if not the most important – notion of international law which count on almost universal recognition*», la cui rilevanza è stata ampiamente descritta dall'arbitro unico Max Huber relativamente all'*Island of Palmas case* (Olanda v. USA), 4 Aprile 1928, in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, disponibile in: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/vol_II.htm>, p. 838, sostenendo che "*Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations*".

⁵⁴ Cfr. Corte Internazionale di Giustizia (CIG), *Colombian-Peruvian Asylum Case* (Colombia v. Peru), sentenza, 20 Novembre 1950, in *ICJ Reports*, 1950, disponibile in: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f8&case=7&code=cp&p3=4>>, [di seguito *Asylum Case*], p. 274.

viene attribuito al diritto di asilo, in quanto, una volta concesso, esso comporta una pressoché incondizionata immunità dalla giurisdizione di un altro Stato, in ottemperanza al principio, preposto alla salvaguardia della sovranità territoriale. Il beneficiario potrà godere, pertanto, di un'immunità o protezione temporanea da una giurisdizione straniera nell'ambito territoriale circoscritto dalle frontiere dello Stato che abbia concesso l'asilo⁵⁵.

Tale protezione può, comunque, essere soggetta a limitazioni che lo Stato di asilo potrebbe volontariamente accettare attraverso la contrazione di specifici obblighi giuridici, comportanti, ad esempio, l'estradizione del richiedente asilo, circostanza che, tuttavia, non costituisce «*an automatic alternative to asylum*», ma presuppone appunto la ratifica di specifici trattati di estradizione, allo scopo di consegnare determinate categorie di soggetti, incriminati di reati comuni⁵⁶. Si tratta, appunto, di un limite «*self-imposed*», il quale non pregiudica il libero esercizio della sovranità, ma ne costituisce esso stesso una diretta manifestazione, che rende la concessione o il rifiuto dell'asilo dipendente dal completo esercizio discrezionale della sovranità dello Stato⁵⁷, libero di decidere *ad libitum* «nei riguardi delle persone bisognose di assistenza materiale e protezione giuridica che vengono a trovarsi sul proprio territorio o chiedono di entrarvi⁵⁸».

1.1.2.b. Il diritto di asilo come corollario del principio del trattamento degli stranieri.

Se la valenza del principio di sovranità territoriale, concepito come il cardine intorno al quale si è strutturato in origine il sistema giuridico internazionale è incontestabile, non è, comunque, possibile prescindere dalla tendenza alla

⁵⁵ Per ulteriori riferimenti, si veda GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 44 ss. Cfr. anche GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, cit., p. 205 ss.

⁵⁶ GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 53, il quale sostiene anche che «*a duty to extradite does not exist apart from treaty*», rilevando come, sebbene tale principio possa essere considerato oramai pacifico e generalmente accettato nell'ordinamento internazionale, in realtà esso era notoriamente assente nelle prime fasi di sviluppo della comunità internazionale. Sui limiti alla libertà dello Stato in materia di ammissione degli stranieri, si rinvia estensivamente CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p. 28 ss.

⁵⁷ Nota in proposito GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 46, che «*any voluntary limitation on the exercise of sovereignty can be successfully overridden by the simple exercise of the very same sovereignty*», in virtù del principio di diritto internazionale, secondo il quale, come ribadito in la C.P.G.I., S.S. «*Lotus*» case (Francia v. Turchia), sentenza, 7 Settembre 1927, Serie A, n. 10, disponibile in: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>, p. 18 ss., «*restrictions upon the independence of States cannot...be presumed*». La Corte dopo aver riconosciuto che «*the rules of law binding upon States... emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law*», ha affermato che «*the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another State*».

⁵⁸ In questi termini sostiene UDINA, *Asilo (diritto di) I) Diritto Internazionale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, p. 1, che lo Stato «può accordare o meno l'asilo, secondo le proprie valutazioni di convenienza».

progressiva erosione del dominio riservato dello Stato. Tale evoluzione ha comportato con riferimento al diritto di asilo uno sviluppo opposto a quello indicato dal principio della sovranità territoriale, orientato da un altro rilevante principio dell'ordinamento internazionale, che, imponendo un adeguato trattamento degli stranieri, si configura come un limite alla sovranità territoriale⁵⁹. È, infatti, tale principio, il quale riflette il profilo classico della posizione dell'individuo in seno all'ordinamento internazionale, che consentirà l'affermazione del diritto di asilo nell'ottica dei diritti umani⁶⁰.

In questa prospettiva, in una fase ancora primitiva di sviluppo del diritto internazionale, lo Stato doveva limitare l'esercizio della propria sovranità nei confronti di individui stranieri, per evitare di compromettere il vincolo di fedeltà che lega questi ultimi al proprio Stato di appartenenza. Pertanto, in ossequio alla sovranità dello Stato di origine, l'individuo poteva beneficiare in principio solo della protezione garantita da parte dello Stato di cittadinanza⁶¹. A partire dal secondo dopoguerra, si cominciò ad affermare la consapevolezza che alcuni individui

⁵⁹ Particolarmente vasta e risalente è la letteratura sul trattamento degli stranieri come limite al dominio riservato dello Stato, fra le opere più significative, cfr. WEISSBRODT, *The Human Rights of Non-citizens*, New York, Oxford, 2008; CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté*, cit., p. 25 ss.; TIBURCIO, *The Human Rights of Alien Under International and Comparative Law*, The Hague, 2001; BARIATTI, *L'azione internazionale dello Stato a tutela dei non cittadini*, Milano, 1993; LILICH, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, 1984; NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984; CALAMIA, *op. cit.*; EVANS, *The Political Status of Aliens in International Law, Municipal Law and European Community Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30 (1981), n. 1, pp. 20-41.

⁶⁰ Come notano, infatti, ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 40, «*l'immunité conférée par l'asile est le seul moyen de préserver certains droits ou principes: ainsi en va-t-il des personnes dont un état refuse l'extradition, partie ancienne de la pratique de l'asile. L'évolution de cette pratique a trouvé un prolongement dans le droit contemporaine des droits de l'homme*». La problematica sollevata richiama inoltre l'analisi pionieristica di GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 7, il quale osservava in senso critico che «*adequate protection of the individual by international law largely depends upon whether or no the is considered as a subject of that law*», precisando che «*unless a satisfactory solution is found, the protection of human rights by international law will remain illusory*». La dottrina prevalente (per tutti cfr. CONFORTI, *op. cit.*, pp. 19-21), sembra pronunciarsi oggi per il riconoscimento di una soggettività internazionale, seppure limitata, dell'individuo, in considerazione del fatto che esistono norme internazionali, le quali riconoscono diritti ed obblighi di diversa natura e portata, sostanziali e processuali, direttamente in capo ai singoli individui. A favore della soggettività degli individui sembra essersi pronunciata per certi versi la stessa Corte Internazionale di Giustizia (CIG) nei casi *La Grand* (Germania v. Stati Uniti), sentenza del 27 Giugno 2001, in: <<http://www.icj-cji.org/icjwww/idocket/igus/igusframe.htm>>, par. 77, e *Avena and Other Mexican Nationals* (Messico v. Stati Uniti), sentenza, 31 Marzo 2004, disponibile in: <<http://www.icj-cji.org/icjwww/idocket/imus/imusframe.htm>>, par. 40, in cui è stato riconosciuto che una disposizione della *Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari*, relativa al diritto del cittadino straniero detenuto di comunicare con il proprio console, si indirizzi direttamente anche all'individuo. Per ulteriori riferimenti in proposito si veda PÉREZ LEÓN, *El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 8 (2008), pp. 599 – 642.

⁶¹ Sul punto cfr. CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté*, cit., p. 36, il quale enfatizza che «*dans cette relation entre souverains, l'étranger est déshumanisé pour se confondre avec l'élément constitutif de l'État qu'est sa population nationale*».

stranieri si rendono portavoce di interessi e diritti, meritevoli di una tutela specifica sul piano internazionale.

Com'è noto, dunque, se da una parte è vero che lo Stato non risulta internazionalmente obbligato da alcuna norma generale ad accogliere individui stranieri sul proprio territorio, in ossequio al principio della sovranità nella sua duplice valenza di supremo diritto dello Stato territoriale e di obbligo da parte di quest'ultimo a rispettare la sovrana uguaglianza delle altre entità statuali, ne consegue, d'altra parte, che «la sfera territoriale di uno Stato di cui una persona abbia varcato la frontiera costituisca di per sé – almeno provvisoriamente, e cioè sin che quell'individuo sia ammesso a soggiornarvi – un luogo di rifugio⁶²».

L'incidenza del fenomeno dei diritti umani se non comporterà un obbligo generale dello Stato territoriale di accogliere individui stranieri sul proprio territorio⁶³, contribuirà ad attestare il carattere cogente del divieto di respingimento di soggetti particolarmente vulnerabili e bisognosi di protezione internazionale. In sostanza, l'ammissione degli stranieri nello Stato territoriale, pur restando un libero esercizio della sovranità, risulterebbe condizionata da due ordini di fattori.

Anzitutto rileva un obbligo di protezione nei confronti di alcune categorie di stranieri, giustificato dalla necessità di tutelare i diritti fondamentali, altrimenti compromessi⁶⁴. Su questi presupposti si fonda il diritto di asilo per motivi umanitari, che ha comportato negli anni più recente una ridefinizione della nozione di asilo e dello status di rifugiato⁶⁵, capace di prevedere addirittura la rescissione del legame tra l'individuo e lo Stato di origine, in virtù della “relazione speciale” che s'instaura attraverso la concessione dell'asilo tra l'individuo straniero e lo Stato territoriale⁶⁶.

⁶² Cfr. GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, cit., p. 206.

⁶³ Sul nesso relativo al diritto di asilo ed il fenomeno dei diritti umani, cfr. LANG, *Asile, Refuge et Droit de l'Homme*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 83–92, il quale nota che «*les instruments qui codifient les droits de l'homme ont beaucoup contribué à la solidification du droit des réfugiés*», poiché in entrambi i sistemi giuridici l'obiettivo precipuo consiste nella «*protection de l'individu contre les atteintes à sa personnalité, des atteintes qui proviennent de son propre Etat ou d'un Etat étranger*».

⁶⁴ Da questo punto di vista, come evidenzia in particolare NAFZIGER, *The General Admission of Aliens Under International Law*, cit., p. 820, per quanto concerne l'ammissione degli stranieri, «*States cannot simply do as they please without regard to the exigencies of world order*». La stessa giurisprudenza internazionale ha da sempre imposto allo Stato il rispetto della normativa internazionale sul trattamento dello straniero, fondata sul principio di non discriminazione, come richiamato dalla C.P.G.I., *Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, (Germania v. Polonia), Merito, 25 Maggio 1926, Serie A, n. 7, in: <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>>.

⁶⁵ In proposito e con particolare riferimento alla prassi italiana relativa all'accoglienza di cittadini albanesi, ex jugoslavi e somali, cfr. le osservazioni espresse da NASCIMBENE, *Il contributo alla tutela dei diritti umani: diritto d'asilo e motivi umanitari*, in MARCHISIO, RASPADORI, *L'Italia e i diritti umani*, Padova, 1995, pp. 159–166 e NASCIMBENE, *Diritto d'asilo e asilo umanitario. Prassi e norme nazionali*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, vol. 6 (1993), pp. 419 - 426.

⁶⁶ BARIATTI, *L'azione internazionale dello Stato a tutela dei non cittadini*, cit., pp. 91–92, nota come tale esigenza si manifestò durante i negoziati per la Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, quando alcuni Stati, quali Argentina, Australia, Belgio, Colombia, Danimarca, Iran,

Ma se uno Stato assume l'obbligo, dettato dalle norme generali sulla protezione dei diritti umani, di proteggere mediante la concessione dell'asilo specifiche categorie di individui, d'altra parte, deve ottemperare ad una speculare esigenza di monitorare e controllare gli stranieri, ai quali abbia eventualmente accordato l'ingresso e il soggiorno o si rifiuti di estradarli, se presunti colpevoli. In questo senso, mentre la dottrina tradizionale sembrava orientata a negare la responsabilità dello Stato territoriale per un mancato obbligo di vigilanza sugli stranieri rifugiati⁶⁷, si registra, in seno al diritto internazionale contemporaneo, la tendenza a riconoscere una forma di responsabilità dello Stato territoriale che supporta i rifugiati in attività sovversive contro il proprio Stato di origine o altri Stati terzi⁶⁸, imponendo una sorveglianza più capillare nel caso esemplificativo di fondata minaccia terroristica da parte di stranieri beneficiari dell'asilo⁶⁹.

Sia il principio di sovranità territoriale dello Stato sia quello relativo al trattamento degli stranieri nella loro complementarietà costituiscono, dunque, i poli

Nigeria, Svezia e Regno Unito, proposero (UN Doc. A/CONF.25/C.1/L.124), senza tuttavia ottenere l'auspicato seguito normativo, di inserire una disposizione che negasse il riconoscimento da parte dello Stato territoriale e di rifugio dell'esercizio di funzioni consolari da parte di agenti dello Stato di origine riguardo ai propri cittadini rifugiati.

⁶⁷ Non sembra, infatti, come sostiene GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, cit., p. 208 che «il diritto internazionale generale richieda allo Stato di asilo delle misure specifiche, o comunque delle misure *diverse* rispetto a quelle che ogni Stato è obbligato ad adottare a questo proposito nei confronti di qualsiasi altra persona dimorante sul suo territorio».

⁶⁸ Sul punto si veda ampiamente CORLISS, *Asylum State Responsibility for the Hostile Acts of Foreign Exiles*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), n. 2, pp. 181- 210.

⁶⁹ Correttamente GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, Stockholm, 1980, ha argomentato che «A State is not obliged to be more suspicious of the average refugee (as a potential author of acts injurious to other States or their nationals) than of other persons, and it has consequently no duty to keep refugees under constant surveillance in order to forestall any mischief on their part. Only in the case of refugees (and other persons) with known terroristic or revolutionary leaning, the authorities of the host country may have to be more on the alert», precisando poi che «the State has no absolute responsibility for what goes on in its territory. It becomes liable only by wilful acts or culpable negligence on the part of its organs. But in given circumstances culpable negligence may be inferred». Questa sarebbe, tra l'altro, la posizione espressa da una serie di risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU, successive all'attentato al World Trade Center di New York dell'11 Settembre 2001: cfr. in particolare Risoluzione 1368 (2001), *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, 12 Settembre 2001, UN Doc. S/RES/1368 (2001) e la risoluzione 1373 (2001), *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, 28 Settembre 2001, UN Doc. S/RES/1373 (2001), con la quale il Consiglio di Sicurezza decideva che “all States shall:

(a) Refrain from providing any form of support, active or passive, to entities or persons involved in terrorist acts, including by suppressing recruitment of members of terrorist groups and eliminating the supply of weapons to terrorists;

(b) Take the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts, including by provision of early warning to other States by exchange of information;

(c) Deny safe haven to those who finance, plan, support, or commit terrorist acts, or provide safe havens”.

Il complesso problema della lotta al terrorismo, inoltre, ha assunto un rilievo predominante con riferimento all'espulsione degli stranieri, che ha di recente costituito oggetto d'indagine da parte della Commissione di diritto internazionale (CDI), *Second Report on the Expulsion of Aliens*, Mr. Maurice KAMTO, Special Rapporteur, 20 Luglio 2006, UN Doc. A/CN.4/573, disponibile in: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/438/11/PDF/N0643811.pdf?OpenElement>>.

di orientamento che influenzeranno la codificazione normativa del diritto di asilo e ne determineranno il relativo sviluppo in seno alla prassi internazionale più recente, soprattutto in determinati contesti regionali, come la regione euro-mediterranea, laddove ancora la protezione dei diritti dell'uomo è sottoposta alla costante prova della sovranità territoriale.

La ricerca di un equilibrio tra le due fondamentali esigenze dell'ordinamento internazionale, interpretate dalla diade concettuale Stato-individuo, si riscontra, infatti, nell'analisi della realtà concreta della comunità internazionale, laddove il diritto di asilo si configura come la panacea alle crisi umanitarie, in cui «*les violations des droits de l'homme qui sont perpétrées aujourd'hui portent en germe les mouvements des réfugiés de demain*⁷⁰».

1.2. Il diritto di asilo nel contesto delle migrazioni internazionali: fattori causali.

Lo sviluppo della comunità internazionale oltre ad assegnare una dimensione internazionale a un istituto che nella prassi più risalente traeva origine all'interno delle varie comunità umane e giuridiche, ha favorito nel corso del XX secolo la graduale collisione del diritto di asilo con il fenomeno delle migrazioni internazionali.

Le conseguenze dei due conflitti mondiali, che hanno inferto un profondo *vulnus* nel sistema internazionale, hanno determinato, infatti, ingenti flussi di rifugiati, vittime di persecuzioni, e di profughi fuggiti dalla morsa della guerra⁷¹. Le nuove crisi che costellano lo scenario internazionale hanno contribuito a rendere il diritto di asilo la prerogativa giuridica più rilevante nella regolamentazione del fenomeno delle migrazioni internazionali di persone e dei flussi di rifugiati.

Il fenomeno migratorio, generalmente definito come «*a population movement, encompassing any kind of movement of people, whatever its length, composition and causes*⁷²», costituisce «uno dei campi giuridici maggiormente ricchi di problemi e di

⁷⁰ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LE REFUGIES (UNHCR), *Le réfugiés dans le monde – en quête des solutions*, Paris, 1995, p. 57.

⁷¹ Con riferimento al problema dei rifugiati e degli sfollati dei due conflitti mondiali, cfr. in particolare RODRIGUES, *A história do direito de asilo no Direito Internacional*, cit., p. 8 ss.

⁷² Cfr. la definizione elaborata dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), *International Migration Law, Glossary on Migration*, Geneva, 2004, p. 41, in cui si specifica che tale fenomeno include «*migration of refugees, displaced persons, uprooted people, and economic migrants*». Istituita nel 1951, l'OIM è la principale organizzazione internazionale in materia di migrazioni, che attualmente conta 127 Stati membri, mentre altri 17 Stati godono dello status di 'osservatore', accordato anche a numerose altre organizzazioni internazionali e non governative. Per ulteriori dettagli sull'OIM, si veda il relativo sito ufficiale: <<http://www.iom.int>>, per la dottrina cfr. in particolare tra gli altri PERRUCHOUD, *L'Organisation internationale pour le migrations*, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 33 (1987), pp. 513 – 539.

incognite da risolvere⁷³», soprattutto per quanto concerne la relazione di natura prettamente causale che sul piano giuridico s'instaura con la disciplina del diritto di asilo⁷⁴. Buona parte degli individui coinvolti in migrazioni internazionali, caratterizzate dall'attraversamento delle frontiere da parte di persone che si spostano da uno Stato, identificato come Paese di origine, verso un altro Stato, detto di destinazione⁷⁵, possono infatti rientrare nella più ampia tipologia giuridica dei soggetti 'richiedenti asilo', di cui tuttavia, il diritto internazionale, come per quel che concerne il soggetto migrante, non è riuscito ad elaborare ancora una definizione univoca ed una disciplina specifica⁷⁶.

⁷³ Come nota QUADRI, *op. cit.*, p. XI ss., «l'approccio giuridico al fenomeno migratorio è stato tutt'altro che sistematico», impedendo per lungo tempo alla dottrina internazionalista contemporanea «di individuare in modo chiaro le problematiche connesse ai fenomeni migratori», le quali risultano «essenzialmente diverse da quelle relative al trattamento dello straniero 'di passaggio', da sempre oggetto di studio e di approfondimento da parte della dottrina classica e contemporanea». In generale sul fenomeno delle migrazioni internazionali, si vedano anche i contributi pubblicati in CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Roma, 2009; BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Fagnano Alto, 2008; RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni. Fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, 2007; VASSALLO PALEOLOGO, CUTITTA (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli, 2006; LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005; SAULLE, *Asilo, migrazione, lavoro*, Napoli, 1995. Fra le più significative opere straniere sul diritto internazionale delle migrazioni, cfr. CHETAİL (sous la direction), *op. cit.*; CHOLEWINSKI, PERRUCHOU, MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, The Hague, 2007; DEMUTH, *Some Conceptual Thoughts on Migration*, in AGOZINO (ed.) *Theoretical and Methodological Issues in Migration Research*, London, 2000, pp. 21-58. Per i rilievi di natura demografica, economica, statistica e politica, cfr. BLANGIARDO, *L'impatto economico e sociale delle migrazioni internazionali*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit., pp. 39-55; CAGIANO DE AZEVEDO, *Le migrazioni internazionali*, Torino, 1995.

⁷⁴ Su tale peculiare nesso tra migrazione e asilo, si veda CASTLES, *The Migration-Asylum Nexus and Regional Approaches*, in KNEEBONE, RAWLINGS-SANAEI (eds.), *New Regionalism and Asylum Seekers: Challenges ahead*, New York, 2007, p. 26 ss.; KOSER, *New Approaches to Asylum?*, in *International Migration*, vol. 39 (2001), n. 2, pp. 85 -101. Attraverso l'analisi del contesto internazionale tra gli anni '70 e '80, l'autore nota una graduale convergenza tra rifugiati politici e migranti economici «in a single migration route, namely asylum seeking». Questa caratterizzazione, come si vedrà, sarà il principale fattore che determinerà la crisi del diritto di asilo nell'ordinamento internazionale contemporaneo. Sul punto si veda inoltre FELLER, *Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18 (2006), nn. 3-4, pp. 509-536. Sull'esigenza di differenziare i regime giuridici riguardanti rispettivamente i migranti e i richiedenti asilo, «to provide the best protection for people on the move today», si veda KARATANI, *How History Separated Refugee and Migrant Regimes: In Search of Their Institutional Origins*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), n. 3, pp. 517-541.

⁷⁵ Particolarmente rilevante risulta in questo senso la definizione di 'flussi migratori', fornita da NASCIBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in CARTA (a cura di), *op. cit.*, p. 2, il quale, richiamando l'etimologia latina dal verbo 'fluere', afferma che l'espressione indica «un movimento, uno spostamento, continuo e ripetuto nel tempo, di persone che si spostano da un paese all'altro», si tratta appunto di 'correnti' di persone.

⁷⁶ Per quanto attiene alla definizione di 'migrante', l'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 40, riconosce che «at the international level, no universally accepted definition of migrant exists. The term migrant is usually understood to cover all cases where the decision to migrate is taken freely by the individual concerned for reasons of "personal convenience" and without intervention of an

L'individuazione di queste categorie di soggetti riproduce l'inevitabile nesso di causalità, che congiunge il fenomeno delle migrazioni internazionali alla prassi del diritto di asilo, inteso nella sua concezione ambivalente di diritto dello Stato a concederlo e diritto dell'individuo di ottenerlo. Recentemente, infatti, al consueto fenomeno delle migrazioni volontarie per motivi economici si è gradualmente affiancato l'emergere di una nuova tipologia di flussi migratori, composti da una estrema varietà di soggetti, richiedenti asilo provenienti da contesti di precarietà politica e giuridica, suscettibili di compromettere la fruizione dei diritti fondamentali dell'uomo. Si tratta di 'flussi misti' di migranti, che hanno reso impercettibile la differenziazione tra i migranti per ragioni economiche e richiedenti asilo, costretti a lasciare i rispettivi Paesi di origine per tutelare quei valori intimamente connessi alla vita umana, la cui difesa rende la migrazione una necessità⁷⁷ e l'asilo un diritto

external compelling factor. This term therefore applies to persons, and family members, moving to another country or region to better their material or social conditions and improve the prospect for themselves or their family». Si segnala, inoltre, che anche per quanto concerne le migrazioni internazionali è possibile ricostruire tipologie, comportanti regimi giuridici e regolamentari alquanto differenziati. È questo il caso, ad esempio della *Convenzione Internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i migranti e le loro famiglie*, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU con risoluzione 45/158, *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, 18 Dicembre 1990, UN Doc. A/RES/45/158, entrata in vigore, ai sensi dell'art. 87 par. 1, il 1 Luglio 2003, (Stati firmatari: 30; Stati-Parte: 42), testo disponibile in: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r158.htm>>, [di seguito *Convenzione per i diritti dei migranti*]. Tale strumento non insiste soltanto su una nozione di straniero circoscritta alla condizione di lavoratore, ma ad essa associa quello status soggettivo di individuo, concepito nella sua essenza ontologica, e, dunque, meritevole di ottenere protezione contro ogni eventuale abuso dei rispettivi diritti fondamentali. In proposito cfr. NASCIBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, cit., p. 2.

⁷⁷ Tale descrizione tende a esplicitare il fenomeno delle 'migrazioni forzate', composte da tutti quegli individui 'costretti' ad abbandonare il proprio Paese di origine e cercare rifugio altrove per ragioni estremamente connesse alla fruizione dei diritti fondamentali. È questo il criterio fondamentale, ricavato dalla dottrina (per tutti cfr. J. MANGALA, *Prévention des déplacements forcés de population – possibilités et limites*, in *International Review of the Red Cross*, 2001, pp. 1067–1095) e confermato dall'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 25, in cui si accoglie una definizione 'olistica' di 'forced migration', inteso «*to describe a migratory movement in which an element of coercion exists, including threats to life and livelihood, whether arising from natural or man-made causes (e.g. movements of refugees and internally displaced persons as well as people displaced by natural or environmental disasters, chemical or nuclear disasters, famine, or development projects)*». Sul punto, si veda NÚRIA CAMPS (coord.), *El derecho internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Lleida, 2005 e per quanto concerne la specificità del fenomeno delle migrazioni forzate e l'autonomia della relativa categoria giuridica nell'ambito degli studi sulla problematica dei rifugiati cfr. CHIMNI, *The Birth of a 'Discipline': From Refugee to Forced Migration Studies*, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 22 (2009), n. 1, pp. 11–29; HELTON, JACOBS, *What is Forced Migration?*, in BAYEFSKY (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers*, Leiden, 2006, p. 3 ss., i quali definiscono 'forced migrant', «*a person a) who has left his or her place of residence, where the reasons of displacement are arbitrary and there has been non change in circumstances so as to render the displacement non-arbitrary; and b) who has a valid objection to return to his or her place of residence*». Con particolare riferimento al contesto dell'Unione Europea (UE), cfr. invece PLENDER, *Forced Migrations Ground and Limits to States' Action*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit., p. 89 ss. Tuttavia, una fenomenologia talmente complessa rende spesso difficoltoso per gli Stati di destinazione individuare la sussistenza dei requisiti per la concessione dell'asilo.

sempre più sensibile verso una dimensione individuale. Come noto, infatti, il migrante economico è un lavoratore che di regola dovrebbe ‘spostarsi’ con a seguito i propri documenti di identità e l’eventuale permesso di lavoro nel Paese di destinazione⁷⁸, circostanza estranea all’applicazione del diritto di asilo, che riguarderebbe quegli individui «*obliged to flee in order to safeguard [their] life or rights*»⁷⁹, per i quali si presume che non abbiano avuto la possibilità di provvedere a produrre alcuna documentazione, idonea ad attestare il relativo status giuridico.

La questione più complessa attinente alla regolamentazione del fenomeno migratorio in seno all’ordinamento internazionale scaturisce, dunque, dalla difficoltà di distinguere all’interno dei ‘flussi misti’, le categorie di soggetti, ai quali lo stesso ordinamento internazionale riserva una protezione ‘aggravata’, dai migranti, nei confronti dei quali gli Stati sulla base del principio di sovranità risultano legittimamente liberi di limitare, condizionare o impedire l’ingresso⁸⁰. Il diritto internazionale, come noto, sebbene non limiti la sovranità dello Stato circa la definizione della politica d’immigrazione e controllo delle frontiere, lasciando una piena discrezionalità di espellere gli immigrati irregolari o regolarizzare il loro status, tuttavia, presume che il trattamento degli stranieri che si trovino sul territorio di uno Stato sia informato da tre principi fondamentali.

Si tratta di fattori, desunti direttamente dalle caratteristiche intrinseche dei diritti umani, quali l’indivisibilità, l’interdipendenza e l’universalità, in conformità ai

Come nota ELMADMAD, *Mixed Flows and the Protection of Migrants with Special Reference to Sub-Saharan Migrants*, in *ISPI – Working Paper*, 2008, n. 25, p. 9, la difficoltà di identificare le diverse categorie di migranti ha svuotato il regime giuridico e le norme internazionali applicabili, poiché «*normally these laws should be kept separated and should apply specifically to each kind of migration and migrants, but because of mixed flows of migrants, who are moving sometimes for mixed causes, it has become quite difficult to draw such a distinction and there is now confusion between migrants and their rights*».

⁷⁸ In proposito, la *Convenzione per i diritti dei migranti*, nel disposto dell’art. 2, presentando le diverse categorie di ‘lavoratore migrante’, specifica che tale espressione in generale si riferisce “*to a person who is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity in a State of which he or she is not a national*”. Il successivo art. 3 lett. d), inoltre, puntualizza che la Convenzione non si applica in principio ai rifugiati o agli apolidi “*unless such application is provided for in the relevant National legislation of, or International instruments in force for, the State Party concerned*”.

⁷⁹ ELMADMAD, *Mixed Flows and the Protection of Migrants*, cit., p. 3.

⁸⁰ La confusione normativa che caratterizza il diritto internazionale per quanto concerne la regolamentazione dei flussi migratori è diffusamente analizzata da QUADRI, *op. cit.*, p. 83 ss., la quale, pur nella carenza di sistematicità normativa, ricostruisce tre livelli giuridici relativi alla disciplina delle migrazioni internazionali, imputabili alle disposizioni in materia, incluse in numerosi trattati internazionali ed altri strumenti di *soft law*, alle disposizioni rinvenibili in convenzioni internazionali, volte a disciplinare alcuni aspetti particolari delle migrazioni e, infine, nei trattati di natura bilaterale fra Stati di specifiche aree geografiche. In proposito, cfr. anche GRANT, *An International Migration Protection Regime: the Current Situation, Dilemmas and Initiatives*, in *ISPI Working Papers*, 2006, n. 9, p. 8, in cui è resa in maniera molto evidente la dispersione normativa che caratterizza la disciplina dei flussi migratori, nella misura in cui si considera che negli ultimi sessant’anni «*international protection for migrants has developed along a number of legal tracks: international human rights, international labour and international criminal law, international maritime law and – by far the oldest – consular protection by the state of nationality*».

quali tutti gli esseri umani sono uguali e godono degli stessi diritti, deponendo a favore della parità di trattamento tra cittadini e stranieri nella fruizione dei diritti fondamentali⁸¹ e della eventuale protezione dall'espulsione forzata verso Paesi, in cui tali individui potrebbero risentire di un «*irreparable harm*»⁸². Quest'ultima previsione costituisce non solo un valido parametro giuridico ma anche una condizione necessaria, che s'impone al diritto internazionale per impedire la crisi del diritto di asilo o semplicemente il suo abuso, circostanza che qualche secolo addietro comportò l'estinzione dell'asilo religioso⁸³.

⁸¹ Il fatto che né la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, né le varie convenzioni sui diritti umani facciano distinzioni di sorta circa la categoria giuridica degli stranieri, attesta la portata universale dei diritti dell'uomo. La stessa Dichiarazione universale all'art. 1 stabilisce che “*tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti*” e ad ogni essere umano il testo della Dichiarazione associa l'inalienabile fruizione dei diritti contemplati. Tali caratteristiche sono state tra l'altro confermate dalla *Dichiarazione di Vienna*, adottata il 25 Giugno 1993 in seno alla Conferenza mondiale sui diritti umani (Vienna, 14 – 25 Giugno 1993), cfr. *Vienna Declaration and Programme of Action*, UN Doc. A/CONF.157/23, il cui testo disponibile in: <<http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/CONF.157/23>>, riconosce espressamente che “*the universal nature of these rights and freedoms is beyond question*” e che “*Human rights and fundamental freedoms are the birthright of all human beings*”. Con riferimento al Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (*International Covenant on Civil and Political Rights*), adottato e aperto alla firma, ratifica e adesione il 16 Dicembre 1966 con Ris. 2200 (XXI) dell'Assemblea generale, ed entrato in vigore il 23 Marzo 1976, (Stati firmatari: 72; Stati-Parte: 165), in UN *Treaty Series*, vol. 999, p. 171, testo disponibile anche in: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>, tale orientamento è stato confermato da uno studio della *Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights*, 55ª Sessione, *The Rights of Non Citizens*, Final Report of the Special Rapporteur, David WEISSBRODT, 26 Maggio 2003, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23, disponibile in: <www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=E/CN.4/Sub.2/2003/23>, in cui si legge al par. 6 che «*The architecture of international human rights law is built on the premise that all persons, by virtue of their essential humanity, should enjoy all human rights unless exceptional distinctions, for example, between citizens and non-citizens, serve a legitimate State objective and are proportional to the achievement of that objective*». Con riferimento, inoltre, ai lavori del Comitato per i diritti umani, cfr. UN HRI, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies. General Comment No. 15 – The Position of Aliens under the Covenant*, 26 Aprile 2001, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, in: <<http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=HRI/GEN/1/Rev.5>>, p. 128, par. 7, «*Aliens thus have an inherent right to life, protected by law, and may not be arbitrarily deprived of life... Aliens have the full right to liberty and security of the person. If lawfully deprived of their liberty, they shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of their person... They have the right to liberty of movement and free choice of residence; they shall be free to leave the country. Aliens shall be equal before the courts and tribunals, and shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law in the determination of any criminal charge or of rights and obligations in a suit at law... They may not be subjected to arbitrary or unlawful interference with their privacy, family, home or correspondence. They have the right to freedom of thought, conscience and religion, and the rights to hold opinions and to express them... Aliens are entitled to equal protection by the law. There shall be no discrimination between aliens and citizens in the application of these rights. These rights of aliens may be qualified only by such limitations as may be lawfully imposed under the Covenant*».

⁸² GRANT, *An International Migration Protection Regime*, cit., p. 9.

⁸³ Sul punto KOSER, *New Approaches to Asylum?*, cit., p. 88, conferma che «*the perception that evolved at the beginning of the 1990s, and still predominates today, is that the vast majority of those seeking asylum are actually economic migrants; “bogus” asylum-seekers in search of work, not protection*». La difficoltà di distinguere i «rifugiati politici» «*from a “social” refugee escaping “merely” the general conditions of hopelessness and repression and the drabness and dreariness of*

1.2.1. *Il fenomeno degli “esodi di massa” nel diritto internazionale.*

Il fenomeno delle migrazioni internazionali ha contribuito a contestualizzare il diritto di asilo in seno ad una cornice giuridica più ampia, capace di ridimensionare ancora più sensibilmente il principio della sovranità territoriale. Se lo Stato non incontra in linea di principio alcun limite imposto dal diritto internazionale, oltre a quello concernente il trattamento dei suoi cittadini, e le situazioni specifiche dei ‘rifugiati’, esso non può, comunque, dettare regole di natura interna circa fenomeni internazionali, come le migrazioni, specialmente nel caso di flussi di stranieri richiedenti asilo, senza tener conto delle norme internazionali in materia⁸⁴. Da questo punto di vista, tuttavia, l’ordinamento internazionale non dispone ancora di un adeguato quadro normativo, idoneo alla regolamentazione di quei movimenti collettivi, noti come “esodi di massa”, di individui appartenenti alle stesse comunità territoriali di origine, costretti a migrare per cause non legate a fattori strettamente economici, bensì per ottenere rifugio e assistenza umanitaria⁸⁵.

everyday life», era già nota, come sottolinea KIRCHHEIMER, *Asylum*, cit., pp. 988– 989, alle soglie degli anni ‘60.

⁸⁴ «A maggior ragione -rileva NASCIBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in LEANZA (a cura di), *op. cit.*, p. 77 ss.- se è parte di organizzazioni internazionali che adottano o propongono agli Stati regole in tale ambito».

⁸⁵ In questo senso rileva la definizione elaborata in dottrina da VIBEKEN EGGI, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, The Hague, 2002, p. 23, che descrive il concetto di «*mass influx*» nei termini di «*rapid and sudden crossing of International borders by large numbers of uninvited foreigners who are seeking safety from acute danger or other threats to their life and liberty*». L’OIM, *International Migration Law*, cit., p. 22, definisce gli esodi come «*movements in groups (isolated and sporadic) out of country of origin*», specificando che «*mass exodus is a movement in large numbers or of a section of the community at a given time*», mentre inquadra il flusso migratorio come «*the number of migrants counted as moving or being authorized to move, to or from a country to access employment or to establish themselves over a defined period of time*». Particolarmente rilevante è in questo senso la definizione di “flussi migratori”, fornita da NASCIBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in CARTA (a cura di), *op. cit.*, p. 2, il quale, richiamando l’etimologia latina dal verbo “*fluere*”, afferma che l’espressione indica «un movimento, uno spostamento, continuo e ripetuto nel tempo, di persone che si spostano da un paese all’altro», si tratta appunto di ‘correnti’ di persone. Alquanto carente è, tuttavia, la letteratura in materia, essendo spesso il fenomeno degli “esodi di massa”, sottinteso dalla dinamica più ampia e generica dei flussi migratori. Tuttavia, per uno specifico inquadramento nel diritto internazionale si veda il Rapporto elaborato in seno al Consiglio economico e sociale dell’ONU, Human Rights Commission, *A Study on Human Rights and Massive Exodus*, (Special Rapporteur: Sadruddin AGA KHAN), 31 Dicembre 1981, UN Doc. E/CN.4/1503, in: <www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=E/CN.4/1503>, e, più recentemente, UNHCR, *Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework*, 19 Febbraio 2001, UN Doc. EC/GC/01/4, disponibile in: <www.unhcr.org>. Per un tentativo di ricostruzione del fenomeno in dottrina, si veda GRAZIANI, *Rifugiati, displaced persons e internally displaced persons nel diritto internazionale contemporaneo*, II ed., Napoli, 2006, p. 147 ss.; NÚRIA CAMPS (coord.), *El derecho internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Lleida, 2005; EINARSEN, *Mass Flight: the Case for International Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), n. 4, pp. 551–578; CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 75 (1992), n. 2, pp. 903-931; MARTIN, *Large-scale Migrations of Asylum Seekers*, in *American Journal of International Law*, vol. 76 (1982), pp. 598–610.

Si tratta di un fenomeno che non ha ancora conosciuto un'adeguata e specifica regolamentazione normativa sul piano internazionale, nonostante abbia formato oggetto di analisi già nel primo dopoguerra, mentre in prospettiva storica è possibile ricostruire fenomeni del genere in epoche molto lontane⁸⁶. Dopo il secondo conflitto mondiale la dottrina distingue tre fasi di evoluzione nella regolamentazione internazionale degli esodi di massa⁸⁷.

La prima fase, caratterizzata da flussi d'individui in fuga dai Paesi dell'Europa orientale per sottrarsi al regime comunista, ha comportato l'identificazione dei soggetti costretti ad abbandonare lo Stato di origine, in conformità a un'impostazione prettamente ideologica assegnata durante la guerra fredda al concetto di 'rifugiato' in genere e recepita dalla stessa *Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati* del 1951⁸⁸. La seconda fase di evoluzione ha assunto, invece, come epicentro i Paesi in via di sviluppo e sottende come fattore causale la persistenza di cruenti conflitti etnici, coloniali e civili, situazioni di occupazione militare o di aggressione esterna, e altri disordini interni, quali la sistematica violazione dei diritti umani o eventuali disastri naturali⁸⁹. Questa nuova dimensione consentirà la proliferazione di strumenti normativi regionali, tra i quali la *Convenzione del 1969 che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa*, adottata nell'ambito dell'Organizzazione per l'Unità Africana (dal 1999 Unione Africana), che riconosce lo status di rifugiati anche a quegli individui che a causa di "un'occupazione o di dominio straniero oppure di eventi che turbano

⁸⁶ Nel Rapporto elaborato da AGA KHAN, *A Study on Human Rights and Massive Exodus*, cit., par. 1, si evidenzia che «from earliest times men have been fleeing one another's intolerance or migrating in search of land and livelihood».

⁸⁷ In questo senso si veda CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, cit., p. 903 ss.

⁸⁸ La *Convenzione relativa allo status dei rifugiati (Convention relating to the Status of Refugees)*, adottata il 28 Luglio 1951 dalla Conferenza dei Plenipotenziari sullo Status dei Rifugiati e degli Apolidi, convocata sulla base della risoluzione dell'Assemblea generale 429 (V) 1950, *Draft Convention Relating to the Status of Refugees*, 14 Dicembre 1950, ed in vigore, ai sensi dell'art. 43, dal 22 Aprile 1954, (Stati firmatari: 19; Stati-Parte: 144), in *UN Treaty Series*, vol. 189, p. 137, testo disponibile anche in: <<http://www2.ohchr.org/english/law/refugees.htm>>, [di seguito "Convenzione di Ginevra del 1951"] all'art. 1 (A) 2, codifica una nozione di rifugiato fondata sul concetto di persecuzione individuale "for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion".

⁸⁹ Come indicato dall'*United Nations High Commissioner on Refugees (UNHCR)*, Executive Committee, *Report of the Working Group on Solutions and Protection to the Forty-second Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme*, 2 Agosto 1991, UN Doc. EC/SCP/64, par. 27, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=3ae68ccb14&query=EC/SCP/64>>, «several types of man-made disasters which could lead to mass outflows of persons. International or internal armed conflict and/or foreign aggression, massive violations of human rights and other phenomena including industrial accidents were seen as causes of significant cross-border movements of people». Il Rapporto inoltre considera la proposta di alcune delegazioni nazionali, le quali hanno formulato l'ipotesi che «dysfunctional national and international economic and political policies could lead to significant mass border flows».

gravemente l'ordine pubblico” sono costretti a chiedere asilo e cercare rifugio altrove⁹⁰.

Tale fattore inciderà sul successivo momento di sviluppo degli esodi di massa, caratterizzato da una «dilatazione del problema, sia sul piano numerico che su quello geografico»⁹¹, con una conseguente reazione da parte dei Paesi di destinazione piuttosto restrittiva in merito alla concessione dell'asilo e all'applicazione degli strumenti normativi internazionali.

Alla luce delle più recenti dinamiche migratorie, a tale fase è possibile accostare un'altra linea di sviluppo che sembra contestualizzare il fenomeno degli esodi di massa nella regione euro-mediterranea, destabilizzando l'elaborazione di efficaci politiche d'immigrazione e asilo a livello europeo, col rischio di reiterare lo stereotipo della «*fortress Europe*», costruita su una miscela di concetti normativi e programmi politici «*set up to prevent unwanted immigration*»⁹². Il fenomeno, presenta, in questo caso, una specifica anomalia riconducibile al fatto che, per quanto motivati da ragioni stringenti, specialmente sul piano economico, in tali esodi non è sempre evidente l'effetto di una coercizione sulla volontà degli individui⁹³.

Gli esodi di massa rientrerebbero, pertanto, nella più generale categoria delle “migrazioni forzate”, composte da tutti quegli individui per i quali l'abbandono del proprio Paese di origine non è una scelta del tutto volontaria ma una necessità, spesso estremamente connessa alla fruizione dei diritti fondamentali.

L'analisi evolutiva del fenomeno, registrata nel Rapporto sugli esodi di massa, elaborato dalla Commissione per i diritti umani in seno al Consiglio economico e sociale dell'ONU, di cui è stato Relatore speciale, Sadruddin Aga Khan⁹⁴, ha consentito di ricavare due criteri fondamentali, di natura quantitativa e qualitativa, idonei a definire un esodo di massa.

⁹⁰ Cfr. *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, adottata il 10 Settembre 1969, in vigore dal Giugno 1974, in *UN Treaty Series*, n. 14, vol. 691. Ai sensi dell'art. 1.2 “*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*”.

⁹¹ Sul punto cfr. CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, cit., p. 906 ss.

⁹² ALBRECHT, *Fortress Europe? – Controlling Illegal Immigration*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 10 (2002), n. 1, p. 21.

⁹³ Secondo la recente *Comunicazione sulla migrazione* della Commissione europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 4 Maggio 2011, COM (2011) 248 def., «oltre 20.000 migranti, provenienti principalmente dalla Tunisia e, in misura minore, da altri paesi africani, sono riusciti ad entrare nell'UE in modo irregolare, sbarcando sulle coste dell'Italia (soprattutto dell'isola di Lampedusa) e di Malta – paesi entrambi esposti a forte pressione migratoria. Si tratta per lo più di migranti per motivi economici che dovrebbero essere rimpatriati nei rispettivi paesi d'origine».

⁹⁴ *Supra*, nt. 85.

Il primo profilo indica che il numero elevato d'individui superiore generalmente a un quarto della popolazione del Paese d'origine costituisce un esodo di massa, mentre in termini qualitativi una situazione può configurarsi come esodo di massa, nonostante il numero non eccessivamente elevato d'individui, se essi appartengono comunque a una determinata minoranza etnica o religiosa, costretta ad abbandonare il Paese di origine per sfuggire a una minaccia oggettiva e diffusa di persecuzione⁹⁵. Al di là dell'aspetto qualitativo, occorre osservare che nel caso di emergenze umanitarie che colpiscono Stati demograficamente e territorialmente limitati uno spostamento della popolazione potrebbe soddisfare anche il menzionato criterio quantitativo.

Un fattore complementare a tali criteri attiene, invece, alla situazione contestuale, suscettibile di originare "esodi di massa", a causa di circostanze «*affecting any of the various spheres of human life*⁹⁶». È evidente in questo senso che la relazione tra esodi di massa e violazioni dei diritti umani, perpetrate nei Paesi d'origine, oltre a rendere inadeguata la portata individuale del concetto di persecuzione, sotteso alla Convenzione di Ginevra del 1951, svuota gli strumenti normativi sulla protezione dei rifugiati e il diritto di asilo di concreta applicabilità⁹⁷.

Gli individui coinvolti in esodi di massa non rientrano nella ristretta definizione di rifugiato, essendo invece la categoria giuridica più idonea ad inquadrarli quella di "*displaced persons*", che include quegli individui, definiti impropriamente "profughi internazionali" o "rifugiati *de facto*", costretti ad abbandonare il proprio Stato d'origine a causa di fattori di varia natura⁹⁸.

Tale espressione per la prima volta fu inserita nell'atto costitutivo dell'*International Refugee Organization* del 1946, il cui Allegato I, definiva

⁹⁵ In relazione ai due criteri indicati, AGA KHAN, *A Study on Human Rights and Massive Exodus*, cit., par. 25, definisce un esodo di massa in termini quantitativi «*if the number of persons leaving is very high in relation to the country of origin or the country of asylum*», specificando che «*it will be seen that some of the situations selected have involved a loss of population amounting to more than a quarter of the national population. However, a flow of even one per cent or less in a country with say 40 or 50 million people could well constitute a mass influx for a receiving country*», mentre, in termini qualitativi, «*a situation may be considered one of mass exodus despite the number of people leaving being relatively low, if they should belong to a particular minority, such as a religious or ethnic group. If events or circumstances prevailing in a given country and affecting in particular a certain minority or group leads to the departure of a high proportion of them, this could be qualified as a mass exodus*».

⁹⁶ Si legge ancora nel Rapporto, AGA KHAN, *A Study on Human Rights and Massive Exodus*, cit., par. 26, che «*mass exodus may be caused by factors affecting any of the various spheres of human life which the universal Declaration of Human Rights enshrines, that is to say the personal life or the economic, political and civic aspects of human society*».

⁹⁷ Sul punto si veda l'analisi di CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, cit., p. 908 ss.

⁹⁸ L'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 19 ss., considera "displaced" «*a person who flees his/her State or community due to fear or dangers other than those which would make him/her a refugee. A displaced person is often forced to flee because of internal conflict or natural or manmade disasters*». Sulla nozione di "displaced persons", si rinvia a HULL, *Displaced Persons: the New Refugees*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13 (1983), p. 755 ss.; più ampiamente cfr. GRAZIANI, *Rifugiati, displaced persons e internally displaced persons*, cit., p. 147 ss.

“displaced” la persona costretta «*to leave his country of nationality or of former habitual residence, such as persons who were compelled to undertake forced labour or who were deported for racial, religious or political reasons*»⁹⁹. Si fa riferimento, segnatamente alle “externally displaced persons”, poiché soltanto con riferimento ad esse si realizza quell'improvviso e rapido attraversamento dei confini internazionali che determina un esodo di massa, essendo, al contrario gli “internally displaced persons”, sfollati, costretti ad abbandonare il luogo di loro abituale residenza, senza tuttavia varcare le frontiere internazionali dello Stato¹⁰⁰.

La natura oggettiva della minaccia, capace di arrecare pregiudizio a una comunità d'individui piuttosto che a una singola persona, rappresenta l'elemento distintivo rispetto alla nozione di rifugiato. Da tale considerazione deriva la consapevolezza che la protezione per le “displaced persons” non è soggetta a un accertamento individuale della condotta dello Stato rispetto al singolo cittadino, ma deve fondarsi su un «giudizio collettivo», volto a verificare l'esistenza di condizioni oggettive di pericolo e violenza generalizzata¹⁰¹.

Trattandosi di movimenti collettivi, una regolamentazione giuridica degli esodi di massa può solo parzialmente mutuare alcuni principi dal classico sistema internazionale di protezione dei rifugiati. L'unico principio applicabile agli esodi di massa nel diritto internazionale potrebbe consistere, dunque, nel divieto di respingimento, sotteso all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951¹⁰². Nel 1989, il Comitato esecutivo dell'UNHCR ha istituito un gruppo di lavoro che ha esteso le competenze dell'Alto Commissariato alle vittime di conflitti armati o di violenza generalizzata e numerose risoluzioni dell'Assemblea generale hanno autorizzato l'UNHCR a fornire protezione alle “displaced persons”¹⁰³. Altri sviluppi normativi nel campo della tutela dei rifugiati hanno accolto l'approccio che rende il principio di *non-refoulement* applicabile alle situazioni di esodo di massa, come

⁹⁹ Cfr. *Constitution of the International Refugee Organization*, adottata dall'ONU il 15 Dicembre 1946, entrata in vigore il 20 Agosto 1948, in *UN Treaty Series*, No. 283, vol. 18, p. 3, Annex I, Part I, Sec. B.

¹⁰⁰ Il Rapporto del Rappresentante speciale del Segretario generale dell'ONU per gli sfollati, Francis M. DENG, *Guiding Principles on Internal Displacement*, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2., 11 Febbraio 1998, in UNHCR, *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, vol. 1, Geneva, 2007, p. 114 ss., definisce gli “internally displaced persons” (IDPs) «*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*».

¹⁰¹ CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, cit., p. 913.

¹⁰² Dispone in proposito l'art. 33 par. 1, “*Prohibition of expulsion or return ('refoulement')*”:

“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*”.

¹⁰³ Cfr. Assemblea generale, *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 16 Dicembre 1992, UN Doc. A/RES/47/105. In proposito si veda HULL, *Displaced Persons*, cit., p. 766 ss.

risulta dalla citata Convenzione dell'OUA del 1969, dalla Dichiarazione di Cartagena del 1984¹⁰⁴ e da una cospicua serie di risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU¹⁰⁵. Considerevoli opinioni di dottrina hanno ritenuto, infine, che oltre ad incorporare la portata sostanziale dell'art. 33(1) della Convenzione di Ginevra del 1951, il diritto consuetudinario ha anche amplificato il principio di non *non-refoulement* «to include displaced persons who do not enjoy the protection of the government of their country of origin¹⁰⁶».

In caso di esodi di massa, nella misura in cui il principio di *non-refoulement* è suscettibile di implicare un rifugio su base temporanea, consentirebbe a tale categoria di persone di beneficiare di una «presunzione di aiuto umanitario»¹⁰⁷, quale estensione del principio del suddetto principio, nei casi in cui la vita degli individui sia esposta ad effettivo pericolo.

1.2.2. *La ricostruzione di un'eventuale responsabilità internazionale dello Stato di origine degli esodi di massa.*

La questione della responsabilità dello Stato di origine¹⁰⁸, «*sur le territoire ou sous le contrôle ou la juridiction duquel émane un exode de population*¹⁰⁹, scaturisce dalle conseguenze e dalle caratteristiche assunte da tale fenomeno negli anni più recenti, che hanno comportato da una parte l'insorgere di nuove problematiche

¹⁰⁴ Cfr. *Cartagena Declaration on Refugees*, 19-22 Novembre 1984, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, Rev.1, 1984-1985, p.190.

¹⁰⁵ LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non refoulement: Opinion*, in E. FELLER-V. TÜRK-F. NICHOLSON (Eds.), *Refugee Protection in International Law - UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, p. 119, hanno ribadito che «*the words of Article 33(1) give no reason to exclude the application of the principle to situations of mass influx. On the contrary, read in the light of the humanitarian object of the treaty and the fundamental character of the principle, the principle must apply unless its application is clearly excluded*».

¹⁰⁶ GOODWIN-GILL, *Non-refoulement and the New Asylum Seekers*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 902.

¹⁰⁷ Cfr. GRAZIANI, *Rifugiati, displaced persons e internally displaced persons*, cit., p. 155 ss.

¹⁰⁸ In particolare sulla problematica in questione cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 530 ss.; GOWLLAND-DEBBAS, *La responsabilité internationale de l'Etat d'origine pour des flux de réfugiés*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 98– 31; PISILLO MAZZESCHI, *Flussi di rifugiati e responsabilità dello Stato di origine*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 82 (1999), p. 621 ss.; BEYANI, *State Responsibility for the Prevention and Resolution of Forced Population Displacements in International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), Special Issue, pp. 130-147; CZAPLIŃSKI, ŠTURMA, *La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés provoqués par eux*, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. XL (1994), pp. 156–169; AKHAVAN, BERGSMO, *The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 58 (1989), nn. 3-4, pp. 243–256; HOFFMANN, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 45 (1985), pp. 694 –713.

¹⁰⁹ Cfr. GOWLLAND-DEBBAS, *La responsabilité internationale de l'État d'origine pour des flux de réfugiés*, cit., p. 98.

soprattutto per gli Stati di destinazione circa l'applicazione del diritto di asilo a migliaia di profughi.

Le conseguenze dell'esodo di massa ricadono, infatti, sugli Stati di destinazione configurando oneri di natura soprattutto economica e sociale. Da questo punto di vista, si comprende non solo la necessità di individuare strategie di prevenzione, basate sulla protezione negli stessi Stati di origine¹¹⁰, ma anche di verificare che una determinata condotta politica, convenzionalmente definita «*refugee-generating policy*»¹¹¹, riproduca un fatto illecito internazionale. È in questo stesso alveo che si collocano i tentativi, volti a ricostruire la sussistenza di un'eventuale responsabilità internazionale dello Stato di origine nei confronti dello Stato di destinazione. A tale forma di responsabilità la dottrina ha, inoltre, inteso affiancare due ulteriori profili attinenti rispettivamente alla responsabilità dello Stato di origine nei confronti dei rifugiati stessi e un'eventuale forma di responsabilità, suffragata da alcune risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU, nei confronti di tutta la comunità internazionale¹¹².

Poiché la responsabilità internazionale presuppone la violazione di un obbligo a causa di una condotta addebitabile allo Stato, occorre ricostruire la sussistenza dei due tradizionali criteri, suscettibili di impegnare la responsabilità dello Stato¹¹³, nonché il nesso di causalità tra l'illecito e il flusso di profughi.

È necessario distinguere due ipotesi diverse, imputabili da un lato alla circostanza che la situazione contingente che determina l'esodo di massa sia estranea alla volontà dello Stato territoriale, dall'altro all'eventualità che sia il regime dello stesso Stato di origine a creare condizioni pregiudizievoli nei confronti della fruizione dei diritti fondamentali dell'uomo, al punto da originare esodi di massa. Escludendo che un esodo sia direttamente rapportabile alla condotta dello Stato di origine nei casi di occupazione militare, aggressione esterna, guerra civile o

¹¹⁰ Lo stesso UNHCR, ExCom, *Note on International Protection*, 25 Agosto 1992, UN Doc. A/AC.96/799, par. 26, «*considered prevention to be an umbrella term covering activities both to attenuate causes of departure and to reduce or contain cross-border movements or internal displacements*».

¹¹¹ HOFFMANN, *Refugee-Generating Policies and the law of State responsibility*, cit., p. 694 ss.

¹¹² Cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 530 ss.

¹¹³ Alla luce dei numerosi lavori della CDI, dedicati a partire dagli anni sessanta alla codificazione delle regole sulla responsabilità internazionale dello Stato, il *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati per atti illeciti internazionali*, approvato in seconda lettura il 10 Agosto 2001, cfr. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, [di seguito "Progetto di articoli"], in: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/9_6.htm>, p. 34 ss., conferma la sussistenza dei due tradizionali elementi, rispettivamente di natura soggettiva e oggettiva (sebbene, come si legge nel commento all'art. 2 del Progetto, «*the articles avoid such terminology*»), costitutivi dell'atto illecito internazionale. Secondo il disposto dell'art. 2 del Progetto, rubricato col titolo «*Elements of an internationally wrongful act of a State*», «*There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State*».

catastrofi naturali, a meno che non si riscontri una grave negligenza dello Stato a prestare la necessaria assistenza umanitaria alla popolazione civile¹¹⁴, occorre valutare con riferimento alla seconda ipotesi in che misura lo Stato può essere direttamente responsabile di aver generato flussi di profughi.

Secondo quest'ultima ipotesi l'illecito sarebbe determinato dalla condotta tipicamente persecutoria che si espleta nella violazione dei diritti fondamentali¹¹⁵. Sul piano soggettivo, la nota complessità dei fattori contingenti dai quali si originano gli esodi di massa, non sempre sottende circostanze che sfuggono al controllo dello Stato di origine, come accade nei casi di occupazione straniera o disastri naturali. È chiaro che in queste situazioni non è possibile rintracciare una condotta di natura commissiva o omissiva da parte degli organi capaci di impegnare la responsabilità dello Stato¹¹⁶.

La maggior parte degli esodi di massa, che rappresenta la conseguenza diretta di flagranti violazioni dei diritti umani, oppure, in caso di conflitti interni o internazionali, delle norme di diritto internazionale umanitario, determina non solo un illecito internazionale da parte dello Stato, ma anche un 'crimine' addebitabile all'esecutore materiale¹¹⁷. A tal riguardo, si deve notare, ai fini della ricostruzione

¹¹⁴ Sostiene in proposito GOWLLAND-DEBBAS, *La responsabilité internationale de l'État d'origine*, cit., p. 106, che «*certaines causes d'exode telles que les catastrophes naturelles, graves problèmes socio-économiques ou famine, ne peuvent être attribuées à l'État – tant que celui-ci n'a pas fait preuve d'un manquement à une obligation de vigilance*».

¹¹⁵ In dottrina, per tutti cfr. PISILLO MAZZESCHI, *Flussi di rifugiati e responsabilità dello Stato di origine*, cit., p. 625 ss., il quale ha opportunamente ritenuto che la responsabilità dello Stato scaturirebbe non solo da *gross violations* dei diritti fondamentali, ma anche in caso di violazioni minori di diritti comunque considerati fondamentali.

¹¹⁶ L'art. 4 par. 1 del *Progetto di articoli* stabilisce come regola generale concernente l'imputabilità di una determinata condotta allo Stato che: "*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*". La nozione di organo statale deve essere intesa, dunque, nel senso più ampio, si legge, infatti, nel commento allo stesso articolo che, sulla base del principio di unità dello Stato, «*...the acts or omissions of all its organs should be regarded as acts or omissions of the State for the purposes of international responsibility. It goes without saying that there is no category of organs specially designated for the commission of internationally wrongful acts, and virtually any State organ may be the author of such an act. The diversity of international obligations does not permit any general distinction between organs which can commit internationally wrongful acts and those which cannot...*». Tale interpretazione è stata confermata in termini perentori dalla stessa CIG, Parere consultivo, 29 Aprile 1999, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, in: <www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=9e&case=100&code=numa&p3=4>, par. 66, la quale ha statuito che "*according to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State. This rule... is of a customary character*".

¹¹⁷ Rileverebbe da questo punto di vista la configurazione di una responsabilità internazionale di tipo penale a carico dell'individuo, in seguito alla commissione di crimini particolarmente efferati, capaci di urtare i valori e gli interessi vitali dell'intera comunità internazionale. La tesi inerente all'eventuale responsabilità penale individuale con riferimento alla deportazione d'individui o gruppi di popolazione posta in essere dallo Stato è stata suffragata da QUADRI, *op. cit.*, p. 130 ss., sebbene, bisogna osservare, non sia sempre possibile ricostruire una perfetta coincidenza tra l'ipotesi di

dell'elemento soggettivo dell'illecito, come la responsabilità sia comunque riconducibile allo Stato, qualora il fatto illecito, quale nel caso di specie una persecuzione nei confronti di alcune parti della popolazioni, sia commesso da individui, i quali, pur non rappresentando legittimi organi dello Stato, agiscano “*on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct*”¹¹⁸. Posto che le autorità dello Stato non abbiano agito allo scopo di evitare una persecuzione perpetrata da individui non qualificabili come agenti dello Stato, si può comunque parlare di una «*refugee-generating policy*», circostanza che non è ricostruibile, quando la persecuzione, pur essendo perpetrata da organi dello Stato, sia attuata al di fuori delle competenze ufficialmente assegnate, per cui non risponde all'esistenza di una politica statale favorevole alla creazione di esodi di massa¹¹⁹.

Tuttavia, una volta identificata la natura dell'elemento soggettivo in determinate *refugee-generating policies*, occorre stabilire se esse oggettivamente costituiscono una violazione di determinati obblighi internazionali da parte dello Stato di origine¹²⁰. Da questo punto di vista, l'analisi della prassi normativa¹²¹ ha condotto la dottrina a individuare una tipologia di obblighi internazionali, la cui violazione impedirebbe la permanenza sul territorio dello Stato di origine a causa della creazione di circostanze intollerabili, capaci di provocare come conseguenza un esodo di massa¹²².

deportazione forzata di popolazione e un esodo di massa. Per quanto entrambe le circostanze scaturiscano da politiche statali di tipo discriminatorio, la deportazione forzata sottende una specifica organizzazione da parte dello Stato territoriale, concernente le modalità operative e la costruzione di specifici campi di deportazione, eventualmente anche nel territorio di un altro Stato, previo il consenso di quest'ultimo. Appare, in questo senso, difficile ravvisare alla luce della prassi internazionale l'ipotesi individuata dall'autrice, relativa all'attuazione di «una politica di deportazione di individui o gruppi di popolazione posta in essere senza il consenso dello Stato di destinazione dei rifugiati». Al contrario, gli esodi di massa costituiscono dei flussi d'individui costretti a fuggire e cercare rifugio in conseguenza delle circostanze di natura anche persecutoria, poste in essere dallo Stato di origine, ma è chiaro che in questo caso non sempre esiste una vera e propria politica di deportazione.

¹¹⁸ Lo stesso *Progetto di articoli* all'art. 8 depone in questo senso.

¹¹⁹ Per ulteriori dettagli si veda HOFFMANN, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, cit., p. 701. È sintomatica la prassi di molti Stati di destinazione, volta a limitare il concetto di persecuzione soltanto alle ipotesi chiaramente riconducibili a un'autorità di governo, rifiutando di accordare lo status di rifugiati a tutti i soggetti vittime nello Stato di origine di “persecuzione privata”, perpetrata da «*sections of the population that do not respect the standards established by the laws of the country concerned*», a prescindere dall'interpretazione più ampia assegnata al concetto di persecuzione dall'UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Doc. HCR/IP/4/Eng/REV.1, Geneva, ried., Gennaio 1992, in: <www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32b0.html>, [di seguito ‘UNHCR Handbook’], par. 65.

¹²⁰ L'art. 12 del *Progetto di articoli*, definisce l'elemento oggettivo, costitutivo dell'illecito, disponendo che «*There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character*».

¹²¹ Cfr. CZAPLINSKI, ŠTURMA, *La responsabilité des États pour les flux de réfugiés*, cit., p. 157 ss.

¹²² HOFFMANN, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, cit., p. 705 sostiene che «*international obligations the breach of which may entail the responsibility of the*

La più recente prassi internazionale, reduce dalle operazioni di pulizia etnica compiute in Bosnia e dal genocidio in Ruanda o in Darfur, sembra fornire utili elementi, idonei a stabilire una correlazione tra le diverse ipotesi di violazione sistematica dei diritti umani e la propagazione di esodi di massa. Tuttavia, tale nesso di causalità non conduce tanto a considerare lo stesso esodo di massa come fatto illecito internazionale, quanto a costituire il ‘catalizzatore’ di un illecito già esistente e rappresentato dalla massiccia violazione dei diritti umani¹²³, poiché non sussiste nel diritto internazionale positivo uno specifico obbligo, volto ad impedire la provocazione di esodi di massa. La responsabilità internazionale dello Stato, dunque, risulterebbe dalla violazione degli obblighi che trovano fondamento giuridico negli strumenti preposti alla tutela dei diritti umani e che assumono natura convenzionale, consuetudinaria e cogente¹²⁴.

Se la violazione sistematica dei diritti umani prefigura in generale una responsabilità dello Stato “*towards the international community as a whole*”¹²⁵, per

country of origin in relation to the country of asylum are frequently said to include the duty of a State to accord to its nationals a certain minimum standard of treatment in the matter of human rights and, more rarely, a duty “not to create refugees”». GOWLLAND-DEBBAS, *La responsabilité internationale de l’État d’origine*, cit., pp. 108-110 riconosce, inoltre, che «*les causes d’un exode massif sont plus fréquemment dues à d’autres violations flagrantes des droits de l’homme et des libertés fondamentales, ainsi que du droit humanitaire...plutôt qu’à des actes délibérés d’expulsion ou de déportation qui empêcheraient juridiquement la résidence sur le territoire*».

¹²³ CZAPLINSKI, ŠTURMA, *La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés*, cit., p. 167, notano che si solleverebbe in questo caso una responsabilità «*pour des crimes autrement plus graves...que le simple fait d’avoir provoqué un flux de réfugiés*» .

¹²⁴ Come nota PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di ius cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 91 (2008), n. 1, pp. 5–38, «gli illeciti più gravi commessi dagli Stati –che nel precedente tentativo di codificazione delle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati venivano definiti “crimini internazionali” –sono oramai almeno in principio ricollegati a gravi violazioni non più di obblighi erga omnes, ma i norme inderogabili di diritto internazionale generale».

¹²⁵ In questo senso si è pronunciata la CIG in un noto *obiter dictum* della sentenza sul caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, (Belgio v. Spagna), sentenza, 5 Febbraio 1970, disponibile in: <www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bt2&case=50&k=1a>, par. 33, in cui la Corte ha affermato “*an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State... By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*”. Questa interpretazione ha trovato una nuova sistemazione normativa nel *Progetto di articoli*, il cui art. 48 nel tentativo di codificare le condizioni affinché la responsabilità internazionale di uno Stato possa essere invocata da uno Stato diverso da quello direttamente leso, specifica al par. 1 lett. b) che tale previsione è resa operativa se “*the obligation breached is owed to the International community as a whole*”. Si tratterebbe in sostanza, come conferma la risoluzione adottata dall’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Sessione di Krakow, *Obligations and rights erga omnes in international law*, risoluzione del 27 Agosto 2005 (Rapporteur: Giorgio Gaja), in: <www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_01_en.pdf>, art. 1 lett. a), di obblighi che secondo il diritto internazionale generale «...*a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action*», ossia di obblighi, come afferma PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, cit., p. 16, «esigibili dalla generalità degli Stati, operanti *uti universi*» per conto della comunità internazionale.

aver compromesso i supremi valori comuni a tutti gli Stati, nel caso specifico degli esodi di massa, intesi come conseguenza del suddetto illecito, una forma di responsabilità imputabile allo Stato di origine può essere riconosciuta nei confronti dello Stato di destinazione, a causa degli ingenti oneri di natura economica e sociale arrecati a quest'ultimo dall'afflusso notevole di profughi¹²⁶. Anche in questo caso la dottrina ha tentato di proporre diverse e suggestive soluzioni, principalmente rapportabili, da una parte, alla violazione della sovranità territoriale dello Stato di destinazione, dall'altra alla responsabilità internazionale da fatto non illecito¹²⁷.

Nella prima ipotesi sarebbe difficilmente concepibile che un esodo di massa sia intenzionalmente provocato dallo Stato di origine per destabilizzare un altro Stato, violando la relativa sovranità territoriale. Come noto, la prima violazione che lo Stato di origine effettua pregiudica proprio i diritti fondamentali degli individui coinvolti, non sarebbe pertanto verosimile che tale fenomeno possa essere assimilato alle circostanze che tradizionalmente si configurano come delle violazioni della sovranità territoriale dello Stato, quali, ad esempio, un'aggressione o un attacco armato¹²⁸.

Per quanto concerne l'eventuale responsabilità dello Stato di origine da fatto non illecito¹²⁹, rileverebbe invece il principio stabilito con riferimento al regime di responsabilità oggettiva per danno da inquinamento transfrontaliero, sotteso dalla nota sentenza arbitrale sul caso *Trail Smelter*, dalla cui giurisprudenza si desumerebbe un obbligo di riparare il danno arrecato da attività comunque non illecite secondo il diritto internazionale¹³⁰.

¹²⁶ In proposito osserva, infatti, GOWLLAND-DEBBAS, *La responsabilité internationale de l'Etat d'origine pour des flux de réfugiés*, cit., p. 117, che «*le franchissement d'une frontière, même s'il ne constitue pas le fait générateur de l'illicite, dans le cadre des relations entre l'Etat d'origine et ses nationaux, pourrait le devenir par le biais du dommage causé à un Etat tiers du fait de l'afflux massif de réfugiés sur son territoire*».

¹²⁷ *Ivi*, p. 118.

¹²⁸ Al contrario HOFFMANN, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, cit., p. 708, considerando l'obbligo di accoglienza che incombe sugli Stati di destinazione, afferma che «*it might be maintained that refugee-generating policies constitute a violation of a country's right to territorial sovereignty*».

¹²⁹ Tale regime di responsabilità internazionale ha costituito oggetto d'indagine di numerosi Rapporti della CDI nel periodo compreso tra il 1974 e il 1997, si veda in proposito l'evoluzione della tematica in seno ai lavori della CDI in: <<http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9.htm>>.

¹³⁰ Si tratterebbe in sostanza del principio implicante l'utilizzo del proprio territorio in modo da non arrecare danno a quello di un altro Stato ed espresso dal brocardo latino "*sic utere tuo ut alienum non laedas*", desunto dalla giurisprudenza arbitrale, in particolare relativa al caso *Trail Smelter* (Stati Uniti v. Canada), Sentenza Arbitrale, 16 Aprile 1938 e 11 Marzo 1941 (Arbitri: Charles Warren - USA, Robert A. E. Greenshields - Canada, Jan Frans Hostie - Belgio), in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 1905-1982, disponibile in <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf>. Nel caso di specie il tribunale arbitrale, istituito a seguito di una controversia riguardante i danni da inquinamento che una fonderia canadese al confine con gli Stati Uniti aveva arrecato al territorio di quest'ultimo Stato, ha riconosciuto lo Stato canadese responsabile per la condotta della compagnia in questione, in quanto "*under the principles of international law, as well as the law of the United States, no State has the*

Tale soluzione, tuttavia, risulterebbe scarsamente conciliabile con il diritto internazionale¹³¹ e conterrebbe il rischio di ignorare l'aspetto più drammatico degli esodi di massa, concernente non tanto la responsabilità dello Stato di origine, premesso che in questa prospettiva sussisterebbe comunque un diritto alla riparazione da parte dello Stato di accoglienza, quanto la prevenzione delle cause.

Infine, come ha eminentemente osservato Condorelli, «*la dimension essentiellement humanitaire, strictement humanitaire du droit des réfugiés serait totalement mise en crise si l'on y introduisait cette dimension de la responsabilité*¹³²», confermando, pertanto, la necessità di insistere sulla necessità di prevenzione degli esodi di massa, corroborando il regime di responsabilità internazionale, volto a reprimere lo sviluppo di politiche fortemente pregiudizievoli dei diritti fondamentali.

1.2.3. La presunta sussistenza di un diritto alla riparazione per lo Stato di destinazione degli esodi di massa.

Le stesse difficoltà richiamate circa la ricostruzione di un'eventuale responsabilità dello Stato di origine degli esodi di massa si riscontrano con riferimento alla questione del risarcimento dei danni economici e sociali causati allo Stato di destinazione dei profughi¹³³, problematica su cui parte della dottrina ritiene di rinvenire una posizione favorevole nella stessa giurisprudenza internazionale. Accertata, infatti, la responsabilità dello Stato di origine di supportare *refugee-generating policies*, alla luce dello sviluppo progressivo del diritto internazionale sarebbe possibile prevedere uno speculare diritto alla riparazione in capo allo Stato di destinazione.

right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence".

¹³¹ PISILLO MAZZESCHI, *Flussi di rifugiati e responsabilità dello Stato di origine*, cit., p. 645 ss., afferma che si tratta di un'ipotesi dottrinale che non sottende sufficienti riscontri nella prassi, imputabile precipuamente all'opinione del giurista inglese JENNINGS, *Some International Law Aspects of the Refugee Question*, in *British Yearbook of International Law*, 1939, p. 112, il quale riteneva che «*the wilful flooding of other States with refugees constitutes not merely an inequitable act, but an actual illegality*».

¹³² CONDORELLI, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 148–149, ha puntualizzato che «*il est important pour l'avenir et pour la dimension humanitaire, gigantesque, de ce problème, que le droit des réfugiés et le Haut Commissariat aux réfugiés se tiennent loin des profils de responsabilités internationales*».

¹³³ Sulla questione del diritto al risarcimento da parte dello Stato di asilo si veda più in generale GARRY, *The Right to Compensation and Refugee Flows: A 'Preventative Mechanism' in International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), n. 1, pp. 97–117; LEE, *The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum*, in *American Journal of International Law*, vol. 80 (1986), pp. 532–567, il quale riconosce che «*State responsibility for the creation of refugees includes compensation to both refugees and countries of asylum*».

L'ordinamento internazionale classico riconosceva un diritto al risarcimento soltanto in capo agli stessi rifugiati, come conseguenza di una forma di responsabilità che incombeva sullo Stato di origine per la violazione dei diritti fondamentali alla base di ogni esodo di massa. Numerosi strumenti convenzionali attribuiscono, infatti, all'individuo un titolo alla *restituito in integrum* o al risarcimento del danno, a seguito della violazione dei diritti contemplati, accompagnati da una forma di riparazione "procedurale", identificata nell'accesso ad apposite istanze giurisdizionali di tutela¹³⁴.

A causa delle difficoltà che ne ostacolavano l'applicazione concreta, quali il controverso status giuridico dei beneficiari o la mancanza di apposite istanze giurisdizionali, tale diritto si configurava spesso come una previsione facilmente contraddetta dalla prassi fino ad essere del tutto assorbito, specialmente in seno alle Nazioni Unite, dal diritto al ritorno volontario in patria¹³⁵, a cui fa esplicito riferimento lo Statuto dell'UNHCR, senza specificare alcun diritto al risarcimento per i rifugiati del Paese d'origine. La dottrina sembra ricavare il fondamento giuridico di tale diritto al risarcimento dalle risoluzioni della prassi normativa concernete il diritto al ritorno, riconosciuto a partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, il cui art. 13 prevede che "ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio Paese", e trasposto in una numerosa serie di risoluzioni dell'Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza dell'ONU¹³⁶. In particolare, il principio di restituzione dei beni materiali o l'indennizzo per l'eventuale danneggiamento degli stessi è stato affermato dall'Assemblea generale con riferimento ai rifugiati palestinesi già nella risoluzione 194 (III) 1948¹³⁷, ed è stato richiamato costantemente al punto da rappresentare una ipotesi di sviluppo progressivo del diritto internazionale, consentendo la cristallizzazione di nuove norme consuetudinarie.

¹³⁴ Cfr. *Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, art. 9 par. 5, e 14, par. 6; *Convenzione dell'ONU contro la tortura*, art. 14; CEDU, artt. 5 par. 5, e 41; *Convenzione americana*, artt. 10 e 63. Si veda F. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 539 ss.

¹³⁵ Tuttavia come nota LEE, *The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum*, cit., p. 535, «While neither the right of refugees to compensation nor their right to voluntary repatriation has been effectively implemented, the former has been accorded even less attention by the United Nations and by state practice than the latter». Sul diritto al ritorno e alla sua problematica configurazione nell'ordinamento internazionale si veda in particolare PINTON, *Il ritorno di persone sradicate nel diritto internazionale: diritto di ritorno o diritto al ritorno?*, in ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, p. 55 ss.

¹³⁶ Per l'analisi e la ricostruzione delle risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU si rinvia a PINTON, *Il ritorno di persone sradicate nel diritto internazionale*, cit., p. 57 ss.

¹³⁷ Assemblea generale, risoluzione 194 (III) 1948, *Palestine-Progress Report of The United Nations Mediator*, 11 Dicembre 1948, UN Doc. A/RES/194., la quale al punto 11, "Resolves that the refugees wishing to return to their homes and live at peace with their neighbours should be permitted to do so at the earliest practicable date, and that compensation should be paid for the property of those choosing not to return and for loss of or damage to property which, under principles of international law or in equity, should be made good by the Governments or authorities responsible".

In questa prospettiva, infatti, riconoscendo che il diritto al risarcimento da parte dei rifugiati sia regolato “*under principles of international law or in equity*”, l’Assemblea generale ha inteso ribadire un principio acquisito dal diritto internazionale vigente, recentemente oggetto di autorevoli ipotesi di codificazione, tra cui la *Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees*¹³⁸, adottata dall’International Law Association (ILA) nel 1992, la quale costituisce il primo testo normativo sul piano internazionale, che include alcuni principi giuridici concernenti l’obbligo di indennizzo per i rifugiati e per tutti i cittadini e stranieri illegalmente espulsi da uno Stato. Tale strumento, tuttavia, presenta una duplice lacuna, imputabile, per ciò che attiene all’efficacia giuridica, al fatto che non si può assolutamente configurare come un atto vincolante, quanto alla portata sostanziale, invece, esso tende a codificare dei principi generali attinenti all’indennizzo dei rifugiati, non tanto alla compensazione per gli Stati di asilo¹³⁹.

Sebbene sul piano normativo sembrerebbe scorgersi una maggiore attenzione al diritto di indennizzo dei profughi piuttosto che alla riparazione dei danni arrecati allo Stato di asilo, in dottrina, tuttavia, tale previsione sembra aver riscontrato un parziale accoglimento, sulla base delle regole codificate in tema di responsabilità internazionale dello Stato.

Il principio di sovranità territoriale, che esclude la possibilità di interferire nella sfera di dominio riservato dello Stato territoriale da parte di altre entità statali, comporta, infatti, come necessario corollario, il divieto di arrecare danni e pregiudizi ai beni ed ai cittadini presenti nel territorio di un altro Stato. In questo senso resterebbe valido, pertanto, il principio elaborato dalla giurisprudenza arbitrale sul caso *Trail Smelter*, applicabile per analogia agli esodi di massa che potrebbero interferire con la sovranità territoriale dello Stato di asilo¹⁴⁰. Alla luce del principio di *non-refoulement*, tuttavia, lo Stato di destinazione non può respingere i profughi

¹³⁸ Cfr. *Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees*, adottata dall’International Law Association (ILA) in occasione della 65^a Conferenza del Cairo nel 1992, la quale afferma che:

“A State that has committed an ‘internationally wrongful act’ through the generation of refugees should be required, as appropriate: a) to discontinue the act; b) to apply remedies provided under municipal law; c) to restore the situation to that which existed prior to the act; d) to pay compensation in the event of the impossibility of the restoration of the pre-existing situation; and e) to provide appropriate guarantees against the repetition or recurrence of the act”.

L’ILA (<<http://www.ila-hq.org/>>) è un’organizzazione non-governativa fondata a Bruxelles nel 1873 per contribuire alla chiarificazione e allo sviluppo del diritto internazionale. Sulla citata Dichiarazione, si veda LEE, *The Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees: Its Significance and Implications*, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 6 (1993), pp. 65 – 70.

¹³⁹ Sul punto cfr. GARRY, *The Right to Compensation and Refugee Flows*, cit., pp. 102 – 103.

¹⁴⁰ In proposito LEE, *The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum*, cit., p. 554 nota che «*Refugees, of course, are not “fumes”*. Nevertheless, certain legal similarities exist: both may cross international boundaries from countries of origin; both such crossings are preventable by the countries of origin; both such crossings are not made with the voluntary consent of the receiving states; and both such crossings may impose economic and social burdens upon the receiving states, for which the countries of origin will be responsible».

ma è tenuto a prestare la necessaria assistenza umanitaria e ad accertare le condizioni per accordare l'asilo, sarebbe infatti «*deeply ironic if source states could evade responsibility for their own inhumanity by arguing that states of asylum could avoid their burdens by being equally inhumane*¹⁴¹».

Sugli Stati di destinazione graverebbe, dunque, l'onere di assicurare ai profughi beni e servizi necessari ai bisogni primari, e in questo senso, trasformando i propri cittadini in rifugiati e spostando sugli Stati di destinazione l'onere di provvedere al loro mantenimento, lo Stato di origine instaurerebbe una «*quasi-contractual relationship*» con lo Stato di asilo¹⁴², che potrebbe legittimamente richiedere a titolo di riparazione una compensazione pecuniaria corrispondente ai costi di mantenimento dei profughi¹⁴³ e addirittura, al fine di assicurare il rispetto di tale diritto di compensazione, potrebbe ricorrere, nel rispetto del principio di proporzionalità, a ritorsioni che possono includere sanzioni economiche o la sospensione di trattati commerciali e la revoca di speciali condizioni di trattamento commerciale.

Qualora esodi di massa di richiedenti asilo scaturiscano da *refugee-generating policies*, che sottendono pratiche di genocidio, *apartheid* o sistematiche violazioni dei diritti umani, il ricorso alle citate misure di ritorsione, prevalentemente di natura economica e commerciale, potrebbe essere raccomandato dalle Nazioni Unite ed in particolare il Consiglio di sicurezza non solo allo Stato di asilo, indirettamente leso dalle politiche intraprese dallo Stato di origine, ma anche agli altri Stati membri dell'organizzazione.

È necessario, comunque, ravvisare l'incidenza sul fenomeno degli esodi di massa del nesso difficilmente scindibile tra imputazione della responsabilità internazionale allo Stato e diritto alla riparazione. È chiaro, infatti, che se non si ritiene possibile ricostruire una specifica e autonoma forma di responsabilità internazionale in capo allo Stato di origine al di fuori della violazione di obblighi internazionali che riguardano il rispetto di valori comuni ed essenziali di tutta la comunità internazionale, i quali non contemplan direttamente un dovere di evitare lo sviluppo di esodi di massa, piuttosto labile appare anche l'affermazione di un diritto alla riparazione per lo Stato di destinazione. L'affermazione di un diritto a ottenere una compensazione deve essere rapportato alla circostanza che esodi di massa spesso si originano in Paesi con limitate risorse economiche e finanziarie, che potrebbero pertanto vanificare sul piano della prassi il rispetto di tale diritto¹⁴⁴.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 555.

¹⁴² *Ivi*, p. 557.

¹⁴³ Sull'applicazione del diritto alla compensazione in seguito ad esodi di massa, GARRY, *The Right to Compensation and Refugee Flows*, cit., p. 100 ss., osserva che «*one way to correct the consequent violations of responsibility by the State of origin is to make compensation to refugees and host States obligatory for the State of origin's wrongful acts*».

¹⁴⁴ PLENDER, *Forced Migrations Ground and Limits to States' Action*, cit., p. 123 ss.

1.3. Le fattispecie giuridiche del diritto di asilo: rilievi concettuali e semantici.

L'incessante afflusso di profughi e la dimensione costante assunta dagli esodi di massa in determinate regioni internazionali, quali il Mediterraneo, oltre ad incidere sullo status giuridico e la nozione di rifugiato, influiscono sul profilo concettuale del diritto di asilo¹⁴⁵, sempre più proteso alla tutela dei diritti dell'uomo, soprattutto in chiave umanitaria.

Sebbene sul piano della prassi il diritto di asilo sia stato tradizionalmente rapportato a un beneficio che lo Stato discrezionalmente può accordare ai soggetti che cercano riparo presso il territorio di tale Stato, questa previsione non corrisponde «à une institution unique clairement définie ni à une pratique homogène¹⁴⁶», rappresentando soltanto una delle ipotesi di configurazione *ratione loci* dell'istituto in questione. In questa prospettiva, l'ordinamento internazionale ha accolto, infatti, differenti nozioni di asilo, a seconda del luogo in cui tale diritto viene accordato¹⁴⁷.

Generalmente la dottrina classica suole distinguere due fattispecie giuridiche, quali principali referenti empirici della nozione di asilo: «da una parte si vuole significare il potere degli Stati di accogliere nel proprio territorio - o in luoghi ad esso equiparati - individui sottoposti a persecuzioni da parte di altri Stati, offrendo ad essi protezione; dall'altra si vuole invece intendere la facoltà, spettante agli Stati, di accogliere nelle loro legazioni od ambasciate presso altri Stati persone, che vengano perseguitate o ricercate nel territorio dello Stato in cui si trova l'ambasciata o la legazione¹⁴⁸». Il criterio discretivo tra queste due fattispecie del diritto di asilo è rappresentato dal principio della sovranità territoriale dello Stato, rapportato al luogo in cui è reso operativo il diritto di asilo, distinguendo, dunque, da una parte, la concessione dell'asilo in uno spazio sottoposto alla giurisdizione territoriale dello Stato di rifugio, e, d'altra parte, la concessione dell'asilo in uno spazio estraneo a

¹⁴⁵ Fra le trattazioni generali più significative appare necessario indicare LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 21 ss.; ALLAND, TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, cit.; LOPEZ GARRIDO, *Derecho de asilo*, Madrid, 1991; BETTATI, *L'asile politique en question: un statut pour les réfugiés*, Paris, 1985; PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit.; BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *Le droit d'asile*, Leyde, 1962; MORENO QUINTANA, *Derecho de asilo*, Buenos Aires, 1952; BAHRAMY, *Le droit d'asile*, Paris, 1938.

¹⁴⁶ ALLAND, *Le dispositif international du droit de l'asile*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 58-59, osserva anche che «l'asile peut prendre différentes formes et la pratique est très variée».

¹⁴⁷ Notano infatti ALLAND, TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, cit., p. 33 ss., che «ce qui conditionne toute typologie des différentes formes d'asile qui ont eu cours dans l'histoire est le lieu dans lequel cet asile est accordé».

¹⁴⁸ Tale formulazione classica delle due principali categorie in cui si esplica sul piano della prassi il diritto di asilo è di MIGLIAZZA, *Asilo. Diritto internazionale*, in *Novissimo Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. I, parte II, Torino, 1968, p. 1039. Il segnale più evidente del consolidamento della distinzione citata si trae dagli stessi contributi dottrinari in materia, i quali si caratterizzano per la netta separazione tra l'analisi dell'asilo diplomatico o extraterritoriale e quella dell'asilo territoriale. Per un inquadramento di tipo storico-evolutivo delle due categorie del diritto di asilo si veda l'approfondita ricostruzione storica dell'istituto compiuta da REALE, *Le droit d'asile*, cit., p. 494 ss.

tale giurisdizione territoriale, come le sedi diplomatiche che ogni governo mantiene presso altri Stati e dunque al di fuori della propria sfera territoriale.

Le origini della citata distinzione scaturiscono dalla stessa prassi internazionale che ha attestato l'asilo come fenomeno *de facto* prima ancora di un riconoscimento *de iure*, maturato solo in una fase successiva di sviluppo del diritto internazionale. Questa circostanza conferma, inoltre, la rilevanza del principio di sovranità territoriale, quale norma sovraordinata al sistema internazionale, volta a legittimare il potere di ogni Stato di fornire protezione agli individui che cercano rifugio entro i suoi confini territoriali. A questa impostazione generale del fenomeno normativo riguardante il diritto di asilo farà eccezione la categoria dell'asilo extra-territoriale, accordato in quei luoghi, in cui la sovranità dello Stato di asilo è soggetta a diverse limitazioni.

L'incidenza, infine, del fenomeno normativo a tutela dei diritti umani¹⁴⁹, ha contribuito ad attenuare la caratterizzazione del diritto di asilo in senso territoriale e in funzione della sovranità territoriale dello Stato, spostando il baricentro giuridico sull'individuo e rendendo, dunque, alquanto obsoleta la tradizionale distinzione *ratione loci* dell'asilo a favore di una distinzione soggettiva, giustificata anche dalle novità che nella prospettiva del singolo individuo si pongono in seno all'ordinamento internazionale.

1.3.1. L'istituto dell'asilo politico territoriale.

Alla luce delle precedenti osservazioni, l'asilo territoriale si può inquadrare come istituto che, pur derivando dalla competenza territoriale dello Stato, se ne discosta, configurandosi come un diritto da accordare a determinate categorie di stranieri meritevoli di una specifica protezione¹⁵⁰. Premesso che l'ordinamento internazionale non prevede alcuna norma internazionale che impone un obbligo assoluto in capo allo Stato di concedere l'asilo territoriale, le condizioni essenziali per il suo godimento consisterebbero, comunque, nel previo ingresso e nella permanenza nella sfera territoriale dello Stato di destinazione¹⁵¹.

¹⁴⁹ Per un approccio completo al sistema internazionale di protezione dei diritti umani con riferimento alle diverse regioni internazionali si rinvia ampiamente a ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006.

¹⁵⁰ In questo senso cfr. ALLAND, *Le dispositifs international du droit de l'asile*, cit., pp. 61– 62. Ancora più significativa e completa risulta la definizione che negli stessi termini elabora l'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 8, che concepisce l'asilo territoriale come «*Protection granted by a State to an alien on its own territory against the exercise of jurisdiction by the state of origin, based on the principle of non-refoulement, leading to the enjoyment of certain internationally recognized rights*». Sulla specificità dell'asilo territoriale si veda diffusamente GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., *passim*, e più recentemente LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 21 ss.

¹⁵¹ In proposito si veda MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, in BILOTTA, CAPPELLETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 34, la quale evidenzia comunque la possibilità per lo Stato territoriale di interrompere la permanenza accordata a un individuo straniero attraverso le distinte fattispecie dell'espulsione o dell'estradizione. Sul punto PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento*

A questo proposito, appare opportuno precisare i caratteri che distinguono il concetto di rifugio dalla categoria giuridica dell'asilo¹⁵². La semplice circostanza per la quale a un individuo straniero vengano concessi l'ammissione e il conseguente soggiorno presso lo spazio territoriale dello Stato di destinazione non comporta *ipso facto* la concessione dell'asilo, condizione giuridica che, invece, implica non tanto l'ammissione dello straniero, che intende sottrarsi all'autorità dello Stato di origine, quanto il conferimento di una adeguata protezione capace di concretizzarsi in specifiche condotte materiali da parte dello Stato di rifugio.

Il principio di effettività che informa l'ordinamento internazionale, infatti, prescinde dal semplice dato formale, ricercando piuttosto l'attestazione del fatto materiale¹⁵³. L'esercizio del potere di governo di uno Stato o della sua *jurisdiction*, è rappresentato appunto da interventi concreti da parte degli organi statali che abbiano natura coercitiva o siano comunque suscettibili di appropriata attuazione materiale. In questo senso, dunque, si comprende come lo Stato che intende accordare l'asilo materialmente sarebbe tenuto a disattendere le eventuali richieste di consegna o espulsione da parte dello Stato di origine o alla cui giurisdizione comunque il beneficiario dell'asilo sia sfuggito.

A partire dal XIX secolo, tuttavia, con la distinzione tra la categoria dei reati comuni e quella dei reati politici, la previsione operativa concernente l'asilo territoriale ha assunto rilevanza sul piano della prassi con riferimento alla fattispecie dei reati politici, costituendo «il risultato del processo di limitazione ai soli soggetti perseguiti o condannati per reati politici¹⁵⁴», per opera di alcuni sistemi giuridici interni, quali, ad esempio, l'ordinamento belga, che in una legge speciale del 1930 consacrò il divieto di estradizione per tali fattispecie di reato, e il governo francese che nello stesso periodo dichiarava di non concedere né richiedere l'extradizione per

internazionale, cit., p. 13 ss., nota che sebbene il diritto internazionale classico non intacchi la libertà dello Stato circa l'ammissione degli stranieri, specifici obblighi sono previsti *a posteriori* nei confronti degli stranieri regolarmente presenti sul suo territorio.

¹⁵² Sul punto cfr. in particolare le osservazioni di ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 44 ss., i quali sottolineano piuttosto la differenza tra l'asilo e la figura del rifugiato, riconoscendo che «*l'asile est un lieu, le réfugié une personne*»; MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 535 ss.

¹⁵³ Come evidenziato da MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, cit., p. 35, la concessione dell'asilo territoriale comporta «un'attività normativa ed eventualmente materiale da parte dello Stato». La stessa attività normativa astratta, osserva CONFORTI, *op. cit.*, pp. 324-325, «non interessa il diritto internazionale neppure quando essa forma l'oggetto specifico di una convenzione internazionale».

¹⁵⁴ BERNARDI, *Asilo Politico*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1987, pp. 422, la quale definisce l'asilo politico come il risultato di un processo di limitazione dell'originaria portata generale dell'istituto dell'asilo territoriale, «comprensiva del rifiuto di riconsegnare qualunque persona e in primo luogo gli autori di reati comuni», evidenziando al contempo come esso abbia rappresentato «l'espressione saliente di una strategia di lotta contro gli Stati assoluti dell'*ancien régime*: sua funzione primaria è infatti la protezione dei perseguitati politici ad opera degli Stati liberali, che possono così fornire supporti alle istanze di libertà presenti in altri Paesi senza intervenire direttamente nei loro affari interni».

reati politici¹⁵⁵. Tuttavia, poiché come già accennato, in seno all'ordinamento internazionale non sussiste alcuna norma generale che preveda un obbligo di estradizione, anche il responsabile di reati di diritto comune potrebbe godere, in assenza di eventuali accordi di estradizione, della protezione sottesa dall'istituto dell'asilo territoriale.

Occorre precisare, infine, che nel diritto internazionale moderno l'asilo politico non costituisce una categoria giuridica autonoma e alternativa all'istituto dell'asilo territoriale, ma una qualifica che lo contraddistingue dall'asilo religioso¹⁵⁶. Nell'ambito della categoria giuridica dell'asilo territoriale una certa autonomia è assegnata al fenomeno dell'asilo 'neutrale' (definito anche *safe haven*), con cui si qualifica la protezione che in tempo di guerra uno Stato neutrale concede ai membri delle forze armate degli Stati belligeranti, che chiedano eventualmente rifugio¹⁵⁷. Trattandosi di un istituto del diritto internazionale umanitario, l'asilo neutrale si manifesta in una facoltà che gli Stati esercitano secondo le previsioni della V e XIII *Convenzione dell'Aia* del 1907 e per effetto della IV *Convenzione di Ginevra* del 1949, relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra¹⁵⁸. Lo Stato neutrale in particolare può concedere l'asilo territoriale nel corso di un conflitto ai

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 36 afferma in proposito che in epoca moderna «l'asilo è per definizione "politico" (ovvero richiesto e concesso per motivi "politici"...)».

¹⁵⁷ L'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 58, definisce 'safe haven', in conformità al disposto dell'art. 15 della *Convenzione di Ginevra del 1949 concernente la protezione della popolazione civile in tempo di conflitto armato*, cfr. nota successiva, «neutralized zones intended to shelter from the effects of war "the wounded and sick combatants or noncombatants" and "civilian persons who take no part in hostilities"». Sul punto cfr. tra gli altri UDINA, *Asilo (diritto di) I* *Diritto Internazionale*, cit., pp. 3-4, osserva inoltre DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2007, pp. 623, che «es una práctica generalmente admitida que los grupos de combatientes sean internados en el referido Estado neutral».

¹⁵⁸ Cfr. *Hague Convention (V) respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land*, 18 Ottobre 1907, (Stati firmatari: 17; Stati-Parte: 32), in: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/200?OpenDocument>>, contenente disposizioni, come si legge nel Preambolo, riguardo a "rights and duties of neutral Powers in case of war on land and regulating the position of the belligerents who have taken refuge in neutral territory"; *Hague Convention (XIII) concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War*, 18 Ottobre 1907, (Stati firmatari: 18; Stati-Parte: 28), in: <www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/240?OpenDocument>. In generale il corpo normativo che costituisce il diritto internazionale umanitario, volto a disciplinare la condotta delle ostilità secondo principi di umanità è rappresentato dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 Agosto 1949, entrate in vigore il 21 Ottobre 1950: *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*; *Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick, and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*; *Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*; *Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Le Convenzioni di Ginevra, infine, sono state completate dai *Protocolli Aggiuntivi* dell'8 Giugno 1977, in vigore dal 7 Dicembre 1978: cfr. *Additional Protocol (I) to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*; *Additional Protocol (II) to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*. I testi sono reperibili in: <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconventions>>.

cittadini, alle forze armate, ai beni dei belligeranti e alle forze navali belligeranti che si trovano in difficoltà, ferma restando la possibilità di revoca che può sopraggiungere, ordinando l'immediata partenza delle navi «se il loro soggiorno risulta predisposto quale misura bellica e non motivato da stato di necessità¹⁵⁹».

1.3.2. *L'asilo diplomatico o extra-territoriale.*

Se nella sua connotazione territoriale il diritto di asilo rappresenta una manifestazione evidente della sovranità dello Stato, ben radicata nella comunità internazionale sin dall'epoca delle monarchie assolute, di origine più recente è la categoria giuridica dell'asilo diplomatico o extraterritoriale¹⁶⁰.

Sconosciuto fino al XV secolo, anche l'asilo diplomatico è stato praticato nei secoli successivi con riferimento ai soli rifugiati politici e la sua evoluzione è intrinsecamente connessa allo sviluppo del sistema della moderna diplomazia permanente¹⁶¹. Nell'ipotesi in cui l'asilo possa essere concesso nelle sedi di missioni diplomatiche, nei consolati o anche a bordo di navi adibite all'esercizio della potestà pubblica dello Stato¹⁶², il diritto in esame non costituisce più una manifestazione rilevante della sovranità territoriale dello Stato, implicando anzi una deroga allo stesso principio e, pertanto, si parla anche di 'asilo interno'. Come ha confermato, infatti, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, relativa alla controversia tra Colombia e Perù in materia di asilo, nel caso dell'asilo extra-territoriale il soggetto beneficiario dell'eventuale protezione «*se trouve sur le*

¹⁵⁹ UDINA, *Asilo (diritto di) I Diritto Internazionale*, cit., p. 4. Per ulteriori approfondimenti in proposito si veda inoltre ALLAND, *Le dispositifs international du droit de l'asile, in Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 59 ss., il quale nota che «*cette forme d'asile ne fait plus guère l'objet de développements de nos jours, peut-être parce qu'elle ne donne plus lieu à une pratique suffisante*»; PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 267 ss.

¹⁶⁰ Uno studio completo sulla prassi e gli aspetti teorici dell'istituto dell'asilo diplomatico è compiuto da FRANCONI, *Asilo diplomatico: contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, Milano, 1973. Per alcune osservazioni più recenti si veda LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 37 ss.; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *op. cit.*, p. 630 ss., che qualifica l'asilo diplomatico come «*una institución típica de los países latinoamericanos donde ha tenido un cierto desarrollo en la práctica y en el Derecho Convencional*». Sui più recenti profili evolutivi ed interpretativi dell'asilo diplomatico si veda NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: a Right to Entry under International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), n. 3, pp. 572 - 573.

¹⁶¹ Come nota REALE, *Le droit d'asile*, cit., p. 511, «*bien que l'art de la diplomatie soit très ancien...la diplomatie, comme institution organisée et permanente, n'est pas antérieure au XV^e siècle*».

¹⁶² Si veda GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, cit., p. 209. Piuttosto esaustiva può ritenersi, inoltre, la definizione elaborata dall'OIM, *International Migration Law*, cit., pp. 7-8, che qualifica l'asilo diplomatico come «*the refuge which States may grant beyond the boundaries of their territory in places which are granted immunity from jurisdiction, to an individual seeking protection from the authority who persecutes or claims him or her. Diplomatic asylum may be granted at diplomatic missions and the private residences of the heads of mission, warships or aircrafts, but not in the premises of international organizations, nor consulates. There is no right of an individual to obtain diplomatic asylum, nor an obligation of a State to grant it*».

territoire de l'État dans lequel il a commis le délit" e, dunque, "*la décision d'octroyer l'asile diplomatique comporte une dérogation à la souveraineté de cet État*¹⁶³".

In questo senso la fattispecie dell'asilo diplomatico recupererebbe quel carattere di 'eccezionalità del luogo', che contraddistingueva l'asilo religioso, anch'esso considerato interno al territorio dello Stato in cui si trovava il beneficiario, alla sacralità del tempio si sostituisce infatti l'immunità della sede diplomatica. Il fondamento giuridico del concetto di asilo diplomatico può essere desunto dallo stesso principio di diritto internazionale, concernente l'esclusione dalla giurisdizione locale dell'ambasciata, previsione che può infatti essere estesa a tutti gli individui che si trovino nei pressi di tale luogo, pur non appartenendo alla missione diplomatica¹⁶⁴.

Rileva, secondo tale profilo, la condizione giuridica della missione diplomatica sulla base della teoria dell'extra-territorialità che la qualificherebbe «al di fuori del territorio dello Stato presso cui è accreditata¹⁶⁵». Bisogna osservare a riguardo che alla luce di questa teoria, la stessa facoltà dello Stato di concedere l'asilo diplomatico non sarebbe più tale da potersi concepire come una limitazione della sovranità territoriale dello Stato presso cui ha sede la missione, divenendo al contrario, al pari dell'asilo territoriale, una diretta manifestazione della sovranità dello Stato rappresentato o accreditato. Una simile costruzione giuridica andrebbe tuttavia respinta, poiché smentita dalla stessa prassi che, pur riconoscendo le dovute

¹⁶³ Distinguendo tra le contrapposte categorie giuridiche dell'asilo territoriale e dell'asilo extra-territoriale la CIG nella sentenza sull'*Asylum Case*, cit., pp. 274–275, ha riconosciuto che "*dans le cas de l'extradition, le réfugié se trouve sur le territoire de l'Etat de refuge. Une décision relative à l'extradition implique seulement l'exercice normal de la souveraineté territoriale. Le réfugié se trouve en dehors du territoire de l'Etat où a été commis le délit et une décision de, lui octroyer asile ne déroge nullement à la souveraineté de cet Etat. Dans le cas de l'asile diplomatique, le réfugié se trouve sur le territoire de l'Etat dans lequel il a commis le délit. La décision d'octroyer l'asile diplomatique comporte une dérogation à la souveraineté de cet État. Elle soustrait le délinquant à la justice de celui-ci et constitue une intervention dans un domaine qui relève exclusivement de la compétence de l'Etat territorial. Une telle dérogation à la souveraineté territoriale ne saurait être admise, à moins que le fondement juridique n'en soit établi dans chaque cas particulier*".

¹⁶⁴ Nota tuttavia EVANS, *The Colombian-Peruvian Asylum Case: The Practice of Diplomatic Asylum*, in *American Political Science Review*, vol. 46 (1952), n. 1, pp. 143, che «*to use this immunity as a shelter for fugitives from local justice was to abuse seriously a legitimate principle of international law; such action could be interpreted as foreign intervention in the affairs of the territorial State*».

¹⁶⁵ In questi termini FRANCONI, *op. cit.*, p. 19 ss., giustifica l'extraterritorialità della stessa missione diplomatica secondo una 'finzione consuetudinaria', che portata alle estreme conseguenze «farebbe sì che l'ambito spaziale riservato alla missione fosse da considerarsi come una porzione ideale del territorio dello Stato rappresentato». Tuttavia, come confermato da SINAGRA, BARGIACCHI, *Lezioni di Diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 518, «la sede della missione diplomatica e consolare non è territorio dello Stato di invio della missione, ma, a tutti gli effetti, territorio del sovrano locale. Il fatto, quindi, che lo Stato territoriale non penetri all'interno della sede diplomatica straniera per recuperare il proprio cittadino in fuga non si spiega con l'esistenza di una norma giuridica proibitiva...ma per la ragione politica di rispettare la funzione diplomatica e la personalità dello Stato straniero anche in queste situazioni».

immunità alle sedi delle missioni diplomatiche, non ha mai inteso attribuire ai rappresentanti dello Stato accreditato l'autorità di esercizio della potestà d'imperio come la si eserciterebbe all'interno della legittima sfera territoriale¹⁶⁶.

La concessione dell'asilo diplomatico potrà dunque ritenersi ammissibile «soltanto nella misura in cui sia stata prevista da un accordo internazionale, ovvero si sia formata una norma che obblighi lo Stato territoriale a tollerare una condotta di questo genere da parte degli agenti esteri ammessi a soggiornare, come tali, nella sfera spaziale soggetta alla sua sovranità¹⁶⁷». Come si vedrà, il sistema di accordi multilaterali conclusi tra gli Stati dell'America Latina ha condotto alla formazione di una consuetudine particolare in tema di asilo diplomatico, vincolante solo gli Stati di tale regione internazionale¹⁶⁸.

In linea di principio non è possibile comunque ricostruire l'esistenza di una regola di diritto internazionale generale che obblighi gli Stati a concedere l'asilo diplomatico ai soggetti condannati per reati politici. La stessa Corte internazionale di giustizia nel noto *Asylum case* del 1950, rilevò che non sussistevano le prove sufficienti per dimostrare l'esistenza di una norma consuetudinaria in materia¹⁶⁹. Eppure sul piano generale, non risulta agevole applicare la *ratio* della Corte, senza

¹⁶⁶ FRANCIONI, *op. cit.*, p. 20 ss., osserva come sia stata la stessa giurisprudenza interna, in particolare francese, tedesca ed italiana a negare che l'immunità della sede diplomatica implicasse il principio che nel relativo ambito spaziale il capo missione avesse anche il potere di amministrare la giustizia penale e che in generale la missione potesse considerarsi territorio straniero ai fini della determinazione del *locus commissi delicti*. Inoltre, «l'impossibilità di mantenere la finzione circa il carattere extraterritoriale della missione diplomatica...è ulteriormente dimostrata dalle soluzioni che, nella prassi, sono state adottate in relazione ai problemi internazionalprivatistici suscitati dal compimento di atti della vita civile nella sede della missione diplomatica».

¹⁶⁷ MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, cit., p. 42.

¹⁶⁸ Come nota LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 44 ss., la pratica dell'asilo diplomatico ha assunto una dimensione decentralizzata, caratterizzata da una estrema minimizzazione in Europa ed un'ampia diffusione in America Latina, dove la condizione di costante disordine politico costituiva il contesto ideale per la continuazione di tale prassi che a livello regionale è stata istituzionalizzata in una serie consistente di trattati internazionali, conducendo alla formazione di una norma consuetudinaria locale, sulla cui analisi sul piano sistematico si rinvia a FRANCIONI, *op. cit.*, p. 119 ss. Per una breve disamina dei principali strumenti normativi che contemplerebbero il diritto di asilo diplomatico nella prassi regionale dell'America Latina, quali *Convention on Political Asylum*, adottata a Montevideo in seno alla VII Conferenza Internazionale degli Stati Americani il 26 Dicembre 1933, entrata in vigore il 28 Marzo 1935, in *OAS Treaty Series*, N. 34, disponibile in: <<http://www.oas.org/juridico/english/signs/a-37.html>>; *Convention on Diplomatic Asylum*, adottata a Caracas in seno alla X Conferenza Interamericana il 28 Marzo 1954, entrata in vigore il 29 Dicembre 1954, in *OAS Treaty Series*, N. 18, disponibile in: <<http://www.oas.org/juridico/english/signs/a-46.html>>, cfr. MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, cit., p. 43 ss., e per la prassi seguita dagli Stati dell'America Latina si veda PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 218 ss.

¹⁶⁹ La Corte, cfr. *Asylum case*, cit., p. 276 ss., ha osservato che “*the facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law*”.

eventualmente cancellare una prassi consolidata, costante e condivisa di molti Paesi, che, prima di tale sentenza, hanno mostrato acquiescenza alla prassi di accordare l'asilo diplomatico e hanno aderito a tutti gli strumenti convenzionali volti a istituzionalizzare tale prassi¹⁷⁰. Considerata, inoltre, la natura prettamente contestuale della prassi latino-americana, se si può da una parte ritenere che il mutato contesto politico della regione abbia reso vacuo e non più necessario l'istituto dell'asilo diplomatico, tuttavia la prassi più recente sembra ancora deporre a favore di una norma consuetudinaria positiva e vincolante, capace di innovare la portata soggettiva della protezione, non più rivolta ai rifugiati politici ma a tutti gli individui costretti alla fuga da guerre o situazioni di violenza generalizzata¹⁷¹.

Quest'ultima prospettiva di analisi potrebbe contribuire a meglio inquadrare la prassi più recente in materia di asilo diplomatico, non tanto con riferimento alla stessa configurazione del controverso istituto, quanto alla funzione di strumento di garanzia dei valori fondamentali, come i diritti dell'uomo, ritenuti preponderanti rispetto alla norma sulla sovranità territoriale dello Stato. Nella regione euro-mediterranea, tuttavia, la prassi dell'asilo diplomatico è risultata talvolta fondata su un'interpretazione estensiva dei valori fondamentali, scaturita dalle divergenti concezioni insite nella cultura europea ed in quella arabo-islamica, come rivela, in tema di affidamento dei figli tra genitori di cittadinanza italiana e straniera, la recente vicenda di *Meriem*, a cui l'ambasciatore italiano ad Algeri nel 2002 aveva concesso asilo insieme alla madre, per evitare che la bambina fosse educata dal padre secondo la cultura araba, sebbene il diritto internazionale non abbia codificato alcun fondamentale "diritto ad essere educato secondo la cultura occidentale"¹⁷².

Su un piano normativo più generale, gli unici principi che in tema di asilo diplomatico potrebbero essere individuati riguardano la possibilità di concedere protezione agli individui imputati o condannati per reati politici. Inoltre, il diritto di asilo diplomatico potrà essere accordato per questioni di urgenza e per il tempo necessario affinché il rifugiato sia trasferito in luogo sicuro. Tale impostazione contribuisce a qualificare l'incertezza della disciplina riguardante l'asilo diplomatico nell'ordinamento internazionale contemporaneo, in cui tale fenomeno appare sotteso

¹⁷⁰ Come osserva LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 52, d'altra parte, la stessa Corte non ha negato espressamente l'esistenza di una norma consuetudinaria in materia, ma ha soltanto accertato l'insufficienza delle prove fornite dalla parte interessata a provarne la sussistenza.

¹⁷¹ In questo senso si veda CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 62, il quale conclude che «à l'asile diplomatique et extraterritorial, qui permet de régler des situations de réfugiés 'politiques' au sens strict du terme, a succédé une notion d'asile prima facie, qui permet d'accueillir des groupes importants de population qui fuient des guerres civiles ou des situations de violence généralisée», pur ribadendo che in entrambi i casi si tratta sempre di un diritto dello Stato e non del riconoscimento di un diritto soggettivo dell'individuo.

¹⁷² Per ulteriori riferimenti cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 70 ss., il quale conclude che in questo caso la mancanza di un valore ritenuto fondamentale dalla comunità internazionale nel suo complesso non avrebbe potuto comportare un'ingerenza nella sfera della sovranità territoriale di un altro Stato.

a istanze di natura umanitaria, quali la necessità di sottrarre gli individui ad eventuali violazioni dei diritti fondamentali e ulteriori forme di persecuzione da parte dei rispettivi Stati di origine. Da questo punto di vista, non è l'esigenza di garantire protezione sul piano materiale ma la tutela del valore supremo dei diritti dell'uomo a imporre un'ingerenza nella sfera dell'altrui sovranità territoriale¹⁷³.

1.3.2.a. «*Boat People*», soccorso in mare e asilo concesso sulle navi.

La regione mediterranea, costantemente attraversata da imbarcazioni di migranti (*boat people*)¹⁷⁴, che intendono raggiungere il territorio europeo, solleva la questione della possibilità di concedere l'asilo su navi battenti bandiera di un determinato Stato nelle acque interne e territoriali di un altro Paese¹⁷⁵.

L'origine della prassi concernente l'asilo concesso sulle navi deriva dalla concezione classica del diritto internazionale che tendeva a considerare la nave come *territoire flottant* dello Stato di bandiera. Tale ipotesi ha ottenuto un controverso inquadramento in dottrina soprattutto con riferimento alle navi da guerra, la cui possibilità di concedere asilo è stata espressamente sancita da alcuni strumenti convenzionali della regione sudamericana¹⁷⁶, mentre la corrispondenza al diritto consuetudinario è risultata problematica, nella misura in cui essa è stata inizialmente

¹⁷³ *Ivi*, p. 39, osserva che la prassi in materia appare ancora alquanto ambigua, caratterizzata da Stati che reclamano l'illegittimità della pratica dell'asilo diplomatico e Stati che continuano a concedere rifugio nelle proprie sedi diplomatiche, si tratta di una prassi controversa e a tratti contraddittoria, poiché come nota lo stesso autore, «quasi tutti gli Stati si preoccupano di dichiarare illegittima, ma che di fatto gli stessi Paesi che ne invocano l'illegalità continuano spesso ad attuare in modo...in casi di urgenza da motivi di carattere umanitario».

¹⁷⁴ Come nota PUGH, *Drowning not Waving: Boat People and Humanitarianism at Sea*, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 17 (2004), n. 1, pp. 50–69, «the term 'boat people' is used here to distinguish their status in law and political discourse. It does not imply homogeneity in origin or type of voyage, and the term can include stowaways and people who sign on as regular crew. The term was coined in the 1970s to identify the tens of thousands of people who fled Indochina in fishing boats after the Vietnam War».

¹⁷⁵ In argomento, cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 72 ss., FISCHER-LESCANO, LÖHR, TOHIDIPUR, *Border Controls at Sea: Requirements Under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21 (2009), n. 2, pp. 256–296; LUTTERBECK, *Coping with Europe's Boat People. Trends and Policy Dilemmas in Controlling the EU's Mediterranean Borders*, in *ISPI Policy Brief*, 2008, n. 76; TREVISANUT, *The Principle of Non-refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 12 (2008), pp. 205–246; CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 106 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 270 ss. Si veda in particolare anche FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità internazionale*, vol. 57 (2002) n. 1, pp. 61–78; BARNES, *Refugee Law at Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), n. 1, p. 47–77; PALLIS, *Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 14 (2002), nn. 2–3, pp. 329 – 364; PUGASH, *The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue without Refuge*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 18 (1977), pp. 577–604.

¹⁷⁶ Cfr. Convenzione de l'Avana del 1928, la Convenzione di Montevideo del 1933 e la Convenzione di Caracas del 1954.

ricostruita in dottrina sulla base dell'oramai superata teoria dell'extra-territorialità delle navi da guerra, e lo stesso principio di immunità dalla giurisdizione dello Stato costiero non è ritenuto un elemento valido per imputare ai comandanti delle navi un diritto di concedere liberamente asilo¹⁷⁷.

D'altra parte, può comunque ritenersi consolidato nel diritto internazionale contemporaneo l'obbligo per gli Stati di richiedere ai comandanti di soccorrere le navi in situazioni di pericolo, al fine di trarre in salvo le persone a bordo¹⁷⁸, inclusi profughi e migranti clandestini, in qualsiasi zona marittima si trovino. Si tratta di un principio che nella prassi più recente ha determinato notevoli conflitti di sovranità.

Si fa in particolare riferimento ad alcune vicende, tra cui, anzitutto, il caso della nave Tampa, mercantile norvegese che nel 2001 soccorreva in acque internazionali, al largo dell'isola di Christmas, territorio australiano, un peschereccio indonesiano con a bordo oltre quattrocento persone di varie nazionalità che cercavano di raggiungere l'Australia per ottenere asilo. In ottemperanza agli obblighi internazionali, il comandante della nave imbarcava tutti i profughi, che protestavano affinché venissero comunque accompagnati in territorio australiano. Il governo di Canberra rifiutava di accogliere i profughi e quando il comandante entrò nelle acque territoriali australiane, le autorità costiere hanno proceduto addirittura a occupare militarmente la nave, impedendo che i profughi lasciassero l'imbarcazione¹⁷⁹, sollevando le proteste del governo norvegese per la violazione della propria sovranità territoriale. In realtà, alla luce del diritto internazionale, per quanto comprensibile sul piano umanitario, la decisione del comandante della nave

¹⁷⁷ Sul punto si rinvia a UDINA, *Asilo (diritto di) I) Diritto Internazionale*, cit., p. 4; GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, cit., p. 215.

¹⁷⁸ Cfr. International Maritime Organization (IMO), *International Convention on Maritime Search and Rescue*, Amburgo, 27 Aprile, 1979, entrata in vigore il 22 Giugno 1985, in *UN Treaty Series*, vol. 1403, p. 97 ss., la quale prevede che gli Stati devono prestare assistenza ad ogni persona in pericolo, a prescindere dalle circostanze in cui si trova, principio ribadito anche dalla Convenzione di Londra sul salvataggio, *International Convention on Salvage*, 28 Aprile 1989, entrata in vigore il 14 Luglio 1996, in *UN Treaty Series*, vol. 1953, p. 193 ss., il cui art. 10 specifica che tale obbligo di soccorso sussiste per ogni comandante di nave, ed ulteriormente affermato dalla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare (*UN Convention on the Law of the Sea*), del 10 Dicembre 1982, entrata in vigore il 14 Novembre 1994, in *UN Treaty Series*, vol. 1833, p. 396 ss.

¹⁷⁹ Come riporta FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, cit., p. 61, secondo il governo australiano, l'accoglienza dei profughi era una questione da risolvere tra la Norvegia, Stato di bandiera della nave che li aveva soccorsi, e l'Indonesia, Stato da cui essi erano partiti. La vicenda si è conclusa con un accordo siglato con Nauru e la Nuova Zelanda, in base a cui tali Stati accettavano di accogliere i profughi sul loro territorio, dove sarebbero state avviate le pratiche per esaminare le richieste d'asilo. A tal fine, i profughi sarebbero stati trasferiti sulla nave militare australiana *Manoora* e condotti a Nauru e in Nuova Zelanda. In proposito cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 273 ss.; BAILLIET, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 25 (2003), pp. 741-774.

Tampa non può essere giustificata in assenza di un esplicito consenso da parte dello Stato territoriale¹⁸⁰.

La vicenda della nave Tampa costituisce un paradigma entro le cui coordinate è possibile inquadrare le recenti vicende di soccorso in mare verificatesi nella regione euro-mediterranea, destando notevoli perplessità soprattutto sulle modalità intervento da parte degli Stati europei coinvolti¹⁸¹. Rileva da questo punto di vista anzitutto la vicenda della nave «Cap Anamur», battente bandiera tedesca, che nel 2004 nelle acque internazionali comprese tra la Libia e l'isola siciliana di Lampedusa, ha prestato soccorso a 37 individui africani in fuga dai rispettivi Paesi di origine e in cerca di asilo¹⁸². Il caso in questione ha sollevato notevoli perplessità specialmente con riferimento all'ottemperanza agli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell'UE in materia di asilo, poiché gli Stati coinvolti, quali Italia, Germania e Malta, declinavano a vicenda la responsabilità di rispondere alle richieste del capitano della nave di farsi carico dei profughi africani, che, sbarcati a Porto Empedocle in territorio italiano, furono infine espulsi e deportati in Ghana¹⁸³. Sul piano giuridico la vicenda ha sollevato altre problematiche inerenti alla mancata osservanza del meccanismo di determinazione dello Stato responsabile della richiesta di asilo, stabilito nel quadro del regime comune europeo in materia di asilo,

¹⁸⁰ Secondo un'interpretazione, fortemente suffragata dalla prassi, della norma contenuta nell'art. 18 par. 2 della Convenzione sul diritto del mare, che consente la sosta nel mare territoriale senza autorizzazione qualora sussistano determinate condizioni, affermando che "*passage shall be continuous and expeditious. However, passage includes stopping and anchoring, but only in so far as the same are incidental to ordinary navigation or are rendered necessary by force insecure or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress*", una nave che presta soccorso ad un'altra imbarcazione nelle acque territoriali di uno Stato non avrebbe l'obbligo di chiedere l'autorizzazione alle autorità costiere. Differente risulta, tuttavia, la vicenda della nave Tampa, poiché l'ingresso nel mare territoriale australiano è avvenuto dopo avere prestato soccorso all'imbarcazione di profughi. Sul punto e sulla prassi di riferimento si rinvia a FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, cit., p. 66.

¹⁸¹ L'UNHCR a seguito degli svariati incidenti a danno di migranti diretti verso il territorio europeo, ha a tal proposito chiamato più volte gli Stati della regione euro-mediterranea, al rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale dei rifugiati, cfr. ad esempio, la dichiarazione del portavoce dell'UNHCR, *Ron Redmond*, che recentemente in una conferenza stampa del Gennaio 2009 a Ginevra, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/print/4967386e4.html>>, ha affermato che «*UNHCR appreciates the efforts made by States along the Mediterranean to rescue people in distress at sea. We also recognize that boat arrivals put significant strains on the resources of those countries. People seeking asylum must nevertheless be allowed to disembark in a safe place, where they can receive information about their rights and have a genuine opportunity to file an asylum application which will be considered in a fair procedure*».

¹⁸² Sulla vicenda in particolare si veda MARATEA, *La prassi del respingimento alla frontiera e il diritto di asilo. In margine alla vicenda della Cap Anamur*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, vol. 10 (2008), n. 29, pp. 136-157; TREVISANUT, *Le Cap Anamur: Profils de droit International et de droit de la mer*, in *Annuaire de droit de la mer*, 2004, p. 62 ss.

¹⁸³ Una decisione del Tribunale civile di Roma, sopraggiunta tardiva il 30 Luglio 2004 in realtà autorizzava 14 ricorrenti avverso il provvedimento d'espulsione, a permanere sul territorio italiano fino alle definizione del loro status giuridico e sul loro diritto ad ottenere l'asilo.

sia insolite questioni di responsabilità che si sono protratte fino ai tempi più recenti¹⁸⁴.

Ancor più recentemente, l'eco del caso Cap Anamur risuona in un'altra vicenda che ha evidenziato i limiti e le contraddizioni politiche che caratterizzano il soccorso in mare di profughi, divenendo il simbolo più eclatante di un fenomeno umanitario oramai peculiare all'area del Mediterraneo. Il 16 Aprile 2008 il mercantile turco «*Pinar*» prestava soccorso, dietro indicazione delle autorità maltesi, in alto mare nella 'Search And Rescue zone' (zona SAR) maltese, circa 50 miglia a sud dell'isola di Lampedusa a due imbarcazioni con 155 migranti, tra cui, il cadavere di una donna incinta¹⁸⁵. Effettuate le operazioni di soccorso le autorità maltesi indicavano, tuttavia, di guidare i migranti verso il più vicino porto di Lampedusa, sollevando l'aperto rifiuto del governo italiano, il quale riteneva invece che il porto più vicino dovesse essere individuato comunque all'interno della sfera

¹⁸⁴ Il 7 Ottobre 2009 il Tribunale di Agrigento, I sez. penale, I collegio, dopo cinque anni di processo, respingendo tutte le accuse formulate dalla Procura di Agrigento, risultate destituite di ogni fondamento, assolveva tutti gli imputati del caso Cap Anamur. In particolare il tribunale aveva pronunciato una sentenza di assoluzione, n. 1122/06 R.G. Trib., con formula piena "perché il fatto non costituisce reato" nei confronti di Elias Bierdel, del comandante Schmidt e del suo secondo, imputati di agevolazione dell'ingresso di clandestini per avere soccorso in realtà, nel Giugno 2004, i 37 naufraghi al largo di Lampedusa. Il Tribunale, in conformità alla normativa internazionale, ha riconosciuto che chi effettua salvataggio a mare non commette nessun reato ed il comandante è l'unica persona che può individuare un 'place of safety', cfr. TREVISANUT, *Le Cap Anamur: Profils de droit International et de droit de la mer*, cit., p. 62 ss. Sostanzialmente, la reticenza di Malta, la condotta contraddittoria delle autorità tedesche, che inizialmente sembravano volere accettare le domande di asilo dei naufraghi, e l'ostinazione del governo italiano che alla fine negò persino l'ingresso dopo che erano state presentate le domande di asilo, e dunque in violazione della Convenzione di Ginevra, non possono determinare la responsabilità di un capro espatrio che aveva soltanto svolto un intervento umanitario, divenendo per questa stessa ragione imputato ad un processo penale. In generale sulla rilevanza della sentenza si veda del Tribunale di Agrigento, si veda VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur: assolto l'intervento umanitario*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. XII (2010), n. 2, pp. 87-100, il quale, a fronte di una costante prassi di respingimenti in mare, deputa alla magistratura il ruolo di ristabilire il rispetto dei diritti fondamentali.

¹⁸⁵ In realtà l'Italia, grazie al sistema AIS (*Automatic Identification System*), aveva segnalato alle autorità maltesi che nella zona in cui si trovavano le due imbarcazioni, il mercantile *Pinar* risultava la nave più vicina, e le autorità della Valletta hanno chiesto all'imbarcazione di soccorrere i migranti. Per ulteriori approfondimenti sul caso si veda DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 92 (2009), n. 3, pp. 800-807, la quale nota come il tema della responsabilità in materia di coordinamento dei soccorsi in seno alla zona SAR non risulta chiaramente definito nelle principali convenzioni internazionali in materia, ossia la *Convention for the Safety of Life at Sea* e l'*International Convention on Maritime Search and Rescue*. È tale circostanza che determina l'impossibilità per la nave che garantisce il primo soccorso di proseguire la propria rotta verso i porti dello Stato responsabile nella zona in cui è prestato soccorso. Alla luce della normativa internazionale vigente, sarebbe opportuno, come si sostiene anche in GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 280, che si consolidasse una prassi volta a garantire alla nave che presta il primo soccorso di effettuare il salvataggio dei profughi verso il porto più vicino, ipotesi che può essere avvalorata anche dalla norma consuetudinaria sul *distress*, che sanerebbe l'illecito, conseguente all'ingresso nelle acque territoriali di uno Stato, effettuato dal comandante di una nave, qualora sussista una situazione di emergenza tale da mettere in serio pericolo l'incolumità dell'equipaggio della nave e delle altre persone a bordo.

territoriale maltese, determinando una crisi umanitaria esasperata dagli interessi politici¹⁸⁶. Solo dopo quattro giorni, a fronte dell'intransigenza del governo maltese, l'Italia acconsente allo sbarco dei profughi nel proprio territorio per ragioni meramente umanitarie, sottolineando ancora una volta di assumersi una responsabilità che si sarebbe dovuta assumere Malta¹⁸⁷.

In ottemperanza a un dovere di natura umanitaria, l'Italia era tenuta comunque ad evitare di incorrere in un altro respingimento collettivo, come quello realizzato in relazione al caso Cap Anamur, che si sarebbe verificato, qualora si fosse lasciata proseguire il mercantile Pinar verso Tunisi. Ai naufraghi della nave, inoltre, non poteva essere negato il diritto di presentare una richiesta di asilo, anche a bordo dello stesso mercantile. Tale vicenda ha reso evidenti le delicate problematiche riguardanti la tutela dei diritti fondamentali in mare in situazioni di emergenza, sottolineando le flagranti infrazioni del diritto dell'individuo, una volta entrato nel mare territoriale di uno Stato, d'inoltrare richiesta per ottenere asilo.

A margine di tali vicende, si deve inoltre considerare che l'ingresso in porto della nave è integrato dalla fattispecie del *distress*, ossia la circostanza che in caso di estremo pericolo assegna alla nave un diritto di ingresso nelle acque territoriali di uno Stato¹⁸⁸. Tuttavia, poiché il diritto internazionale appare incapace di prevedere specifici obblighi di protezione dei naufraghi da parte delle autorità costiere nella fase successiva al salvataggio, appare opportuno che, al fine di salvaguardare i diritti fondamentali dei profughi a bordo di una nave, lo Stato si conformi semplicemente agli obblighi che impongono specifiche condotte di protezione nei confronti di alcune categorie di soggetti, come i richiedenti asilo, se non altro in ottemperanza a quel dovere di *non-refoulement* che, come si dirà, ha assunto natura cogente.

In conclusione, l'esame effettivo della richiesta di asilo, pur in assenza di una normativa internazionale, può ritenersi la soluzione 'ottimale' non soltanto nella fase amministrativa dell'accertamento ma anche in quella successiva del sindacato giurisdizionale¹⁸⁹.

¹⁸⁶ I due Stati europei hanno intrapreso una battaglia diplomatica sulla determinazione dello Stato responsabile ad accogliere i profughi, a discapito di qualsiasi regolamentazione comunitaria. Lo stesso UNHCR ha chiesto lo sbarco immediato dei profughi, il portavoce, Laura Boldrini, ha biasimato «*il ping pong tra Stati [che] scoraggia mercantili e pescherecci a prestare soccorso, penalizzando sia loro sia i migranti*».

¹⁸⁷ Il Governo italiano, cfr. *Comunicato del Ministero degli Affari Esteri* del 19 Aprile 2009, in: <www.esteri.it/MAE/IT/Sala_Stampa/ArchivioNotizie/Comunicati/2009/04/20090420_FrattiniMaroni_navePinar.htm?LANG=IT>, avrebbe pertanto richiesto l'iscrizione all'ordine del giorno del Consiglio Affari generali e relazioni esterne dell'UE del 27 Aprile, «*di uno specifico punto di discussione, concernente l'impegno...al puntuale assolvimento, da parte di ciascun Paese europeo, alle proprie responsabilità in materia di search and rescue areas*».

¹⁸⁸ Tale orientamento può ritenersi acquisito unanimemente dalla dottrina, in proposito cfr. MARATEA, *La prassi del respingimento alla frontiera e il diritto di asilo*, cit., p. 138 ss.

¹⁸⁹ *Ivi*, p. 146, si sostiene che «tale soluzione consente, sia pure indirettamente, il superamento del problema...avente origine nel vuoto normativo esistente fra l'obbligo di salvataggio incombente sul

1.3.2.b. L'asilo presso le sedi di organizzazioni internazionali: tra dovere umanitario e abuso dei privilegi.

Per quanto singolare, la problematica dell'asilo extra-territoriale assume rilievo anche con riferimento alle organizzazioni internazionali, dalla cui personalità giuridica scaturisce il principio dell'inviolabilità della sede da parte dello Stato territoriale e pone la questione sulla possibilità che tali sedi possano fungere da luoghi di rifugio in cui è possibile accordare l'asilo agli individui perseguitati dallo Stato territoriale¹⁹⁰. È chiaro, che in questa ipotesi, l'istituto dell'asilo non è inteso in rapporto alla facoltà sovrana dello Stato di concedere protezione, ma come uno strumento di tutela nei confronti dell'individuo.

La prassi in materia avrebbe accolto la stessa soluzione di tipo garantista nei confronti dell'individuo, già sperimentata con riguardo all'asilo concesso presso le sedi diplomatiche. Fin dal primo periodo di attività, le Nazioni Unite hanno, infatti, accolto tale prassi, quando un funzionario, a carico del quale era stato emesso un mandato di arresto dalle autorità cecoslovacche, si rifugiò presso il Centro d'Informazione dell'ONU a Praga. In quell'occasione, il governo territoriale fornì le proprie scuse ufficiali a seguito dell'irruzione effettuata da un agente locale per eseguire il mandato d'arresto. Il Segretario generale dell'ONU, tuttavia, invitò il funzionario a lasciare la sede, confermando che non poteva sussistere alcun beneficio di protezione per atti estranei all'attività dell'organizzazione.

Da tale punto di vista, si può comprendere come in linea di principio i funzionari di organizzazioni internazionali non sono legittimati a concedere asilo nelle sedi delle organizzazioni, come attestano chiaramente numerosi accordi di sede¹⁹¹. In generale, comunque, considerata la natura funzionale delle immunità concesse alle organizzazioni internazionali per lo svolgimento della relativa missione, non sarebbe possibile ricostruire una facoltà di concedere asilo nei propri locali, senza consumare eventualmente delle inappropriate ingerenze negli affari

capitano della nave e la discrezionalità statale nella concessione dell'asilo», ovviamente in tutte le ipotesi in cui i naufraghi abbiano i requisiti per richiedere asilo o rifugio.

¹⁹⁰ In proposito UDINA, *Asilo (diritto di) I Diritto Internazionale*, cit., p. 4, qualifica come 'internazionale' *stricto sensu*, poiché concesso occasionalmente e temporaneamente nelle sedi di organismi internazionali, tale fattispecie di asilo che è «ammesso in dottrina e verificatosi nella pratica». In argomento per tutti si veda estensivamente LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 79 ss.

¹⁹¹ Cfr. in proposito l'art. 3 dell'accordo di sede tra l'ONU e gli Stati Uniti, la cui sez. 9 (b), prevede che *"the United Nations shall prevent the headquarters district from becoming a refuge either for persons who are avoiding arrest under the federal, state and local law of the United States, or requie by the Governement of the United States for extradition to another country, or for persons who are endeavouring to avoid service or legal process"*. Così anche l'accordo di sede tra l'UNESCO e la Francia dispone all'art. VI par. 3, che *"the Organization shall not permit its Headquarters to become a refugee from justice for persons against whom a penal judgement has been made or who are pursued flagrante delicto, or against whom a warrant of arrest or a deportation order has been issued by the competent French authorities"*.

interni dello Stato territoriale. Ne consegue che non sussistendo la possibilità per lo Stato territoriale di agire coercitivamente per porre fine alla condizione di protezione garantita presso la sede dell'organizzazione internazionale, lo Stato territoriale potrebbe innescare la procedura di 'abuso dei privilegi', disciplinata nella maggior parte degli accordi di sede¹⁹².

Anche per tale ipotesi, dunque, si può concludere, che la protezione derivante dall'asilo concesso presso le sedi di organizzazioni internazionali, in realtà può essere ammessa solo in presenza di emergenze di natura umanitaria ed in cui sia realmente evidente un rischio ai diritti fondamentali dell'individuo. Eppure, tale fattispecie di asilo attualmente appare particolarmente significativa, poiché la possibilità di dotare le organizzazioni internazionali regionali di competenze e strumenti adeguati per fronteggiare situazioni di emergenza, potrebbe costituire una soluzione all'insufficienza delle iniziative statali in materia, che spesso si traducono in respingimenti collettivi, con gravi violazioni dei diritti dell'uomo.

1.3.3. L'asilo e il soggiorno provvisorio per motivi umanitari.

Il fenomeno delle migrazioni internazionali e in particolare le dimensioni assunte dagli esodi di massa a seguito di situazioni di emergenza umanitaria, quali conflitti armati, situazioni di occupazione straniera e violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani hanno contribuito non solo ad attenuare l'importanza delle classificazioni tratte dal diritto di asilo, ma soprattutto hanno smussato la discrezionalità dello Stato nell'esercizio di tale diritto, quasi qualificandolo come un dovere umanitario, fondato su una rinnovata sensibilità verso la condizione giuridica dell'individuo¹⁹³.

In questa prospettiva, se tempo addietro la connotazione religiosa dell'istituto fu superata dalla caratterizzazione politica che ha modellato il diritto di asilo negli ordinamenti giuridici moderni sia statali sia sovra-nazionali, una recente tendenza, influenzata dalla strutturazione dei diritti umani in norme anche di natura cogente, mirerebbe invece a comprimere tale connotazione politica «a favore di un più ampio

¹⁹² Cfr. ad esempio l'art. VII sez. 24 della Convenzione sui privilegi e le immunità delle agenzie specializzate, il quale dispone che le controversie relative ad eventuali abusi dei privilegi saranno sottoposte alla giurisdizione della Corte Internazionale di Giustizia, che a sua volta, accertato l'abuso, potrebbe consentire allo Stato territoriale di negare i privilegi riconosciuti e spettanti all'organizzazione.

¹⁹³ La stessa CIG nel citato *Asylum case*, cit., p. 282, ha sancito chiarito che "asylum may be granted on humanitarian grounds in order to protect political offenders against the violent and disorderly action of irresponsible sections of the population". Cfr. in proposito MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., pp. 557-558. A tal riguardo riconosce BERNARDI, *Asilo Politico*, cit., p. 423, che la peculiare connotazione umanitaria che caratterizza l'approccio all'istituto a livello internazionale ha comportato un notevole avvicinamento delle due figure dell'asilo territoriale e dell'asilo diplomatico, nella misura in cui si configurano entrambe «sotto il profilo umanitario, orientate al medesimo scopo e cioè alla protezione di persone o gruppi soggetti a persecuzione».

profilo umanitario¹⁹⁴». L'istituto dell'asilo in sostanza s'identificherebbe nella protezione di tutti gli individui che, pur non essendo imputati o condannati per reati politici presso il proprio Stato di origine, sono costretti a lasciare il loro Paese e cercare rifugio in un altro Stato, a causa del timore di subire persecuzioni o gravi pregiudizi ai propri diritti fondamentali.

L'ordinamento internazionale ha recepito in vari strumenti di natura convenzionale¹⁹⁵ la necessità, fondata su un'opinione piuttosto condivisa nella comunità internazionale, di garantire una protezione temporanea, volta all'accoglienza provvisoria sul territorio nazionale di «chiunque abbia seri motivi per voler trovare rifugio in un Paese diverso da quello di origine, nell'intento di evitare qualunque forma rischiosa di respingimento alla frontiera¹⁹⁶».

Nel contesto europeo, uno strumento che, in questa prospettiva, è suscettibile di assumere notevole rilevanza, soprattutto alla luce dei recenti flussi migratori nell'area euro-mediterranea, è la Direttiva sulla protezione temporanea¹⁹⁷, che consentirebbe l'attivazione di una procedura di carattere eccezionale per far fronte ad eventuali esodi di massa di individui che non possono tornare nei propri Paesi d'origine senza il rischio di un eventuale pregiudizio ai propri diritti fondamentali. La protezione intende promuovere un "equilibrio degli sforzi" fra gli Stati "che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi". Confutata, tuttavia, la possibilità di ricorrere a tale strumento di protezione da parte degli organi di Bruxelles, una misura di protezione temporanea è stata adottata dall'Italia, assegnando un permesso di soggiorno per motivi umanitari ai profughi

¹⁹⁴ MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, cit., pp. 52 – 53.

¹⁹⁵ Sul piano convenzionale, a livello regionale, l'esempio più significativo è rappresentato dalla citata *Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa*, cfr. *supra* nt. 90, il cui art. 2.1 "Asylum" prevede che:

"Member States of the OAU shall use their best endeavours consistent with their respective legislations to receive refugees and to secure the settlement of those refugees who, for well-founded reasons, are unable or unwilling to return to their country of origin or nationality".

Ed ancora più chiara è la disposizione sottesa dal successivo par. 5, la quale riconosce che:

"Where a refugee has not received the right to reside in any country of asylum, he may be granted temporary residence in any country of asylum in which he first presented himself as a refugee pending arrangement for his resettlement in accordance with the preceding paragraph".

Controversa invece è l'esistenza di una norma consuetudinaria sull'asilo provvisorio per motivi umanitari ed anche la dottrina ha manifestato orientamenti contrastanti. In particolare PERLUSS, HARTMAN, *Temporary Refuge: Emergency of a Customary Norm*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1986), p. 551, i quali ravvisano l'emergere di una norma consuetudinaria in fieri sull'asilo provvisorio. Di avviso contrario è HAILBRONNER, *Non-refoulement and Humanitarian Refuges; Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1986), p. 873 ss.

¹⁹⁶ MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, cit., pp. 54 – 55.

¹⁹⁷ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio dell'UE del 20 Luglio 2001, *sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi degli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze degli stessi*, in GUCE n. L 212 del 7 Agosto 2001, p. 12. Si rinvia, *infra* par. 3.6.4.d.

dei paesi del Nord-Africa arrivati in Italia tra il 1 Gennaio 2011 e il 5 Aprile 2011¹⁹⁸. La condizione sottesa alla concessione del permesso di soggiorno è pertanto duplice, essendo necessari contestualmente lo status di cittadino di un paese del nord Africa, che potrà essere dimostrata anche indipendentemente dal possesso di un passaporto e il fatto di essere giunti in Italia in un arco di tempo specificamente indicato.

La rilevanza del soggiorno ‘provvisorio’ per motivi umanitari, inoltre, sarebbe imputabile alla protezione garantita, sempre discrezionalmente, agli individui che costituirebbero dei rifugiati ‘*de facto*’, ossia coloro che pur non essendo riconosciuti come rifugiati, hanno validi motivi che ne impediscono il ritorno in patria. Lo Stato di destinazione può discrezionalmente decidere se concedere a tale categoria di rifugiati soltanto il soggiorno oppure accordare anche un trattamento particolare, che consenta ad esempio la possibilità di lavorare o beneficiare dell’assistenza sanitaria. La condizione dei rifugiati *de facto* appare sostanzialmente meno privilegiata rispetto alla più ampia categoria di rifugiati disciplinata dalla Convenzione di Ginevra del 1951, che invece gode di una serie di diritti che gli Stati di asilo non possono trascurare¹⁹⁹.

Alla luce di un approccio critico, nella mancanza di previsioni normative capaci di assicurare sul piano internazionale una protezione certa ai vari rifugiati *de facto*, è possibile scorgere le altre lacune, che, come già evidenziato, intaccano la sistemazione del diritto di asilo in seno all’ordinamento internazionale positivo: è assente ad esempio, un regime di responsabilità internazionale di natura consuetudinaria contro una condotta persecutoria che costringe indirettamente masse d’individui ad abbandonare il loro Paese di origine. L’unica soluzione in simili circostanze per ottenere una maggiore garanzia dei diritti fondamentali poggerebbe sul riconoscimento di un diritto individuale all’asilo, speculare ad un obbligo degli Stati di concederlo per assicurare la dovuta protezione umanitaria.

Finché l’ordinamento internazionale non accoglie, infatti, la previsione di un diritto soggettivo all’asilo, sarà impedito a molte categorie di profughi costretti ad

¹⁹⁸ Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 5 Aprile 2011, *Misure di protezione temporanea per i cittadini stranieri affluiti dai Paesi nordafricani*, in GURI n. 81 dell’8 Aprile 2011, stabilisce che, previa verifica della provenienza e della nazionalità da parte del Questore, ai cittadini nordafricani arrivati in Italia tra il 1 Gennaio 2011 e il 5 Aprile 2011 sia concesso il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari della durata di sei mesi, ai sensi dell’art. 11, comma 1, c-ter) del D.P.R. n. 394 del 31 Agosto 1999, *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell’articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*, in GURI n. 258, in Suppl. Ord. n. 190, 3 Novembre 1999.

¹⁹⁹ *Ivi*, p. 56. si veda anche HEIN, *Rifugiati ‘de facto’ e protezione legale dei diritti dell’uomo e l’asilo temporaneo nel diritto internazionale e comparato*, in *I diritti dell’uomo – Cronache e battaglie*, V (1994) n. 2, pp. 15–22. L’OIM, *International Migration Law*, cit., p. 17, definisce ‘rifugiati *de facto*’, «*persons not recognized as refugees within the meaning of the UN Convention Relating to the Status of Refugees, 1951 and Protocol relating to the Status of Refugees, 1967, 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*».

abbandonare il proprio Stato di origine, di poter godere di un vero e proprio mezzo a garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo²⁰⁰.

1.4. I limiti di natura internazionale interposti alla concessione dell'asilo.

L'evoluzione delle fattispecie giuridiche del diritto di asilo ha tracciato un polo di orientamento diretto principalmente alla salvaguardia della sovranità territoriale dello Stato, sebbene la recente prassi internazionale abbia recuperato la portata umanitaria dell'istituto a favore dell'individuo. Tale impostazione fortemente incentrata sul valore della sovranità territoriale, sul piano del diritto internazionale consuetudinario ha comportato anche la cristallizzazione di una serie di limiti al diritto di asilo, derivanti principalmente da due fattori, quali la necessità di salvaguardare l'integrità territoriale e la sicurezza dello Stato e la circostanza che vi siano seri motivi per ritenere che il richiedente asilo abbia commesso un crimine internazionale²⁰¹.

La sussistenza di limiti di natura consuetudinaria all'esercizio del diritto di asilo solleva interessanti profili di analisi con riferimento alla ricostruzione di un'eventuale responsabilità dello Stato che decida di concedere asilo a soggetti sottoposti dall'ordinamento internazionale a particolari stati giuridici. Vi sono casi, dunque, in cui, per il solo fatto di avere ammesso, o non avere espulso o estradato un individuo, uno Stato incorra in un comportamento illecito e casi in cui l'illiceità del comportamento di uno Stato deriva da fattori diversi e contingenti all'esercizio del proprio diritto di asilo, in cui l'illiceità dell'ammissione, o della mancata espulsione, o del rifiuto di estradizione è solo apparente.

La questione si pone, in particolare, dopo gli eventi terroristici degli ultimi anni, in relazione ad individui che attraverso il beneficio dell'asilo possono, ad esempio, insediare cellule terroristiche all'estero. In tali casi l'esercizio del diritto di asilo e il conseguente rifiuto di estradare i presunti colpevoli diventa illecito per connessione con altri fattori contingenti, comportanti violazioni di norme internazionali, come il divieto dell'uso della forza²⁰². Occorre tuttavia precisare che non sempre è facile separare il comportamento statale in violazione di determinate norme e la concessione dell'asilo, poiché, quando il comportamento dello Stato si

²⁰⁰ Si comprende in questo senso la preoccupazione di HATHAWAY, *Why Refugee Law Still Matters*, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8 (2007), n. 1, p. 89, che «*erroneous and competing claims by governments and the refugee advocacy community about the structure and purpose of refugee law threaten its continuing ability to play a truly unique human rights role at a time when no meaningful alternative is in sight*». In questo senso si conviene con quanto affermato da GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 161, secondo il quale «*it is no exaggeration to contend that asylum can be described as a right infused with the practical fulfillment of a humanitarian task*».

²⁰¹ In argomento si veda estensivamente LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 457 ss.

²⁰² Si rammenta che non sempre è possibile stabilire con certezza se il comportamento statale, ad esempio l'assistenza fornita a un gruppo terroristico o ribelle, produca chiaramente la violazione di una norma internazionale, sul punto, si veda CONFORTI, *op. cit.*, p. 355.

materializza nell'esplicita collaborazione all'organizzazione del fatto illecito, fornendo, ad esempio, aiuti militari o logistici, lo Stato diviene concorrente volontario nella commissione dell'illecito. Tuttavia, quando lo Stato abbia solo esercitato la mera facoltà di concedere asilo, magari sulla scorta di motivazioni prettamente umanitarie, limitandosi, ad esempio, ad accordare l'ingresso e il soggiorno a presunti colpevoli, si può pacificamente ritenere che non è addebitabile alcuna responsabilità²⁰³.

È chiaro, dunque, che la problematica attinente agli eventuali limiti che il diritto internazionale consuetudinario frappone alla concessione dell'asilo costituiscono un punto centrale dell'analisi dell'istituto soprattutto nella sua eventuale evoluzione verso una dimensione individuale incentrata sulla tutela primaria dei diritti fondamentali dell'uomo²⁰⁴.

1.4.1. L'esclusione degli individui che rappresentino una minaccia alla sicurezza dello Stato territoriale: il caso dei sospettati terroristi.

La tendenza a preservare la sicurezza nazionale dello Stato ha comportato anzitutto l'affermazione di una specifica facoltà degli Stati di derogare ai rispettivi obblighi internazionali in materia di asilo, qualora si fosse riscontrato il rischio che un richiedente asilo o un rifugiato già presente nel proprio territorio avrebbe potuto attentare alla sicurezza dello Stato²⁰⁵, limitazione che si applicherebbe anche con riferimento all'operatività del generale divieto di respingimento²⁰⁶. Si tratta, comunque, di previsioni, il cui carattere consuetudinario può essere ricostruito alla luce di una prassi normativa internazionale piuttosto cospicua caratterizzata dall'inclusione di eccezioni analoghe nella maggior parte degli strumenti convenzionali sul diritto internazionale dei rifugiati e che, come ritenuto in dottrina, costituiscono un'applicazione generale del principio accolto dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale assegna allo Stato territoriale il potere

²⁰³ In proposito ha notato GIULIANO, *Asilo (diritto di) c) diritto internazionale*, cit., p. 208, che «non sembra che il diritto internazionale generale richieda allo Stato di asilo delle misure specifiche, o comunque delle misure diverse rispetto a quelle che ogni Stato è obbligato ad adottare a questo proposito nei confronti di qualsiasi altra persona dimorante sul suo territorio».

²⁰⁴ In generale con riferimento a tali limiti, LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 465, individua l'elemento 'patologico' ed in parte anacronistico del regime internazionale di asilo, poiché tali limiti rispecchiano di certo una situazione contestuale differente dalla odierna comunità internazionale, incentrata sul preponderante valore dei diritti dell'uomo.

²⁰⁵ Tale limite è stato espressamente codificato dalla Convenzione di Ginevra del 1951, che all'art. 32 par. 2 dispone con riferimento all'eventuale espulsione di un rifugiato che essa può avvenire "*only in pursuance of a decision reached in accordance with due process of law*", in cui l'individuo possa presentare adeguate prove a sua discolta.

²⁰⁶ L'art. 33 par. 2 della Convenzione di Ginevra del 1951 prevede l'esclusione dell'obbligo di *non-refoulement*, qualora vi fossero "*reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country*".

esclusivo “*essential to self-preservation*”, di impedire l’ingresso e il soggiorno agli stranieri²⁰⁷.

L’applicazione piuttosto puntuale che tali norme hanno subito nella prassi evolutiva del diritto internazionale deve comunque essere soppesata con la formazione di nuovi valori che hanno attenuato il principio assoluto della sovranità territoriale dello Stato a favore delle esigenze di garanzia dei diritti umani. In questo senso si è pronunciato lo stesso UNHCR, il quale ha inteso correggere tale prassi, suggerendo che l’esclusione del beneficio dell’asilo dovrebbe essere praticata solo come *extrema ratio*²⁰⁸, specificando anche che la rilevanza sociale di un grave crimine commesso da un individuo si prefigurerebbe qualora tale reato fosse “*a capital crime or a very grave punishable act*”²⁰⁹. L’indirizzo interpretativo espresso dall’UNHCR appare, dunque, maggiormente conforme all’evoluzione in chiave umanitaria dell’istituto dell’asilo, finalizzata a preservare valori oramai ritenuti essenziali per la comunità internazionale²¹⁰. Si può, dunque, comprendere come la presunzione di pericolosità di un richiedente asilo non può essere assunta in termini assoluti «come prova inconfutabile dell’esistenza di un rischio tale da inibire *ipso facto* la concessione del beneficio invocato²¹¹».

Sulla base di tali considerazioni non appare possibile suffragare la recente prassi, invalsa in particolare negli Stati Uniti ma anche in molti Stati europei, fondata sull’adozione di misure anti-terroristiche, comportanti il rifiuto spesso arbitrario della protezione ad individui, che risultano soltanto sospettati di collusioni con organizzazioni terroristiche.

I recenti attentati terroristici hanno determinato un notevole impatto sul trattamento delle richieste di asilo, lasciando prevalere spesso la tutela della sicurezza nazionale su quella dell’individuo²¹². La legislazione restrittiva elaborata

²⁰⁷ Cfr. US. Supreme Court, *Nishimura Ekiu v. United States*, 18 Gennaio 1892, 142 U.S. 651, p. 338 ss., testo disponibile in: <<http://supreme.justia.com/us/142/651/case.html>>, in cui si legge che “*it is an accepted maxim of international law that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions*”. In proposito, nota, inoltre, LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 466–467, che «le norme in oggetto sono state...caratterizzate da un’interpretazione assai aderente al dato testuale delle stesse».

²⁰⁸ UNHCR *Handbook*, cit., par. 154, in cui si apprende che «*A refugee committing a serious crime in the country of refuge is subject to due process of law in that country. In extreme cases, Article 33 paragraph 2 of the Convention permits a refugee’s expulsion or return to his former home country if, having been convicted by a final judgement of a “particularly serious” common crime, he constitutes a danger to the community of his country of refuge*».

²⁰⁹ *Ivi*, par. 155.

²¹⁰ In questo senso cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 469.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Sulla problematica piuttosto complessa del diritto di richiedere asilo di individui sospettati di terrorismo si veda in generale AMARASINHA, ISENBECKER, *Terrorism and the Right to Asylum under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees– A Contradiction in Terms or Do Opposites Attract?*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 65 (1996), n. 2, p. 223 ss.; cfr. inoltre CIANCIARULO SILENZI, *Counterproductive and Counterintuitive Counterterrorism: the*

da molti Stati occidentali ha, dunque, penalizzato anche individui innocenti circa la possibilità di beneficiare del diritto di asilo, ponendosi in contrasto con la normativa internazionale. Infatti, se da un lato non è possibile privare della protezione internazionale un individuo vittima di persecuzione nel proprio Stato di origine, appare necessario allo stesso tempo determinare quando la stessa persona possa costituire una minaccia per la sicurezza nazionale.

Da questo punto di vista, la prassi di alcuni Stati non risulta conforme al diritto internazionale nella misura in cui abbia inteso fondare su mere presunzioni piuttosto che su prove processuali specifiche la sussistenza di una minaccia alla sicurezza nazionale, escludendo l'applicazione del diritto di asilo. Tale circostanza è risultata, ad esempio, particolarmente evidente in relazione al caso *Suresh* deciso nel 2002 dalla Corte Suprema del Canada, la quale ha ritenuto che l'individuo rappresentasse un pericolo per la sicurezza nazionale per il semplice fatto di essere membro del gruppo di opposizione dei Tamil in Sri Lanka, organismo incluso in Canada nell'elenco delle organizzazioni terroristiche, pur essendo evidente l'assenza di qualsiasi tipo di coinvolgimento in attività ed attentati di natura terroristica²¹³.

Il caso in esame mostra tutti i rischi che la lotta al terrorismo internazionale può arrecare alla protezione dei diritti dell'uomo in genere e ad alcuni specifici istituti di protezione dei diritti fondamentali.

In questa prospettiva, non è, pertanto, possibile invocare le recenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, che esortano gli Stati membri a negare l'asilo

Post-September 11 Treatment of Refugees and Asylum-seekers, in *Denver University Law Review*, vol. 84 (2007), n. 4, pp. 1121 –1143; BRUIN, WOUTERS, *Terrorism and the non-derogability of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 15 (2003), pp. 5–24; LENZERINI, *Which hunting: the influence of the fear of terrorism in the implementation of asylum law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2002, pp. 95 – 121, il quale evidenzia come la stessa Commissione dell'ONU per i diritti umani nella ris. 2002/35, *Human Rights and Terrorism*, 22 Aprile 2002, par. 8, invitava gli Stati ad assumere appropriate misure prima di garantire lo status di rifugiato ad un individuo, al fine di accertarsi che il richiedente asilo “*has not planned, facilitated, or participated in the commission of terrorist acts, and ensure, in conformity with International law, that the refugee status is not abused by the perpetrators, organisers or facilitators of terrorist acts...*”.

²¹³ Cfr. Corte Suprema del Canada, *Suresh v. Canada*, 11 Gennaio 2002, 2002 SCC 1, File no. 27790, disponibile in: <[www/lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/rec](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/rec)>, da cui si desume che “*whether the risk to National security is sufficient to justify the appellant’s deportation is a question of evaluation and judgement. It is necessary to take into account the degree of probability of prejudice to national security, the importance of security interest at stake and the serious consequences of deportation for the deportee*”. Per una dettagliata analisi del caso in esame si rinvia in particolare a BRUIN, WOUTERS, *Terrorism and the non-derogability of non-refoulement*, cit., p. 8 ss. Sulla portata sostanziale del caso, HATHAWAY, HARVEY, *Framing Refugee Protection in the New World Disorder*, in *Cornell International Law Journal*, vol. 43 (2002), n. 2, p. 288, avevano già affermato che «*with the general evidentiary standard of Article 33(2), the connection between an impact on the integrity of Canada’s international relations and Canada’s essential welfare should have been proved, not simply assumed.*’ n18 We conclude that “*possible adverse repercussions*” are insufficient».

o il semplice rifugio ai presunti terroristi²¹⁴. Tali atti non possono di certo violare norme internazionali di *ius cogens*, come il divieto di *refoulement*, né autorizzare violazioni dei diritti umani da parte degli Stati, ma si devono interpretare alla luce delle norme sui diritti umani espressamente richiamate in tali risoluzioni. Qualora si accogliesse una prassi che consente agli Stati di poter definire un individuo come terrorista in maniera svincolata da un meticoloso esame giudiziario, scavalcando gli stessi criteri, codificati nella Convenzione di Ginevra del 1951, si provocherebbe un più grande attentato alla protezione internazionale dei diritti dell'uomo e la crisi dell'istituto dell'asilo. Molti Stati, infatti, con una lunga tradizione di accoglienza e protezione degli stranieri a seguito dei recenti attentati terroristici hanno cominciato a rivedere le proprie legislazioni, temendo che dietro le mentite spoglie di un richiedente asilo si celasse un terrorista pericoloso per la sicurezza nazionale²¹⁵, causando respingimenti arbitrari soprattutto d'individui di origine musulmana.

Il diritto di asilo, per quanto ancora inteso come facoltà discrezionale dello Stato, è concepito al fine di assicurare protezione a chi è perseguitato e costretto a lasciare il proprio Paese, il carattere repressivo su cui risultano fondate determinate legislazioni anti-terroristiche snaturerebbero la rilevanza pratica del diritto di asilo, prefigurando un'evoluzione di tipo anacronistico rispetto all'affermazione dei valori prioritari della comunità internazionale odierna, quali la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

1.4.2. L'eventuale responsabilità dello Stato di rifugio per le attività illecite dei richiedenti asilo.

La cautela con cui la recente prassi internazionale in materia di lotta al terrorismo valuta le richieste di asilo, può essere parzialmente condivisa, se rapportata all'ipotesi di un'eventuale responsabilità che incomberebbe sullo Stato per gli atti ostili che determinati individui potrebbero compiere nel proprio territorio anche contro altre entità sovrane o semplicemente contro lo stesso Paese d'origine²¹⁶.

²¹⁴ Si fa in particolare riferimento alla citata Risoluzione 1373 (2001). Sul punto cfr. PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 36; ZANIBONI, *Verso l'erosione dell'elemento territoriale dell'asilo nel diritto internazionale?*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit., p. 294.

²¹⁵ Sugli effetti negativi delle legislazioni anti terroristiche circa il trattamento delle domande di asilo si veda estensivamente CIANCIARULO SILENZI, *Counterproductive and Counterintuitive Counterterrorism*, cit., p. 1122 ss. In proposito, inoltre, LENZERINI, *Which hunting: the influence of the fear of terrorism in the implementation of asylum law*, cit., p. 120, ha parlato di una potenziale «*transformation of the screening of asylum-seekers from an individual and objective judiciary assessment of the existence of the conditions for obtaining the requested protection into a massive and summary refoulement of refugees*».

²¹⁶ In dottrina si veda in particolare CORLISS, *Asylum State Responsibility for the Hostile Acts of Foreign Exiles*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), n. 2, pp. 181- 210.

La concessione dell'asilo, come si evince dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale del 1967, costituisce “*a peaceful and humanitarian act*”, che come tale non può essere ritenuto “*unfriendly by any other State*”²¹⁷. Sebbene l'asilo costituisca la protezione che uno Stato può garantire a chi è vittima di persecuzione nel proprio Paese di origine, l'esercizio di tale diritto non deve inficiare la sovranità dello Stato di provenienza del richiedente asilo e non rappresenta comunque un'ingerenza negli affari interni di tale Stato²¹⁸. In principio non è possibile invocare alcuna forma di responsabilità in capo ad uno Stato che abbia concesso asilo a determinati individui, poiché in quanto atto sovrano, l'asilo è sottratto alle eventuali pretese di illegittimità invocate da altri enti di diritto internazionali, e non esisterebbe, pertanto, nemmeno un obbligo di consegnare il rifugiato alle autorità del Paese di origine²¹⁹.

La concessione dell'asilo deve comunque rispettare i diritti sovrani parimenti riconosciuti agli altri Stati della comunità internazionale, il territorio dello Stato di asilo, dunque, non potrà essere utilizzato dai rifugiati come base per organizzare attività sovversive nei confronti dello Stato di origine o, secondo un'ipotesi più vicina al contesto contemporaneo, come sede per l'insediamento di cellule terroristiche. In tali circostanze lo stesso Stato di asilo potrebbe incorrere in un illecito internazionale «*if foreign exiles employ its territory as a base for launching attacks at their homeland*»²²⁰.

Per quanto possa apparire recente, tale fenomeno ha rappresentato una prassi piuttosto diffusa nel periodo compreso tra il XIX e il XX secolo²²¹, sebbene una regolamentazione specifica non sia stata ancora del tutto codificata sul piano del diritto internazionale, che si limita ad estendere ai rifugiati il regime di responsabilità che grava sullo Stato per attività compiute dai privati.

L'illecito che si materializzerebbe in capo allo Stato di asilo sarebbe, comunque, la conseguenza di un mancato obbligo di *due diligence*, volto ad assicurare che il proprio territorio “*is not used in any manner which would violate the sovereignty, political independence, territorial integrity and National unity or*

²¹⁷ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 2312 (XXII), *United Nations Declaration on Territorial Asylum*, 14 Dicembre 1967, Preambolo, testo disponibile in: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/5980301.html>>. Lo stesso principio era stato già affermato dall'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL nella risoluzione del 1950 sull'asilo nel diritto internazionale pubblico, art. 2 par. 1, in cui si afferma che ogni Stato “*qui, dans l'accomplissement de ses devoirs d'humanité, accord asile sur son territoire n'encourt de ce fait aucune responsabilité internationale*”.

²¹⁸ La dottrina sul punto appare piuttosto unanime, cfr. in particolare e per tutti GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., p. 13 ss.; PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 152 ss.

²¹⁹ In questo senso si veda LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 517.

²²⁰ CORLISS, *Asylum State Responsibility for the Hostile Acts of Foreign Exiles*, cit., p. 182.

²²¹ Già LAUTERPACHT, *Revolutionary Activities by Private Persons against Foreign States*, in *American Journal of International Law*, vol. 22 (1928), p. 122 ss., denunciava l'esistenza della problematica in esame all'inizio del XX secolo.

disrupt the political, economic and social stability of another State”²²². In sostanza, occorrerebbe dimostrare che lo Stato di asilo abbia supportato, incentivato e incoraggiato un atto ostile da parte di soggetti, ai quali sia stato concesso l’asilo o abbia mancato di impedirlo o di reprimere adeguatamente i suoi esecutori²²³.

L’obbligo che incombe sullo Stato di asilo non è però di natura assoluta, qualificandosi piuttosto come un dovere di portata relativa, fortemente influenzato dalla disponibilità dei mezzi e dalle stesse caratteristiche fisiche del territorio²²⁴. Se un individuo, ad esempio, abbia segretamente pianificato ed eseguito un attacco terroristico in una remota zona di frontiera dello Stato di asilo, anche eventuali misure straordinarie avrebbero difficilmente potuto prevenire la realizzazione dell’illecito, rendendo in questo caso ardua l’imputazione di una forma di responsabilità allo Stato di asilo. Tuttavia, se tali terroristi attraversano continuamente la frontiera cercando rifugio, volutamente al fine di perpetrare attacchi terroristici, l’abuso del diritto di asilo nei confronti di questi individui si configurerebbe come una mancata ottemperanza all’obbligo dello Stato di adoperarsi per punire i responsabili degli attentati e prevenire l’insorgere di nuove minacce²²⁵.

La natura non assoluta dell’obbligo di *due diligence* da parte dello Stato di asilo è stata evidenziata anche dalla recente giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, che, nel caso relativo alle *Attività Militari e Paramilitari in Nicaragua*, ha confermato che l’obbligo di prevenzione o repressione può sorgere quando uno Stato ha la conoscenza, l’opportunità e la capacità necessarie per agire²²⁶. Tale esigenza scaturisce dalla consapevolezza, già insita nella stessa Convenzione di Ginevra del 1951, che il diritto internazionale classico comunque

²²² Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 103 (XXVI), *Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States*, 9 Dicembre 1981, UN Doc. A/RES/36/103, art. II lett. b, in cui si specifica anche che “*this obligation applies also to States entrusted with responsibility for territories yet to attain self-determination and national independence*”.

²²³ CORLISS, *Asylum State Responsibility for the Hostile Acts of Foreign Exiles*, cit., p. 184.

²²⁴ Tale impostazione è confermata sia la dottrina classica, già a partire da Grozio, che dalla prassi internazionale convenzionale e giurisprudenziale. La *Dissenting Opinion* del giudice John Bassett Moore nel noto *Lotus case*, cit., par. 88, affermava che “*a State is bound to use due diligence to prevent the commission within its dominions of criminal acts against another nation or its people*”.

²²⁵ La secolare questione palestinese offre un’ampia casistica di attacchi terroristici perpetrati da esuli palestinesi a danno dello Stato di Israele dalle frontiere degli Stati arabi limitrofi, come ad esempio il Libano. Sebbene in tali circostanze è spesso difficile definire le capacità del governo di controllare in modo capillare il proprio territorio, cfr. in proposito FALK, *The Beirut Raid and the International Law of Retaliation*, in MOORE (ed.), *The Arab-Israeli Conflict*, Princeton, 1974, p. 221 ss., come ha notato GARCÍA-MORA, *International Responsibility for the Hostile Acts of Private Persons Against Foreign States*, The Hague, 1962, p. 35, «*a State in whose jurisdiction a harmful act is committed against a foreign nation has in reality violated an International obligation to the preservation of world order. This alone would seem to give rise to State responsibility*».

²²⁶ CIG, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. United States of America), sent. del 27 Giugno 1986, disponibile in: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=66&case=70&code=nus&p3=4>>.

riconosce i richiedenti asilo e i rifugiati come una potenziale “*cause of tension between States*”²²⁷.”

L’obbligo che incombe sullo Stato di asilo assumerebbe una duplice portata, configurandosi, da una parte come un dovere negativo di *non facere*, comportante l’astensione da attività di supporto e sostegno di condotte sovversive o ostili nei confronti dello Stato di origine o degli Stati limitrofi, d’altra parte, tale obbligo assume valenza positiva perché impone l’impegno ad esercitare la “*due diligence*” per prevenire e reprimere eventuali atti di violenza che abbiano base logistica e organizzativa nello Stato di asilo.

La soluzione alla problematica in esame, ricavabile dal *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati* del 2001 della Commissione di Diritto Internazionale, prevede, secondo la disposizione dell’art. 11, l’inclusione della eventuale condotta illecita dei richiedenti asilo entro il regime di responsabilità dello Stato per le attività illecite dei privati²²⁸. La prassi convenzionale appare comunque orientata a riconoscere allo Stato territoriale la sussistenza di particolari obblighi nei confronti dei richiedenti asilo, quando la pericolosità di tali individui nei confronti del Paese di origine derivi dalla semplice permanenza nel territorio dello Stato di asilo²²⁹.

²²⁷ La Convenzione di Ginevra del 1951 nel Preambolo infatti ribadisce l’auspicio che gli Stati “*recognizing the social and humanitarian nature of the problem of refugees, will do everything within their power to prevent this problem from becoming a cause of tension between States*”. Pertanto, come afferma CORLISS, *Asylum State Responsibility for the Hostile Acts of Foreign Exiles*, cit., p. 191, «*the greater foreseeability of the harm increases the standard of vigilance required*».

²²⁸ Dispone in generale l’art. 11 del Progetto di articoli, cit., che: “*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*”. Tuttavia, come si apprende dal commento alla citata disposizione, l’espressione “*acknowledges and adopts*” chiarisce che «*what is required is something more than a general acknowledgement of a factual situation, but rather that the State identifies the conduct in question and makes it its own*».

²²⁹ Tale obbligo sul piano convenzionale è codificato in alcuni strumenti a portata regionale, tra cui, la *Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa* del 1969, il cui art. II par. 6 dispone che “*for reasons of security, countries of asylum shall, as far as possible, settle refugees at a reasonable distance from the frontier of their country of origin*”, mentre la Convenzione di Caracas del 1954 prevede all’art. 9 che “*at the request of the interested State, the State that has granted refuge or asylum shall take steps to keep watch over, or to intern at a reasonable distance from its border, those political refugees and asylees, who are notorious leaders of a subversive movement, as well as those against whom there is evidence that they are disposed to join it...*”. In dottrina si veda in argomento PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 156 ss.; GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. II, p. 134 ss. Contrariamente, CORLISS, *Asylum State Responsibility for the Hostile Acts of Foreign Exiles*, cit., p. 203 ss., constatava l’esistenza di una prassi degli Stati piuttosto controversa, volta ed evadere la portata dell’obbligo di *due diligence*, impedendone la cristallizzazione in una norma consuetudinaria.

1.4.3. *L'esclusione dal beneficio dell'asilo per i responsabili di crimini internazionali e l'eventuale protezione condizionata.*

La vasta produzione normativa convenzionale risulta assestata in maniera piuttosto uniforme in relazione al secondo fattore limitativo del diritto di asilo, imputabile alla circostanza che sussistano gravi motivi per ritenere che il richiedente asilo abbia commesso un crimine internazionale. La Convenzione di Ginevra del 1951 all'art. 1 F esclude che la protezione internazionale sottesa dalle relative disposizioni si applichi ad un individuo per il quale ricorrano seri motivi che abbia commesso crimini contro la pace, crimini di guerra o contro l'umanità, che si sia macchiato di un grave crimine di natura non politica o che sia stato ritenuto colpevole di atti contrari ai principi delle Nazioni Unite²³⁰.

Appare, dunque, palese l'esistenza di un limite al diritto di asilo derivante dalla commissione di uno dei crimini rientranti nella classica tripartizione accolta originariamente dall'art. VI dell'Accordo di Londra del 1945 sul Tribunale Militare Internazionale, noto anche come Carta di Norimberga²³¹, a cui una versione provvisoria dello stesso art. 1 F della Convenzione di Ginevra del 1951 espressamente si rifaceva²³². Un ulteriore riferimento è operato dalla citata Convenzione nei riguardi dell'art. 14 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, che invece al par. 2 nega “*the right to seek and enjoy asylum*” a coloro i

²³⁰ Dispone infatti la disposizione in esame che:

“*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”.*

Analoghe previsioni normative sono rinvenibili nella maggior parte degli strumenti internazionali, anche di natura regionale, preposti alla tutela dei rifugiati e dei richiedenti asilo, si veda in proposito LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 471 ss.

²³¹ *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*, Londra, 8 Agosto 1945, testo disponibile in: <www.icrc.org/ihl.nsf>. In estrema sintesi, come crimini internazionali la letteratura, la prassi giudiziaria, nonché la più recente produzione normativa qualificano quei comportamenti gravemente lesivi di norme di diritto internazionale generale preposte alla protezione di valori fondamentali della comunità internazionale nel suo insieme, per una più approfondita analisi si rinvia per tutti a GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001.

²³² Come riportato in GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 164, una versione dell'art. 1 F della Convenzione di Ginevra del 1951, elaborata nell'Agosto del 1950, disponeva che: “*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 specified in article VI of the London Charter of the International Military Tribunal...*”.

Per ulteriori commenti ai lavori preparatori della Convenzione di Ginevra si veda in particolare WEISS (ed.), *The Refugee Convention, 1951, the Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, Cambridge, 1995.

quali corrano il rischio di “*prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the the purposes and principles of the United Nations*”.

Quest’ultima ipotesi solleva dubbi di natura interpretativa, non essendo pacifica la nozione di “*serious non political crime*”, nonostante lo stesso UNHCR abbia inteso suffragare l’orientamento maggiormente seguito in dottrina²³³, in base al quale la condizione sottesa dal concetto di grave crimine non politico consisterebbe nella circostanza che l’autore dell’illecito non abbia scontato una pena adeguata²³⁴. Sebbene i lavori preparatori della Convenzione non offrano una soluzione più chiara, non appare pienamente condivisibile la caratterizzazione di natura prettamente sanzionatoria ascritta al concetto di “*serious non political crime*”. Considerata l’accezione negativa della fattispecie in oggetto rimane comunque di competenza delle autorità di ogni Stato di asilo il compito di stabilire se un illecito è da considerarsi di carattere politico²³⁵.

La terza causa di esclusione dal beneficio dell’asilo che si materializzerebbe nei confronti di coloro che si siano resi colpevoli di atti contrari agli scopi ed ai principi delle Nazioni Unite assume infine carattere residuale, in quanto avvalorata anche dalle altre ipotesi già esaminate²³⁶. È chiaro che l’attribuzione a un individuo della responsabilità per gravi crimini internazionali deve scaturire dalla ricostruzione non soltanto dell’elemento materiale, costituito dalla perpetrazione di un crimine particolarmente efferato, ma tale circostanza deve essere accompagnata dalla

²³³ Per tutti si veda GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. II, p. 291 ss. e più recentemente LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 491 ss.

²³⁴ Cfr. UNHCR, *Handbook*, cit., par. 157, in cui si afferma che «*the fact that an applicant convicted of a serious non-political crime has already served his sentence or has been granted a pardon or has benefited from an amnesty is also relevant. In the latter case, there is a presumption that the exclusion clause is no longer applicable, unless it can be shown that, despite the pardon or amnesty, the applicant’s criminal character still predominates*».

²³⁵ Appare particolarmente esplicativa in questo senso la vicenda del leader curdo del PKK Oçalan, analizzata in particolare in PALOMBARINI, LAMORGESE, *Diritto di asilo e giurisdizione. La vicenda esemplare di Abdullah Oçalan*, in *Questione Giustizia*, 6/1999, pp. 1169– 1178, i quali lamentano con toni polemici come «la realizzazione dell’affermazione costituzionale secondo cui lo straniero, ricorrendo determinate condizioni, “ha diritto di asilo”, [veniva] rimandata alle valutazioni discrezionali e alle scelte politiche non si sa bene di chi: anche in sede ufficiale, anche davanti a un tribunale che deve decidere sull’istanza di un perseguitato politico, non si esita ad affermare che i diritti - anche quelli previsti dalla legge fondamentale della Repubblica - devono essere rapportati alle compatibilità (quelle imposte dai mercati?) apprezzate e stabilite dal potere di governo». Oçalan era arrivato in Italia il 9 Novembre 1998 ed era stato arrestato in ottemperanza ad un mandato di cattura internazionale emesso dalla Germania. Quando la Turchia chiese l’extradizione, ritirata a seguito di varie pressioni internazionali il 19 Febbraio 1999, l’Italia lasciò intendere che vi si frapponesse il divieto di estradare qualunque individuo verso un Paese, in cui vigeva, come in Turchia, la pena di morte. Con riferimento al diritto di asilo, il Tribunale Roma, 28 sez. civile, *Oçalan c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, 1 Ottobre 1999 - est. De Fiore - ha ritenuto “politici” i reati contestati ad Oçalan dalle autorità turca, pronunciandosi a favore della concessione dell’asilo.

²³⁶ Lo stesso UNHCR, *Handbook*, cit., par. 162, ha riconosciuto che «*While Article 1 F (c) does not introduce any specific new element, it is intended to cover in a general way such acts against the purposes and principles of the United Nations that might not be fully covered by the two preceding exclusion clauses*».

sussistenza della *mens rea*, ossia dell'elemento psicologico, che non può comunque essere soddisfatto, come ha notato lo stesso UNHCR, quando l'autore del crimine non possieda "*the mental capacity to be held responsible of a crime*"²³⁷.

L'ordine di limiti al diritto di asilo nei confronti dei responsabili dei crimini internazionali crea alla luce delle attuali tendenze del diritto internazionale, fortemente imperniato sulla tutela dei diritti umani, un evidente *vacuum*, relativo alla eventuale protezione che è possibile riconoscere agli autori di crimini internazionali, i quali possono essere a loro volta sottoposti a concreti rischi di persecuzione. La legittimità, dunque, di qualsiasi eccezione al diritto di asilo deve essere bilanciata con l'esigenza primaria di garantire «il godimento dei diritti *basilari* dell'essere umano a *qualsiasi* individuo, inclusi i criminali più efferati²³⁸», in ossequio ad una prassi che favorisce l'interpretazione restrittiva delle eccezioni agli standard sui diritti umani, a cui deve rapportarsi attualmente anche il diritto di asilo.

L'applicazione delle eccezioni in esame non può, dunque, prescindere da un bilanciamento operato alla luce di due principi fondamentali. Anzitutto appare necessario un test di proporzionalità tra la gravità del crimine commesso e l'intensità delle persecuzione a cui il richiedente asilo potrebbe essere sottoposto se privato di qualsiasi protezione internazionale²³⁹. Inoltre, le citate cause di esclusione del beneficio dell'asilo devono essere applicate congiuntamente al divieto di *refoulement*, in base al quale non sarà comunque possibile respingere un individuo verso Paesi, in cui vi sia un rischio grave di attentato alla vita, tortura o trattamenti inumani a danno del richiedente asilo, a prescindere che si tratti un presunto autore di crimini internazionali. In questi casi, la prassi ampiamente suffragata dall'UNHCR ha inteso riconoscere comunque una protezione sussidiaria e alternativa al riconoscimento dello status di rifugiato, che non può essere legittimamente riconosciuto al presunto autore di crimini internazionali, diretta a preservare il godimento dei diritti umani fondamentali.

Un'eventuale deroga a quest'ultima forma di protezione potrebbe scaturire, allorquando la presenza del rifugiato sul territorio di uno Stato sia suscettibile di minare un'altra norma parimenti cogente, come quella preposta alla tutela della

²³⁷ Cfr. UNHCR, *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 4 Settembre 2003, UN Doc. HCR/GIP/03/05, par. 28, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/3f7d48514.html>>.

²³⁸ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 496.

²³⁹ In proposito l'UNHCR, *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses*, cit., par. 24, ha riconosciuto la sussistenza di un test di proporzionalità che non può essere eluso nell'applicazione delle eccezioni al diritto di asilo, in particolare l'UNHCR ha affermato che «...As with any exception to a human rights guarantee, the exclusion clauses must therefore be applied in a manner proportionate to their objective, so that the gravity of the offence in question is weighed against the consequences of exclusion. Such a proportionality analysis would, however, not normally be required in the case of crimes against peace, crimes against humanity, and acts falling under Article 1F(c), as the acts covered are so heinous. It remains relevant, however, to Article 1F(b) crimes and less serious war crimes under Article 1F(a)».

sovranità territoriale, per il principio dello *ius cogens superveniens*, si manifesterebbe un contrasto tra norme internazionali di pari grado ed in linea di principio reciprocamente derogabili²⁴⁰. La soluzione alla problematica che si originerebbe, tuttavia, se contestualizzata nell'attuale fase di evoluzione della comunità internazionale, con ogni probabilità indurrebbe ad assegnare priorità alla norma che tutela i diritti fondamentali dell'uomo. Questa ipotesi nel rispetto del principio di *non-refoulement*, non escluderebbe l'applicazione da parte dello Stato territoriale di misure restrittive della libertà dell'individuo, qualora vi fossero fondati indizi che il richiedente asilo possa anche costituire una minaccia per la sicurezza nazionale.

Allo stesso tempo, non si può escludere la circostanza opposta che induce un individuo macchiatosi di crimini internazionali di richiedere asilo per sfuggire alla giustizia ed ottenere l'impunità dei propri misfatti. In questi casi, è possibile, dunque, tracciare un ordine di priorità capace di suggerire adeguate situazioni giuridiche a circostanze alquanto complesse. Sostanzialmente, lo Stato territoriale avrebbe anzitutto l'obbligo di accordare la protezione al presunto criminale, nei cui confronti esista un fondato e concreto rischio di persecuzione nello Stato di provenienza, applicare eventualmente misure cautelative e restrittive della libertà personale del richiedente asilo, se si riscontri l'esistenza di una minaccia alla sicurezza nazionale, e garantire, comunque, la punibilità dell'individuo per i misfatti perpetrati²⁴¹.

È sulla base di tali circostanze e della consapevolezza che nel caso di crimini particolarmente efferati la comunità internazionale nel suo complesso è chiamata alla punizione dei responsabili, che si può ricostruire la sussistenza di un eventuale obbligo internazionale di cooperazione giudiziaria complementare all'extradizione, come ipotesi alternativa alla concessione dell'asilo.

1.4.4. Extradizione e abuso del diritto di asilo: il caso 'Cesare Battisti'.

Alla fondamentale esigenza di tutelare la persona umana ma allo stesso tempo contribuire alla repressione dei responsabili di crimini particolarmente gravi si rapporta un principio che continua a sollevare alcuni spunti problematici, soprattutto con riferimento al secolare istituto del diritto di asilo. L'ordinamento internazionale ha infatti consacrato come norma consuetudinaria la regola espressa dalla formula «*aut dedere aut iudicare*», in base alla quale uno Stato sarebbe vincolato a

²⁴⁰ In questo senso si veda LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 499.

²⁴¹ *Ivi*, p. 504, come osserva l'autore, «in questo modo sarebbero contemporaneamente assicurate sia la finalità umanitaria perseguita dall'asilo che l'esigenza di non lasciare impuniti gli autori di crimini particolarmente ripugnanti aborriti dalla comunità internazionale complessivamente intesa».

sottoporre a processo i responsabili di crimini efferati, catturati nell'ambito della propria giurisdizione, altrimenti sarebbe obbligato ad estradarli²⁴².

L'extradizione, quale fattispecie che, insieme all'espulsione, qualifica il fenomeno dell'allontanamento dello straniero dal territorio di uno Stato, che aveva acconsentito al suo ingresso, prefigura un rapporto peculiare tra l'individuo e lo Stato territoriale, capace di incidere sul piano della prassi come fattore limitativo del diritto di asilo²⁴³. Lo strumento dell'extradizione, a differenza dell'asilo non è una manifestazione diretta e del tutto volontaria della sovranità dello Stato, ma poggierebbe sull'autonomo principio della cooperazione internazionale in materia penale, finalizzato all'esercizio sinergico della potestà punitiva propria di ogni ordinamento giuridico statale per salvaguardare valori comuni alla comunità internazionale nel suo complesso²⁴⁴. Inoltre, a differenza dell'ammissione e dell'espulsione, in cui il rapporto giuridico lega lo Stato territoriale e lo straniero, l'extradizione sottende una pregressa richiesta avanzata da uno Stato nei confronti del Paese in cui si trova il richiedente asilo al fine di ottenere la sua estradizione e poterlo sottoporre alla propria giustizia interna²⁴⁵.

²⁴² In particolare, la tesi dell'esistenza di un autonomo principio di diritto internazionale corrispondente alla formula «*aut dedere aut iudicare*» è estensivamente illustrata in BASSIOUNI, *The Duty to Prosecute and/or Extradite: aut dedere aut iudicare*, in BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. 2, Leiden, 2008, pp. 35-45.

²⁴³ A tal fine, si nota come GRAHL-MADSEN, *Territorial asylum*, cit., p. 12, riconduce all'istituto dell'asilo l'esercizio di alcuni diritti nel contesto internazionale, quali il diritto di ciascuno Stato di ammettere un individuo nel proprio territorio, il diritto a consentirne la permanenza e il soggiorno ed infine anche il diritto a rifiutarne l'espulsione e/o l'extradizione. Tuttavia, con riferimento all'extradizione, l'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 23, definisce tale istituto come «*the formal surrender, generally based on treaty or other reciprocal arrangements, by one State to another of an individual accused or convicted of an offence outside its territory and within the jurisdiction of the other, for the purpose of trial and punishment*». In argomento cfr. LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Torino, 2006; BORELLI, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 724-751; PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo: fra diritto internazionale convenzionale e generale*, Milano, 1993.

²⁴⁴ L'esistenza di un principio di cooperazione penale tra gli Stati nel diritto internazionale generale non è pacifica, la prassi degli Stati, come nota BASSIOUNI, *The Duty to Prosecute and/or Extradite: aut dedere aut iudicare*, cit., p. 35 ss., dimostra che spesso è stata consentita l'impunità per crimini, derivanti da violazione di norme di *ius cogens*, la teoria dell'universalità della giurisdizione penale è lungi dall'essere universalmente riconosciuta e applicata, così come il dovere di "procedere o di estradare" è più *in fieri* che riconosciuto, a meno che non scaturisca da specifici obblighi convenzionali. Sul piano della prassi si segnalano comunque alcuni casi che tenderebbero a confermare l'esistenza di un obbligo di cooperazione e del suo corollario concernente il principio «*aut dedere aut iudicare*». Si fa riferimento in particolare alla richiesta di estradizione del generale Augusto Pinochet operata dalla Spagna nei confronti della Gran Bretagna, la cui Camera dei Lords aveva affermato non solo l'esistenza della norma che impone l'extradizione per crimini internazionali, ma anche la natura cogente della norma riguardante il divieto di tortura che criminalizza a livello internazionale la condotta addebitata a Pinochet.

²⁴⁵ La prassi convenzionale annovera un'ampia varietà di trattati di estradizione, spesso di natura bilaterale, in virtù dei quali un Paese si obbliga a estradare cittadini dell'altra Parte contraente imputati di uno o più reati verso Stati terzi e viceversa. Vi è anche una seconda categoria di trattati che, invece, impone il divieto di estradare tali individui. Tra i trattati multilaterali di estradizione sul

In questa prospettiva, si comprende come la pretesa di uno Stato di ottenere l'extradizione di un individuo introduce una variabile discriminante nella concessione dell'asilo, condizionando l'esercizio di tale diritto sovrano. Inoltre, se per quanto concerne l'ammissione e l'espulsione dello straniero, uno Stato è chiamato a valutare se nel Paese di origine sussiste un fondato rischio di pregiudizio ai diritti fondamentali, nei casi di estradizione tale valutazione assumerebbe una portata più specifica e diretta a valutare se nello Stato che abbia richiesto l'extradizione, l'individuo possa subire pregiudizi limitatamente all'amministrazione della giurisdizione penale.

Se l'istituto dell'asilo si può identificare col rifiuto dello Stato di ottemperare alle richieste di estradizione di un individuo, si riesce a comprendere come talvolta tale circostanza può determinare un abuso del diritto di asilo, com'è stato rilevato nella prassi più recente dalla vicenda dell'ex membro dei Proletari armati per il comunismo, Cesare Battisti, al quale il governo brasiliano ha riconosciuto lo status di rifugiato politico, eludendo la richiesta di estradizione avanzata dall'Italia nel 2007 sulla base del Trattato bilaterale di estradizione fra i due Paesi firmato a Roma il 17 Ottobre 1989 ed entrato in vigore il 1° Agosto 1993²⁴⁶.

La vicenda di Cesare Battisti è comune a molti individui che nel corso degli anni settanta in Italia militavano in gruppi di opposizione politica a carattere particolarmente violento. Come membro dei Proletari armati per il comunismo, Battisti era stato condannato in Italia per quattro omicidi²⁴⁷, commessi tra il 1978 e il

piano regionale si fa riferimento in particolare alla *Convenzione europea di estradizione* del 13 Dicembre 1957, entrata in vigore il 18 Aprile 1860, *European Treaty Series* - n. 24, il cui art. 1 dispone l'obbligo delle Parti "to surrender to each other, subject to the provisions and conditions laid down in this Convention, all persons against whom the competent authorities of the requesting Party are proceeding for an offence or who are wanted by the said authorities for the carrying out of a sentence or detention order".

²⁴⁶ Cfr. Legge del 23 Aprile 1991 n. 144, *Ratifica ed esecuzione del trattato di estradizione tra la Repubblica italiana e la Repubblica federativa del Brasile, fatto a Roma il 17 ottobre 1989*, in GURI, n. 108 del 10 Maggio 1991 – Suppl. Ord. n. 32. Il trattato in questione prevede all'art. 1 un generale obbligo di estradizione di natura reciproca, disponendo che:

"Ciascuna Parte si impegna a consegnare all'altra Parte, su domanda, secondo le norme ed alle condizioni stabilite dal presente Trattato, le persone che si trovano sul suo territorio e che sono ricercate dalle autorità giudiziarie dell'altra Parte ai fini dello svolgimento di un procedimento penale in corso nei loro confronti o ai fini dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale".

²⁴⁷ Il 13 Dicembre 1988, la Corte d'Assise di Milano con sent. n. 76/88, Reg. gen. 49/84, aveva condannato Cesare Battisti all'ergastolo, giudicandolo responsabile dei quattro omicidi. Tale sentenza è stata confermata in appello il 16 Febbraio 1990 con sent. n. 17/90, Reg. gen. n. 86/89 e 50185, e l'8 Aprile 1991, la Corte di cassazione ha confermato le sentenze di merito, rinviando per difetto di motivazione, in Corte d'appello l'esame dei profili di complicità di Battisti in ordine ad uno degli omicidi. Anche la Corte d'appello di Milano con sent. n. 24193, Reg. gen. 40191, del 31 Marzo 1993, ha confermato quanto stabilito nella sentenza del 1990. Evaso dal carcere di Frosinone il 5 Ottobre 1981 e fuggito prima in Messico, Battisti si era in seguito stabilito in Francia. Qui, una prima richiesta di estradizione, non accolta, in quanto volta, secondo la magistratura francese, all'esecuzione della pena detentiva e non più allo svolgimento del procedimento penale a carico dello stesso, ormai condannato in via definitiva all'ergastolo, e per tale motivo non sufficientemente

1979, crimini particolarmente gravi, per i quali non sussistono i presupposti per la concessione dello status di rifugiato politico, condizione, che invece è stata riconosciuta dal Ministro della Giustizia brasiliano con decreto del 13 Gennaio 2009, giungendo così a negare l'extradizione²⁴⁸.

La decisione del Ministro di giustizia risultava fondata su una presunta esistenza della minaccia di persecuzione in capo all'estraddando, poiché si è ritenuto che le leggi italiane, adottate negli 'anni di piombo' per reprimere fenomeni di terrorismo interno, fossero particolarmente lesive dei diritti della difesa, e, pertanto, motivo per riconoscere lo status di rifugiato politico²⁴⁹. In proposito, occorre, tuttavia, rilevare che l'autorevole *Institut de droit international* in una risoluzione del 1983 aveva ribadito che l'incriminazione di un soggetto per reati politici non costituisce di per sé un atto di natura persecutoria, tale da giustificare la concessione dell'asilo²⁵⁰. Non sembra, pertanto, rilevante il riferimento, operato nel decreto all'art. 14, par. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che notoriamente annovera tra i diritti fondamentali dell'individuo il diritto "di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni". Il paragrafo 2 della stessa disposizione precisa, infatti, che il diritto d'asilo "non potrà essere invocato qualora

fondata, fu presentata dalle autorità italiane l'8 Gennaio 1991. Il 23 Ottobre 2004, dopo una seconda richiesta di estradizione da parte dell'Italia, il Governo di Parigi emanò un decreto di estradizione, divenuto definitivo in esito ad una decisione del Consiglio di Stato del 18 Marzo 2005. Tale decisione fu motivo per Battisti di un'ulteriore fuga, questa volta in Brasile, Paese ove le autorità italiane chiedono l'arresto provvisorio ex art. 13 del trattato di estradizione del 1989, in attesa della definizione della richiesta di estradizione, avanzata conformemente al medesimo trattato, in data 18 Marzo 2007. Per l'analisi e una meticolosa ricostruzione giuridica della vicenda, si rinvia in particolare a DE LUCA, *Il caso Battisti: quali strumenti per la risoluzione della controversia internazionale sorta tra Italia e Brasile?*, commento disponibile in: <www.sidi-isil.org/?page_id=119>; PUMA, *Osservazioni a margine del caso Battisti*, in *La Comunità Internazionale*, 2009, n. 3, pp. 427-437.

²⁴⁸ Cfr. Decreto. n. 08000.011373/2008-83 del 13 Gennaio 2009, in *Diário Oficial da União* (DOU) del 15 Gennaio 2009, Seção 1, p. 35, in: <www.jusbrasil.com.br/diarios/429923/dou-secao-1-15-01-2009-pg-35>. Avverso tale decreto, l'Italia il 22 Gennaio 2009, sulla base dell'art. 212 del Regolamento interno della Corte costituzionale brasiliana (*Supremo Tribunal Federal*), competente per i processi in materia di estradizione, è intervenuta nel procedimento, chiedendone l'annullamento.

²⁴⁹ Lo stesso decreto al par. 14 pone in dubbio la sussistenza di un'effettiva responsabilità di Battisti per gli stessi reati a lui addebitati, ritenendo che le leggi speciali adottate dall'Italia nel corso degli anni settanta, alla stregua delle quali si è sviluppata la vicenda processuale in questione, "avrebbero comportato una significativa restrizione delle prerogative della difesa", come osserva PUMA, *Osservazioni a margine del caso Battisti*, cit., p. 429, «il decreto sembra trascurare il fatto che Battisti è stato giudicato colpevole al termine di un lungo e complesso iter processuale, sfociato in una sentenza definitiva passata in giudicato e basata sull'accertamento di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio».

²⁵⁰ Si legge, infatti, nella risoluzione dell'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Sessione di Cambridge, *Nouveaux problèmes en matière d'extradition*, 1 Settembre 1983 (Rapporteur: Karl Doehring), art. II par. 2, in: <http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1983.html>, che «le droit de refuser l'extradition pour motif d'infraction politique ne devrait pas être remplacé par le seul droit d'accorder l'asile contre des persécutions politiques; l'exercice de poursuites judiciaires contre un prévenu politique ne constitue pas nécessairement une persécution justifiant l'octroi de l'asile par des Etats tiers».

l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite". Il decreto del Ministro della Giustizia brasiliano attesterebbe, pertanto, un abuso del diritto di asilo, svincolato dalle condizioni codificate dal diritto internazionale per l'esercizio di tale diritto sovrano. Infine, la stessa Corte europea per i diritti dell'uomo, dopo la pronuncia del Conseil d'État francese²⁵¹, aveva dichiarato inammissibile il ricorso presentato da Cesare Battisti contro la sua estradizione in Italia, espressa, prima della fuga in Brasile, dalla Francia tramite un decreto reso esecutivo nel 2005²⁵².

Tenuto conto, dunque, dei reati particolarmente gravi addebitati a Cesare Battisti e dell'assenza di fondate minacce di persecuzione da parte dello Stato italiano che ne aveva chiesto l'extradizione, sarebbe risultato legittimamente operativo il limite al diritto di asilo, sotteso all'art. 1 F lett. b) della Convenzione di Ginevra del 1951, in base al quale le disposizioni di tale strumento convenzionale non si applicano alle persone di cui vi sia serio motivo di sospettare che abbiano "*commesso un crimine grave di diritto comune fuori dal Paese ospitante*". In questo senso si è pronunciata la stessa Corte Suprema brasiliana, che con sentenza del 18 Novembre 2009, ha considerato illegittimo lo status di rifugiato politico, concesso dal governo brasiliano²⁵³, sulla base anche del citato trattato di estradizione tra Italia e Brasile²⁵⁴, rinviando però al Presidente della Repubblica, la decisione sull'effettiva esecuzione della sentenza.

A tal riguardo, la Corte evidenzia una prima aporia concernente la tempistica della richiesta di attribuzione dello status di rifugiato, che «appare sospetta e testimonia la debolezza della tesi difensiva di Battisti²⁵⁵». Infatti, anziché richiedere fin da subito nel 2004 lo status di rifugiato o l'asilo politico, Cesare Battisti ha fatto ingresso illegalmente e visse in Brasile sotto falso nome fino al 2008, probabilmente in attesa del decorso dei termini di prescrizione, previsti dalla legge penale brasiliana

²⁵¹ Cfr. Conseil d'État, Assemblée, 18 Marzo 2005, *M. Battisti*, n. 273714, respinge l'impugnazione in annullamento da parte di Battisti della decisione di estradizione per violazione del principio dell'equo processo nell'ambito dei procedimenti penali italiani.

²⁵² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo (seconda sezione), *Cesare Battisti c. France*, decisione del 12 Dicembre 2006, ricorso n. 28796/05. La Corte in tale occasione ha evidenziato come l'imputato fosse "*manifestement informé de l'accusation portée contre lui, ainsi que du déroulement de la procédure devant les juridictions italiennes et ce, nonobstant sa fuite*", sottolineando altresì che "*le requérant, qui avait délibérément choisi de rester en situation de fuite..., était effectivement assisté de plusieurs avocats spécialement désignés par lui durant la procédure*", e che "*il n'a pas porté à l'attention des autorités concernées d'éventuelles difficultés qu'il aurait rencontrées dans la préparation de sa défense*".

²⁵³ *Supremo Tribunal Federal*, sent. 18 Novembre 2009, le cui motivazioni sono state depositate il 15 Aprile 2010, in: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>>, con 5 voti favorevoli e 4 contrari, la Corte si è pronunciata a favore dell'extradizione di Battisti in Italia.

²⁵⁴ La Corte Suprema brasiliana ha inoltre ritenuto inoperative le cause di esclusione dell'obbligo generale di estradizione di natura reciproca contenuto nell'art. 1, espressamente elencate ai successivi articoli 3 e 6.

²⁵⁵ DE LUCA, *Il caso Battisti*, cit., p. 2.

per l'omicidio e individuati nel caso specifico tra il 2011 e il 2013, in modo da poter invocare uno dei motivi, che consentono alle Parti del citato Trattato bilaterale, di rifiutare l'estradizione²⁵⁶.

In particolare, Battisti fondava la sua tesi sul rifiuto di essere estradato sulle stesse disposizioni del trattato bilaterale del 1989, previste a tutela dei diritti umani fondamentali degli estradandi e relative alla eventualità che la persona da estradare è, è stata o sarà giudicata da un tribunale di eccezione della Parte richiedente (art. 3, lett. d), il reato per il quale l'estradizione è domandata è considerato dalla Parte richiesta reato politico (art. 3, lett. e), la Parte richiesta ha "*serie ragioni per ritenere che la persona richiesta verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, o che la situazione di detta persona rischia di essere aggravata da uno degli elementi suddetti*" (art. 3, lett. f)²⁵⁷.

La Corte Suprema rigetta, tuttavia, la tesi di Battisti, negando la legittimità del riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, riconoscendo, coerentemente con la posizione espressa il 28 Novembre 2008 dal Comitato nazionale brasiliano per i rifugiati, che il timore di essere perseguitato per le proprie opinioni politiche in Italia non era concretamente fondato. Inoltre, il tribunale qualifica almeno due degli omicidi imputati a Battisti come forme aggravate di omicidio secondo la legge penale brasiliana, caratterizzati da circostanze aggravanti tali da rivelare un totale disprezzo della vita. In secondo luogo, secondo il Tribunale supremo i reati commessi da Battisti non possono qualificarsi come delitti 'politici' né ricondursi alla più ampia categoria dei 'delitti politici relativi', trattandosi, invece, di delitti comuni, senza alcuna connessione obiettiva con la motivazione politica²⁵⁸.

In terzo luogo, smontando la tesi difensiva di Battisti, il tribunale esclude che alla base della richiesta di estradizione da parte dell'Italia vi sia l'intenzione di perseguire politicamente l'estradando, secondo il tribunale supremo, infatti, in Italia non è possibile riscontrare né una generalizzata violazione di diritti umani né la

²⁵⁶ L'articolo 3 lett. b) del trattato di estradizione tra Italia e Brasile, prevede che l'estradizione non sarà concessa "*se alla data della ricezione della domanda è intervenuta secondo la legge di una delle Parti, prescrizione del reato o della pena*".

²⁵⁷ A questi motivi si aggiungono i due ulteriori motivi di rifiuto previsti dall'art. 5, a garanzia di diritti fondamentali della persona richiesta. In primo luogo, si tratta della violazione dei diritti minimi di difesa nel corso del procedimento penale cui la persona richiesta è stata o sarà sottoposta. Tuttavia, secondo il trattato italo-brasiliano, il procedimento in contumacia, qual è quello che ha portato alla condanna di Battisti, non può costituire "*di per sé motivo di rifiuto dell'estradizione*". In secondo luogo, si tratta della sussistenza di "*fondato motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta a pene o trattamenti che comunque configurano violazione dei diritti fondamentali*". Si veda in proposito CASTELLANETA, *La controversia tra Italia e Brasile sul caso Battisti tra rimedi interni e internazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 55 (2011), n. 11, pp. 107-119.

²⁵⁸ Come nota DE LUCA, *Il caso Battisti*, cit., p. 4, «secondo il tribunale, la militanza politica di Battisti non è sufficiente a trasformare dei delitti comuni in delitti politici né può essere uno scudo per evitare l'applicazione della legge penale».

violazione del diritto al giusto processo e del diritto di difesa, ipotesi già escluse, come noto, dal Conseil d'État francese e dalla Corte europea. Al contrario, Battisti è stato giudicato da un giudice ordinario (e non speciale), dotato dei requisiti d'indipendenza e imparzialità, e nel contesto del regolare funzionamento delle istituzioni democratiche della Repubblica Italiana. Semmai, il sistema penitenziario italiano è noto per la sua eccessiva 'lassità', come attesta la vicenda di Silvia Baraldini, la cui richiesta di trasferimento in Italia dagli Stati Uniti, ove era stata condannata per reati di terrorismo, ha incontrato il diniego delle autorità statunitensi che dubitavano della possibilità per la Baraldini di scontare effettivamente in Italia la pena residua in un istituto carcerario analogo a quello in cui era detenuta negli Stati Uniti.

Alla luce di tali considerazioni, appare dunque di difficile comprensione la decisione dell'ex-Presidente della Repubblica del Brasile di non estradare Battisti in Italia, in base alla clausola di non discriminazione contenuta nell'art. 3 lett. f) del Trattato bilaterale di estradizione.

Con una nota divulgata dal Ministro degli Esteri, Celso Amorim, tuttavia, il 31 Dicembre 2010, nel suo ultimo giorno in carica il Presidente della Repubblica del Brasile, Luiz Inacio Lula da Silva, nega l'extradizione di Cesare Battisti²⁵⁹, richiamando la disposizione dell'art. 3 lett. f) dello stesso trattato di estradizione con l'Italia del 1989, che negherebbe l'extradizione “*se la Parte richiesta ha serie ragioni per ritenere che la persona richiesta verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, o che la situazione di detta persona rischia di essere aggravata da uno degli elementi suddetti*”.

La decisione del presidente Lula, fondata sul parere dell'Avvocatura di Stato brasiliana, riflette chiaramente la natura politica della decisione di non estradare Battisti, contrastando con la pregressa e cospicua elaborazione giuridica, mutuata dalla stessa Corte suprema del Brasile, volta a negare la sussistenza di fondati rischi di persecuzione, tali da giustificare il rifiuto di procedere all'extradizione. Tale decisione appare anche scarsamente motivata, sebbene l'art. 15 del trattato di estradizione impone che il rigetto di una richiesta di estradizione debba essere motivato²⁶⁰.

²⁵⁹ Presidência da República, Secretaria de Imprensa, *Nota do governo brasileiro sobre o cidadão italiano Cesare Battisti*, 31 Dicembre 2010.

²⁶⁰ A tal fine, si possono anche richiamare le espressioni di rammarico reiterate dal Parlamento europeo, cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2011 sul Brasile: estradizione di Cesare Battisti*, P7_TA(2011)0027; già con riferimento alla decisione, ormai annullata, di attribuzione a Battisti dello status di rifugiato il Parlamento europeo aveva espresso la propria manifestazione di sconcerto, cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 5 febbraio 2009 sul rifiuto di estradare Cesare Battisti dal Brasile*, in cui si evidenziava come il rifiuto persistente da parte del governo brasiliano potrebbe essere interpretato come “*as a sign of mistrust towards the European*

In questo senso, la vicenda conferma ancora come il diritto di asilo, inteso esclusivamente come mero esercizio della sovranità territoriale dello Stato può essere suscettibile di generare abusi e violazioni del diritto internazionale, che attentano a quel sistema di valori, di cui il meccanismo dell'extradizione costituisce uno strumento di garanzia²⁶¹.

La decisione dell'ex Presidente Lula non è comunque ancora definitiva, in attesa di una nuova pronuncia del SupremoTribunal Federal, che lo scorso 6 Gennaio 2011 ha respinto la richiesta di scarcerazione presentata dalla difesa di Battisti²⁶², allo stesso tempo il governo italiano si accinge a depositare un ricorso avverso la decisione dell'ex Presidente e il parere dell'Avvocatura di Stato²⁶³.

1.5. La crisi del diritto di asilo nell'ordinamento internazionale contemporaneo.

La prassi sottesa alla disciplina del diritto di asilo spesso assegna alle disposizioni eccezionali un ampio margine d'applicazione. I limiti al diritto di asilo previsti dall'ordinamento internazionale costituiscono, pertanto, l'ultimo baluardo «per difendere l'area residua della propria sovranità non ancora intaccata dalla progressiva espansione delle norme di diritto internazionale, e raramente, nell'applicazione delle eccezioni in oggetto, sono prese in considerazione le potenziali ripercussioni che l'attuazione concreta delle stesse può comportare nei confronti della realizzazione dei valori basilari della comunità internazionale complessivamente intesa²⁶⁴». Si può comprendere come la portata materiale delle eccezioni al diritto di asilo può pregiudicare la fruizione dei diritti fondamentali di determinati individui, che costituiscono dei parametri, intesi a bilanciare gli effetti negativi di un'applicazione indiscriminata dei limiti al diritto di asilo²⁶⁵.

L'evoluzione in chiave umanitaria dell'istituto dell'asilo impone una revisione anche dei limiti che ne escludono l'applicazione. Si deve avallare, dunque, un'interpretazione restrittiva delle eccezioni in questione, accolta dalla più recente

Union, which is founded, inter alia, on respect for fundamental rights and the rule of law, which include the rights of detainees».

²⁶¹ Come ha affermato MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, cit., p. 332, «extradition serves the purpose of the international repression of crime, and its limits must not be too closely circumscribed».

²⁶² Cfr. POCAR, *Caso Battisti: superare il no del presidente Lula con un nuovo intervento della Corte brasiliana*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 3, p. 9 ss. Sugli sviluppi processuali del caso, si veda il sito ufficiale del Supremo tribunale federale: <<http://www.sft.jus.br>>, Ext 1085-Extradição, *República italiana / Cesare Battisti*.

²⁶³ CASTELLANETA, *La controversia tra Italia e Brasile sul caso Battisti*, cit., p. 119.

²⁶⁴ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 495-496, ravvisa in proposito la difficoltà di contestare la legittimità sostanziale di tali limiti.

²⁶⁵ Come sostiene BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 32, «a system of protection for persons fleeing persecution must thus be based on the balance of interests of the world community of states, individuals in need of refuge, and individual states».

prassi giurisprudenziale²⁶⁶, che trova fondamento nello stesso obiettivo delineato dalla Convenzione di Ginevra del 1951, orientata a perseguire lo scopo di proteggere il rifugiato, caratteristica a cui è rapportata l'interpretazione di ogni disposizione²⁶⁷. Tale vocazione umanitaria del diritto di asilo risulta soggetta a due minacce principali e di natura complementare, rapportabili all'incremento dei flussi di richiedenti asilo e all'applicazione di misure restrittive da parte degli Stati di destinazione. Questi due fattori, che hanno contribuito a determinare la crisi del diritto di asilo²⁶⁸, assumono una valenza preponderante soprattutto nell'area euro-mediterranea, in cui si distinguono almeno due tendenze significative, legate da un unico nesso causale: all'incremento dei flussi di rifugiati provenienti dal bacino meridionale del Mediterraneo, l'Unione Europea cerca di costruire un regime condiviso di asilo, che però talvolta sembra insabbiare l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali, preservando la sovranità territoriale degli Stati membri.

In conclusione, gli Stati devono riconoscere ai richiedenti asilo il diritto di accedere temporaneamente al proprio territorio, al fine di accertare adeguatamente la sussistenza di validi motivi per la richiesta di asilo, quali l'esistenza di un rischio di persecuzione nel Paese di origine. La dimensione territoriale, inoltre, in cui lo Stato può esercitare la propria giurisdizione deve includere anche i luoghi tradizionalmente contraddistinti dal carattere dell'extraterritorialità, come le sedi diplomatiche o le navi, in cui è possibile avviare la procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato. Si tratta di aspetti tradizionali della disciplina relativa al diritto di asilo, che, nella regione euro-mediterranea assumono una notevole rilevanza, a seguito delle progressive operazioni di soccorso in mare di profughi. Se il diritto internazionale, come ogni ordinamento giuridico è caratterizzato dall'esistenza di specifici valori fondanti, è necessario coniugare gli istituti tradizionali del diritto al sistema di valori che la comunità internazionale intende preservare e che si può attualmente identificare nella tutela della persona umana. In questo senso, consentendo ai richiedenti asilo di accedere nella propria sfera territoriale, «*individual States would answer both the needs of the individuals and of the world community*²⁶⁹».

²⁶⁶ Cfr. in particolare Immigration Appeal Tribunal (Regno Unito), The Secretary of State for the Home Department *re AA*, Appeal n.: AA (*Exclusion clause*) *Palestine* [2005], UKIAT00104 IAT Reported, 18 Maggio 2005, in: <www.bailii.org/uk/cases/UKIAT/2005/00104.html>, par. 53 ss.

²⁶⁷ Il principio consuetudinario, accolto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, all'art. 31 par. 1, dispone che «*un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo*».

²⁶⁸ Sui fattori che hanno determinato la crisi del diritto di asilo cfr. FELLER, *Asylum, Migration and Refugee Protection*, cit., p. 512 ss; CREPÉAU, *L'impératif renouvellement du Droit International des réfugiés*, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 8 (1993-94), n. 1, pp. 59-73. In argomento, e per alcune riflessioni di diritto interno, si veda estensivamente SÉGUR, *op. cit.*, p. 109 ss.

²⁶⁹ BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 33.

CADRE DE SYNTHÈSE

On peut aller loin dans le temps pour chercher une définition de l'asile, les conceptions différentes qui l'ont caractérisé, ses connotations juridiques et les limites. Toutefois, il est dans le cadre traditionnel de la souveraineté territoriale et dans les relations de pouvoir entre États souverains et indépendants que la réglementation de droit international en matière d'asile s'origine.

La pratique de l'asile représente un phénomène humain et social d'origine ancienne, datant du début de la vie politique organisée. Cependant, du point de vue juridique, le droit d'asile s'est établi en tant qu'institution typique du droit international seulement suite de la naissance des États nationaux, dont l'expérience a contribué à définir ses caractéristiques.

Défini par la doctrine classique comme la protection permanente ou provisoire accordée par un État sur son territoire (*asile territorial*) ou dans d'autres domaines d'exercice de son pouvoir (*asile extra-territoriale*) aux personnes qui souhaitent décamper à persécutions, le droit d'asile a été transmis dans le droit international traditionnel comme un droit absolu de l'État, libre d'admettre ou de ne pas admettre certaines personnes à l'intérieur de sa sphère territoriale. Défini par l'Institut de droit international aux termes de sa Résolution « *L'asile en droit international public* », adoptée à la session de Bath de 1950, comme « *la protection qu'un État accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher* », l'asile identifie un droit appartenant à l'État, conformément à la règle coutumière visant à protéger la souveraineté et l'intégrité territoriale. Cette définition de l'Institut de droit international, dans la mesure où on associe au concept d'asile la notion de protection, semble évoquer la tradition ancienne d'un principe constant dans tout système juridique, des sociétés les plus primitives aux complexes structures contemporaines étatiques et aussi supranationales.

Le concept d'asile, en fait, comme l'étymologie grecque du terme confirme, généralement indique l'existence d'un lieu ou d'un territoire dans lequel il était possible d'assurer la protection nécessaire sur la base du caractère « exceptionnel » du même endroit. Sur cette connotation on affirma la tradition de « l'asile religieux », qui a permis aux exilés étrangers et aux personnes coupables de crimes politiques de recevoir « hospitalité » dans certains sites sacrés. Cette pratique persistera jusqu'à la naissance de la communauté internationale moderne.

Toutefois, si, d'un côté, le droit d'asile fait toujours partie des pouvoirs étatiques de réglementer l'entrée et le séjour des ressortissants étrangers sur son territoire, en relevant en tant que corollaire de la souveraineté territoriale, d'autre côté, du point de vue de l'individu, il représente un moyen de protection des droits fondamentaux. Cette double approche du droit d'asile peut être déduite de la même définition élaborée par l'Institut de droit international.

Notamment, le droit international classique ne prévoit aucun droit fondamental à l'asile pour les individus, ce profil sera réglementé d'abord dans certaines constitutions nationales. Cependant, le développement humanitaire du droit d'asile répond au besoin de promouvoir l'individu en tant que sujet de droit international. L'analyse de la susmentionnée résolution de 1950 à la lumière des événements suivants dans le système international, universel et régional, offre la mesure de la difficulté de trouver un consensus sur la définition de l'asile et la nécessité d'équilibrer les prérogatives des États, en particulier la souveraineté étatique d'octroyer l'asile et les besoins humanitaires des personnes persécutées, qui quelques années avant la résolution de 1950 avaient fait l'objet des instruments du droit international humanitaire et de la Déclaration universelle elle-même, afin de souligner non seulement le droit de l'État d'accorder l'asile, mais le droit à l'asile, qui serait propre de l'individu.

Un premier référent empirique de cette dernière tendance évolutive découle ainsi de la vocation humanitaire du droit d'asile, dont l'octroi ne serait pas aussi bien une manifestation de la souveraineté territoriale de l'État, mais un acte que l'État, dans la formule codifiée par l'Institut de droit international, est tenu de respecter « *dans l'accomplissement ses devoirs d'humanité* ».

À cet égard, il est opportun de montrer aussi la différence intercurrente entre la notion de refuge et le concept d'asile et il faut donc considérer que le refuge devient asile quand l'État ne se limite pas seulement à admettre l'entrée et le séjour d'un demandeur d'asile, pénétré dans sa sphère territoriale pour se soustraire à la justice ou à l'autorité d'un autre État, mais en assume aussi la protection, sans donner suite des demandes de remise ou d'extradition ou expulsion avancée par l'État dont l'individu est ressortissant ou dont la juridiction il veut se soustraire.

L'exercice du droit d'asile dans la communauté internationale contemporaine confirme encore les limites et les exceptions que le droit international classique a élaborées afin de protéger la souveraineté des États. Ces limites, en fait, forment le dernier bastion de défense de la souveraineté territoriale. Néanmoins, il y a lieu de souligner que l'application des exceptions en question a progressivement tenu en compte que leur impact potentiel peut conduire à la violation de ces valeurs que la communauté internationale dans son ensemble a reconnus comme fondamentaux. Il s'agit d'un changement d'orientation du droit international, qui, à côté de la souveraineté territoriale, a placé la protection des droits de l'homme, en tant qu'obligation morale et juridique que tous les États doivent accomplir. Par conséquent, on comprend comme le champ d'application matériel des exceptions au droit d'asile est devenu susceptible d'affecter la jouissance des droits fondamentaux de certains individus, bien qu'il s'agit de soupçonnés de terrorisme ou de crimes internationaux. Le droit international dans son évolution visant à l'amplification de la tutelle des droits fondamentaux a rendu vide la portée des limites au droit d'asile, dont l'application, comme la pratique la plus récente confirme, doit être rapportée à la considération des risques que le refus d'octroyer l'asile à certaines personnes pourrait comporter au niveau des droits fondamentaux.

L'évolution humanitaire du droit d'asile a exigé, de ce fait, une révision des limites qui font obstacle à son application. On devrait prendre en charge, par conséquent, une interprétation stricte de ces exceptions, comme corroborée par la jurisprudence la plus récente, fondée sur l'objectif du même système conventionnel défini par la Convention de Genève de 1951, visant à poursuivre le but de protéger les réfugiés, et à cette fin, cela impose que toutes les dispositions du traité doivent être interprétés en ce sens.

D'autre côté, cette vocation humanitaire du droit d'asile en droit international contemporain est soumise à deux menaces principales à caractère complémentaire, s'agissant de l'accroissement progressif des flux de demandeurs d'asile et l'application de mesures restrictives par les États de destination. Ces deux facteurs qui ont contribué à la crise du droit d'asile, prennent une position prépondérante en particulier dans la région euro-méditerranéenne, où il est possible d'identifier au moins deux tendances importantes, liées par un seul rapport de causalité: à l'augmentation des flux de réfugiés du sud de la Méditerranée, l'Union européenne cherche à construire un système commun d'asile, qui parfois semble dissimuler la nécessité de protéger les droits fondamentaux, en préservant uniquement la souveraineté territoriale des États membres.

Enfin, l'évolution de la pratique du droit d'asile démontre une atténuation de la relevance de la souveraineté territoriale des États, suite de l'affirmation de la nouvelle valeur humanitaire du droit d'asile. Si la pratique traditionnelle de l'asile territoriale et de l'asile diplomatique ou extraterritoriale soulignaient la prépondérance d'un droit souverain des États, les événements plus récents ont déterminé la nécessité de reconnaître aux demandeurs d'asile un droit d'accès temporaire au territoire d'un État, afin d'assurer la subsistance de motifs valables pour obtenir l'asile, tels que l'existence d'un risque de persécution dans le Pays d'origine. De plus, la dimension territoriale où l'État peut exercer sa compétence doit comprendre aussi ces endroits traditionnellement couverts par le caractère d'extraterritorialité, tels que les navires ou les sièges diplomatiques où, le cas échéant, on pourrait commencer le processus de reconnaissance du statut de réfugié. Il s'agit des aspects traditionnels de la discipline internationale en matière d'asile, qui, cependant, dans la région euro-méditerranéenne ont reçus un grand impact, à la suite des récentes opérations de secours en mer de demandeurs d'asile africains.

Si le droit international, comme tout système juridique se caractérise par l'existence à la base de valeurs spécifiques, il faut combiner les institutions traditionnelles du système à l'ordre des valeurs que la communauté internationale entend préserver dans ses phases d'évolution et qui actuellement peuvent être identifiés dans la protection absolue de la personne humaine.

Il est donc possible de comprendre que le simple exercice de la souveraineté a conduit à la crise de l'instrument juridique de l'asile, préposé à équilibrer les différents intérêts de la communauté internationale. Dans cette perspective, en permettant aux demandeurs d'asile d'entrer dans la sphère territoriale et d'évaluer la possibilité de bénéficier de l'asile, comme Roman Boed avait préalablement affirmé, «*individual States would answer both the needs of the individuals and of the world community*».

**L’AFFERMAZIONE DI UN EVENTUALE DIRITTO UMANO ALL’ASILO
NELLA PRASSI CONVENZIONALE UNIVERSALE E REGIONALE**

*«Exilium enim non supplicium est,
sed perfugium portusque supplicii».*

Marco Tullio CICERONE
Oratio Pro A. Caecina, 100

2.1. I tentativi di codificazione del diritto di asilo nell’ordinamento internazionale.

Il fenomeno normativo attinente alla protezione dei diritti umani ha inciso sulla configurazione dell’istituto dell’asilo nel diritto internazionale contemporaneo. La sua evoluzione in chiave umanitaria risponde, infatti, all’esigenza di valorizzare l’individuo come soggetto dell’ordinamento internazionale, svincolandolo da una concezione, ritenuta oramai anacronistica e ancorata alla predominanza della sovranità territoriale dello Stato¹. Se il diritto consuetudinario ha cristallizzato l’asilo come prerogativa sovrana dello Stato, esercitata nei limiti imposti dagli obblighi internazionali, non sono comunque mancati tentavi nella dottrina più recente ed in

¹ In questo senso cfr. BERNARDI, *Asilo Politico*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1987, p. 425 ss., la quale osserva che la configurazione dell’asilo come diritto dell’individuo è legata alla progressiva attenzione che la comunità internazionale riserva alla tutela dei diritti dell’uomo e alla conseguente «tendenza a trasformare l’individuo da oggetto a soggetto del diritto internazionale». Sul punto cfr. anche LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani. L’evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 7 ss.; PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell’ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d’asilo*, Padova, 2006, p. 13 ss.; ZANIBONI, *Verso l’erosione dell’elemento territoriale dell’asilo nel diritto internazionale?*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Napoli, 2005, p. 291 ss.; MAFROLLA, *L’evoluzione del regime internazionale in materia di asilo: tra sovranità territoriale e dovere umanitario*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, vol. 14 (2001), n. 2, p. 535 ss.; PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo*, vol. 12 (1999), n. 3, p. 695; BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 5 (1994), n. 1, pp. 1–33. Per una compiuta e sintetica analisi della soggettività internazionale dell’individuo si rinvia a PÉREZ LEÓN, *El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII (2008), pp. 599 – 642.

seno ad alcuni organismi internazionali, «volti a costruire l'asilo come diritto dell'individuo e come corrispondente dovere dello Stato di concederlo²».

Sul piano normativo, sebbene queste tendenze abbiano trovato soltanto un parziale riscontro, contraddistinto prevalentemente da disposizioni «ancora confuse e spesso rudimentali³», l'esistenza di un diritto individuale all'asilo deve essere adeguatamente provata. Il processo di codificazione del regime internazionale di asilo ha, infatti, risentito della crisi di tale istituto, connaturato al concetto di sovranità territoriale dello Stato e, per quanto, soprattutto a livello universale, i principali strumenti convenzionali adottati in seno alle Nazioni Unite, non abbiano accolto un esplicito riconoscimento del diritto dell'individuo all'asilo, le condizioni che possono determinare l'emergere di un diritto fondamentale dello straniero di essere ammesso nel territorio di un altro Stato, per ottenere protezione dalle persecuzioni perpetrate nello Stato di origine sono state oggetto di uno sviluppo più progredito nel contesto regionale⁴.

In questa prospettiva, la tutela internazionale del diritto di asilo come prerogativa dell'individuo è stata oggetto di attenzione da parte del Consiglio d'Europa ed in particolare, nonostante la mancanza di una specifica previsione normativa nel corredo della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU)⁵ del 1950, la Corte europea dei

² BERNARDI, *Asilo Politico*, cit., p. 425. D'altra parte, si sottolinea in GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, III ed., Oxford, 2007, p. 358, che il rifiuto dello Stato di accettare un obbligo di garantire asilo all'individuo «*in the sense of admission to residence and lasting protection against the jurisdiction of another State, is amply evidenced by the history of international conventions and other instruments*». Per la dottrina più rilevante sulle ricostruzioni di un diritto umano all'asilo si rinvia in particolare a LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., *passim*; EDWARDS, *Human Rights, Refugees, and the Rights to «to enjoy» Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), n. 2, p. 299 ss.; PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention: Constructing a de facto Right of Asylum from International Human Rights Instruments*, in F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge, 1999, p. 82 ss.; GILBERT, *Right of Asylum: a Change of Direction*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32 (1983), pp. 633-650; PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, The Hague, 1971, e GARCÍA-MORA, *International Law and Asylum as a Human Right*, Washington, 1956, p. 23 ss.

³ BERNARDI, *Asilo Politico*, cit., p. 425.

⁴ Per maggiori approfondimenti sul tema generale dell'ammissione degli stranieri si rinvia per tutti a NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984.

⁵ Cfr. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CETS n. 005, Roma, 4 Novembre 1950, entrata in vigore alla decima ratifica il 3 Settembre 1953, testo ufficiale italiano come modificato dal Protocollo n. 14, (CETS n. 194), entrato in vigore il 1 Giugno 2010, disponibile in: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0D3304D1-F396-414A-A6C1-97B316F9753A/0/ITA_CONV.pdf>. Come noto, il testo della Convenzione era stato precedentemente modificato conformemente alle disposizioni del Protocollo n. 3 (STE n. 45), entrato in vigore il 21 Settembre 1970, del Protocollo n. 5 (STE n. 55), entrato in vigore il 20 Dicembre 1971 e del Protocollo n. 8 (STE n. 118), entrato in vigore il 1 Gennaio 1990. Esso comprendeva inoltre il testo del Protocollo n. 2 (STE n. 44) che, conformemente al suo art. 5 par. 3, era divenuto parte integrante della Convenzione dal 21 Settembre 1970, data della sua entrata in vigore. Tutte le

diritti dell'uomo (CtEDU) ha ricavato, per via pretoria, un diritto all'asilo *de facto*, corrispondente ad un obbligo dello Stato a non respingere il richiedente asilo che potrebbe altrimenti subire un grave pregiudizio ad altri diritti fondamentali, previsti espressamente dalla CEDU. Ne consegue che i tentativi di affermazione di un diritto fondamentale all'asilo, ove non sono sfociati in una normativa convenzionale *ad hoc*, hanno comunque contribuito a concepire l'asilo come un diritto di natura sussidiaria, capace di completare o meglio definire la tutela di altri diritti umani, quali, primo fra tutti, il diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti⁶.

Se, dunque, il diritto consuetudinario ancora definisce l'asilo come un diritto sovrano dello Stato, sul piano convenzionale la tendenza a codificare un diritto fondamentale dell'individuo assumerebbe due sfaccettature. Da una parte, rileverebbe il diritto di cercare asilo, configurandosi come un diritto che l'individuo vanterebbe nei confronti dello Stato di origine, senza imporre alcun obbligo allo Stato di destinazione. In questa prospettiva, l'individuo, secondo la previsione contenuta nell'art. 13 par. 2 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, avrebbe il diritto di lasciare il proprio Paese, sulla base del presupposto che uno Stato non può considerare i propri cittadini alla stregua di pertinenze territoriali⁷. D'altra parte, un secondo più ambizioso orientamento mirerebbe invece ad assegnare all'individuo un diritto fondamentale all'asilo nei confronti dello Stato di rifugio⁸,

disposizioni che erano state modificate o aggiunte dai suddetti Protocolli sono state sostituite dal Protocollo n. 11 (STE n. 155) a partire dalla data della sua entrata in vigore, il 1 Novembre 1998. Inoltre, a partire da questa stessa data, il Protocollo n. 9 (STE n. 140), entrato in vigore il 1 Ottobre 1994, era stato abrogato e il Protocollo n. 10 (STE n. 146) era divenuto senza oggetto.

⁶ In questo senso BERNARDI, *Asilo Politico*, cit., p. 426, parla di un "*subsidiary human right*", pur riconoscendo che una tutela più completa del diritto di asilo può ricercarsi sul piano interno, nelle previsioni costituzionali degli Stati, o, come si cercherà di dimostrare più avanti, nella costruzione di un regime europeo comune nel contesto dell'Unione Europea.

⁷ In questo senso si veda GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II: *Asylum Entry and Sojourn*, Leiden, 1966, p. 26 ss. Come nota BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 6 ss., tale accezione, sottesa all'art. 13 par. 2 della Dichiarazione universale (cfr. Assemblea generale, Risoluzione 217 (III), 10 Dicembre 1948, UN Doc. A/RES/3/217), è stata codificata in numerosi strumenti giuridici convenzionali, quali il Protocollo n. 4 alla CEDU (STE n. 46) del 16 Settembre 1963, il quale, all'art. 2 par. 2, afferma che "*everyone shall be free to leave any country, including his own*", e la *Convenzione americana dei diritti umani*, adottata a San José de Costa Rica il 22 Novembre 1969, entrata in vigore il 18 Luglio 1978, cfr. *American Convention on Human Rights*, (B-32) O.A.S. Off. Rec., OEA/Ser.K./XVI/1.1, Doc. 65 (Rev. 1), Corr. 2 (1970), in *OAS Treaty Series*, n. 36, disponibile in: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-32.html>>, che all'art. 22 par. 2 dispone che "*every person has the right to leave any country freely, including his own*".

⁸ A differenza dell'accezione sottesa all'art. 13 par. 2 della Dichiarazione universale, come sottolinea R. BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., pp. 8-9, «*international and regional instruments dealing with human rights, asylum, and refugees, as well as the failure of the international community to agree on a convention on territorial asylum illustrate the general proposition that, in international law today, an individual has no right to asylum enforceable vis-a-vis the state of refuge*». Per ulteriori riferimenti cfr. anche MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, p. 331 ss.

fondato sull'interpretazione del controverso art. 14 par. 1 della Dichiarazione universale, il quale afferma che “*everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution*”.

Quest'ultimo profilo, che reclamerebbe l'esistenza di un obbligo dello Stato di rifugio specularmente ad un diritto fondamentale dell'individuo all'asilo, costituisce l'asse di sviluppo che l'ordinamento internazionale contemporaneo dovrebbe perseguire. A differenza del diritto di cercare e chiedere asilo, il diritto di ottenere asilo suggerisce l'esistenza di uno standard minimo di protezione conseguente all'ammissione dello straniero nel territorio di uno Stato⁹. Tuttavia, in seno alla Conferenza mondiale dell'ONU sui diritti umani, tenutasi a Vienna nel 1993, i rappresentanti di 171 Stati hanno evitato di espandere la portata di alcuni diritti, reiterando, in merito al diritto di asilo, la previsione già consolidata nell'ordinamento internazionale e in particolare nell'art. 14 della Dichiarazione universale del 1948¹⁰.

Eppure, la prospettiva dell'ordinamento internazionale nei confronti del diritto di asilo è mutata in conseguenza di due fenomeni storico-normativi principali. Anzitutto si fa riferimento alla costruzione, dal secondo dopoguerra, di uno specifico regime convenzionale pressoché ‘universale’, a tutela dei rifugiati, quale categoria particolare e, per certi versi, privilegiata, di richiedenti asilo. Un secondo fenomeno che avrebbe influenzato l'interpretazione di un diritto di asilo in chiave individuale scaturisce dalla progressiva affermazione della tutela internazionale dei diritti dell'uomo, la quale ha contribuito a smussare i margini della sovranità territoriale dello Stato, determinando un ampliamento della protezione del diritto di asilo, come prerogativa che l'individuo può fare valere a livello procedurale per ottenere la garanzia di altri diritti fondamentali innanzi alle istanze giudiziarie sottese a vari regimi convenzionali, ipotesi che nel contesto euro-mediterraneo risulta avvalorata dalla corposa giurisprudenza evolutiva della Corte europea dei diritti umani¹¹.

⁹ In questo senso cfr. EDWARDS, *Human Rights, Refugees, and the Rights to « to enjoy » Asylum*, cit., p. 302, la quale afferma che «*in contrast to the right to seek asylum, the right to enjoy asylum suggests at a minimum a right 'to benefit from' asylum. While a State is not obligated to grant asylum, an individual, once admitted to the territory, is entitled 'to enjoy' it*». In generale sul trattamento dello straniero si veda NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 3 ss.

¹⁰ Lo stesso Segretario generale, Boutros Boutros-Ghali, in seno alla Conferenza mondiale di Vienna sui diritti umani del 1993, affermò che “*...at this moment in time it is less urgent to define new rights than to persuade States to adopt existing instruments and apply them effectively*”. La Dichiarazione di Vienna del 25 Giugno 1993 ed il relativo Piano d'azione, cfr. *Vienna Declaration and Programme of Action as adopted by the World Conference on Human Rights on 25 June 1993*, A/CONF./57/23, 12 Luglio 1993, disponibile in: <<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.en>>, all'art. 23, infatti dichiara semplicemente che “*The World Conference on Human Rights reaffirms that everyone, without distinction of any kind, is entitled to the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution*”.

¹¹ Sul punto si veda in particolare PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale*, cit., pp. 14- 15, il quale nota come il sistema convenzionale universale di tutela dei rifugiati abbia

2.2. *Il diritto di asilo nella prospettiva normativa universale delle Nazioni Unite.*

Nel contesto universale delle Nazioni Unite il processo di regolamentazione del diritto di asilo si è alternato tra una tendenza allo sviluppo progressivo del diritto internazionale in senso più favorevole alle istanze individuali e le ipotesi di codificazione del tradizionale istituto, concepito come prerogativa sovrana degli Stati¹². È possibile, dunque, individuare, nella prospettiva universale dell'ONU, differenti profili di analisi del diritto di asilo.

In realtà, la codificazione del diritto di asilo sottende un'evoluzione alquanto tormentata, soprattutto per quanto attiene all'eventuale connotazione come diritto fondamentale dell'uomo. Non si è riusciti a completare, infatti, con una normativa più dettagliata la disposizione insita nell'art. 14 par. 1 della Dichiarazione universale, la cui portata può dunque, risultare vaga ed ambigua. Allo stesso tempo i lavori, in seno alla Commissione di diritto internazionale (CDI), per la codificazione di uno strumento convenzionale sul diritto di asilo territoriale si sono arenati, assegnando unicamente alla *Convenzione di Ginevra del 28 Luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati*, un ruolo particolarmente propulsivo per la regolamentazione di tale diritto, sebbene in chiave supplementare, in quanto destinata a tutelare la categoria dei rifugiati e definire il relativo status giuridico¹³, lasciando vago ed imprecisato lo status giuridico del richiedente asilo, inteso generalmente come chiunque abbia lasciato il proprio Paese di origine alla ricerca di protezione internazionale¹⁴.

comportato il riconoscimento parziale di un obbligo di asilo da parte dello Stato di rifugio nei confronti della categoria particolare dei rifugiati. Mentre, con riferimento all'incidenza della tutela internazionale dei diritti dell'uomo sull'affermazione di un diritto fondamentale all'asilo, un impulso particolarmente incisivo è stato attribuito dalla giurisprudenza degli organi controllo previsti da vari regimi convenzionali. Si veda GILBERT, *Right of Asylum: a Change of Direction*, cit., pp. 633-650; PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 61 ss.

¹² Per alcuni riferimenti preliminari cfr. KOJANEC, *Asilo territoriale: problematica nell'ambito delle Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale*, vol. 32 (1977), pp. 618 - 630.

¹³ Cfr. *Convention relating to the Status of Refugees*, Ginevra, 28 Luglio 1951, in vigore dal 22 Aprile 1954, (Stati firmatari: 19; Stati-Parte: 144), in *UN Treaty Series*, No. 2545, vol. 189, p. 137, p. 137, testo disponibile in: <<http://www2.ohchr.org/english/law/refugees.html>>, [di seguito 'Convenzione di Ginevra']. Come nota tra gli altri PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 697, il sistema normativo definito nella Convenzione di Ginevra del 1951 e nel relativo Protocollo del 1967 «non regola direttamente l'asilo, ma solo il regime giuridico applicabile a coloro che hanno ottenuto lo *status* di rifugiati politici».

¹⁴ Sebbene non codificata in nessuno strumento giuridico internazionale, si può condividere la definizione di '*asylum seeker*', suggerita in particolare da D. WEISSBRODT, *The Human Rights of Non-citizens*, New York, Oxford, 2008, pp. 110-111, il quale considera richiedente asilo «*someone who has left his country of origin in order to seek international protection as a refugee or an asylee*». A sua volta, l'UNHCR, *Master Glossary of Terms*, 2006, Rev.1, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42ce7d444.html>>, p. 4, definisce 'richiedente asilo' «*an individual who is seeking international protection. In countries with individualized procedures, an asylum-seeker is someone whose claim has not yet been finally decided on by the country in which he or she has submitted it. Not every asylum-seeker will ultimately be recognized as a refugee, but every refugee is initially an asylum-seeker*». Parimenti, l'OIM, *International Migration Law, Glossary on*

2.2.1. *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il primo riconoscimento di un diritto fondamentale di cercare e ottenere asilo.*

In seno alle Nazioni Unite il diritto di asilo ha costituito l'oggetto di uno dei primigeni esperimenti di codificazione da parte della Commissione di diritto internazionale già a partire dal 1949¹⁵, riflettendo l'esigenza di assicurare uno spessore normativo più rilevante alla disposizione contenuta nella Dichiarazione universale del 1948, che rappresenta il cardine intorno a cui gravitano i tentativi di ricostruzione di un diritto fondamentale di asilo¹⁶.

Sebbene l'inclusione in tale Dichiarazione di un diritto di asilo a portata individuale rifletta un più ampio sforzo di corroborare la posizione giuridica dell'individuo nell'ordinamento internazionale¹⁷, la formulazione della norma evidenzia tutte le perplessità degli Stati verso un esplicito riconoscimento di un diritto umano all'asilo, ipotesi contemplata in particolare da un emendamento proposto dal delegato egiziano, fortemente osteggiato dagli altri rappresentanti governativi¹⁸.

Migration, Geneva, 2004, p. 8, definisce richiedenti asilo «*persons seeking to be admitted into a country as refugees and awaiting decision on their application for refugee status under relevant international and national instruments. In case of a negative decision, they must leave the country and may be expelled, as may any alien in an irregular situation, unless permission to stay is provided on humanitarian or other related grounds*».

¹⁵ Durante i lavori della I sessione della CDI nel 1949, in occasione della discussione sulla bozza della Dichiarazione sui diritti e doveri dello Stato, cfr. Assemblea generale, Risoluzione 375 (IV), *Draft Declaration on Rights and Duties of States*, 6 Dicembre 1949, il cui testo è disponibile in: <untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/.../2_1_1949.pdf>, fu presentata una proposta vota ad includere espressamente in tale documento un articolo riguardante il diritto di asilo, che infine non venne inserito.

¹⁶ Come osserva infatti MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, p. 336, «*the chief international instrument concerned with the right to asylum from the point of view of the individual is the Universal Declaration of Human Rights*», così come, d'altra parte, la stessa Dichiarazione, come nota GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 145, «*represents the first successful attempt to define the human rights which are entitled to protection by the law of nations*».

¹⁷ Sul punto si veda LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 102.

¹⁸ Cfr. Assemblea generale, *Draft International Declaration of Human Rights - Egypt: Amendments to the Draft Declaration (E/800)*, 12 Ottobre 1948, UN Doc. A/C.3/264. Per le osservazioni dei vari rappresentanti governativi circa la portata da assegnare alla previsione normativa sul diritto di asilo, cfr. i seguenti documenti, che assolvono l'importante funzione di strumenti interpretativi: *Draft International Declaration of Human Rights (E/800)*, UN Doc. A/C.3/SR.121 e UN Doc. A/C.3/SR.122, in cui si evince la posizione particolarmente progressista di René Cassin, delegato francese, il quale osservava che «*it would be impossible for a right of asylum to exist without confirmation by the United Nations. The United Nations should recognize that right directly. That recognition, however, should not be dogmatic*». Per una ricapitolazione degli emendamenti proposti circa la norma sul diritto di asilo, sottesa all'art. 12 dell'allora bozza di Dichiarazione universale, cfr. *Recapitulation of amendments to article 12 of the Draft Declaration (E/800)*, 30 Ottobre 1948, UN Doc. A/C.3/285/Rev.1. In dottrina, sul dibattito concernente la formulazione e la definizione della portata sostanziale della norma sul diritto di asilo, si veda in particolare la ricostruzione critica in MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, in *British Yearbook of*

Sul piano sostanziale, la previsione di un diritto di asilo in seno alla Dichiarazione universale risponderebbe alla logica di assicurare il pieno godimento dei diritti umani contemplati, prevedendo un'adeguata tutela da eventuali condotte persecutorie, le quali potrebbero arrecare pregiudizio anche a quei diritti inviolabili dell'individuo, che hanno assunto un valore giuridico cogente¹⁹. In questo senso, se un individuo non può fruire dei diritti fondamentali nel proprio territorio, deve vedersi riconosciuta almeno la possibilità di poterne godere nello Stato che intenda offrirgli rifugio. Si tratterebbe, dunque, di un'interpretazione particolarmente sensibile alle esigenze individuali e consapevole della flagrante discrasia che contraddistingue l'applicazione degli strumenti a tutela dei diritti umani sul piano della prassi, caratterizzata da costanti e gravi violazioni, la cui insussistenza avrebbe eventualmente potuto rendere pleonastica la stessa previsione di un diritto di asilo, annullandone la *raison d'être*²⁰. Al contrario, finché la comunità internazionale sarà caratterizzata da disordini e minacce ai diritti fondamentali, l'asilo costituirà «*the way to peoples persecuted and oppressed to seek some measure of protection...*»²¹.

Tale garanzia si esplica in una duplice sfaccettatura normativa, corrispondente sia al 'diritto di emigrare', sotteso all'art. 13 par. 2, che indirettamente recepisce l'esistenza di un diritto di lasciare il proprio Paese di origine, sia alla più rilevante norma dell'art. 14, il quale invece sembrerebbe stabilire esplicitamente un diritto individuale "to seek and enjoy in other countries asylum from persecution", riconosciuto ad ogni individuo²². Questa previsione potrebbe inficiare, com'è stato notato, il principio del dominio riservato, poiché limiterebbe il diritto assoluto dello Stato di regolare l'ammissione e l'espulsione degli stranieri sul proprio territorio, ancor più se l'asilo è concepito come un diritto individuale²³. Da questo punto di vista, si sarebbero potute profilare due conseguenze, imputabili, da una parte, all'eventualità, come è stato sostenuto da alcuni delegati in sede di elaborazione della Dichiarazione universale, che ogni Stato membro dell'ONU modificasse le rispettive politiche d'immigrazione, al fine di garantire l'ammissione a tutti gli

International Law, 1949, p. 335 ss., e più recentemente cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 102 ss.

¹⁹ In questo senso si veda GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 145 ss.

²⁰ È questa, ad esempio, l'opinione di LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, 1950, p. 345, il quale osservava che «*from the point of view of strict logic the provision of the right of asylum from persecution would seem unnecessary or even obnoxious, for if the Bill of Rights is adhered to there ought to be no room for persecution*».

²¹ GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 147.

²² Si veda PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 696. Sulla complessa differenza tra il diritto di asilo ed il diritto all'asilo cfr. per tutti R. BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 6 ss.

²³ Osserva in proposito EDWARDS, *Human Rights, Refugees, and the Rights to « to enjoy » Asylum*, cit., p. 298, che «*at a minimum, Article 14 places the right to seek and to enjoy asylum within the human rights paradigm and represents unanimous acceptance by States of its fundamental importance*».

stranieri che ne sarebbero stati altrimenti esclusi²⁴; d'altra parte, la previsione di un diritto di asilo in tal senso avrebbe determinato un contrasto con il divieto di ingerenza negli affari interni di uno Stato, codificato nell'art. 2 par. 7 della Carta delle Nazioni Unite. Poiché nell'era dei diritti umani si registra comunque un progressivo sgretolamento della sfera di *domestic jurisdiction*, non può essere ancora accolta, com'è stato sostenuto in dottrina, una rigida distinzione tra affari interni e questioni internazionali²⁵. Le contestazioni volte a confutare l'esistenza di un diritto individuale all'asilo nel disposto dell'art. 14 par. 1 della Dichiarazione universale apparirebbero, dunque, «*clearly without foundation*²⁶».

Eppure, nonostante un diritto fondamentale all'asilo possa desumersi sia dall'interpretazione sistematica della Dichiarazione sia dai lavori preparatori, i quali evidenziano l'intenzione di codificare un diritto degli individui di 'ricevere' asilo contro il rischio di persecuzioni²⁷, prefigurando un diritto umano di natura universale, da opporre innanzi ai giudici interni dello Stato di rifugio e ai tribunali

²⁴ Cfr. *Draft International Declaration of Human Rights (E/800)*, UN Doc. A/C.3/SR.121; UN Doc. A/C.3/SR.122.

²⁵ Cfr. in particolare GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 149 ss., il quale afferma che «*in questions of human rights and in the face of present-day world problems, the traditional distinction between domestic and international matters loses all its legal force and therefore cannot be accepted*».

²⁶ *Ivi*, p. 150. Al contrario, CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés: de la protection aux droits*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2007, pp. 41-42, risponde negativamente alla possibilità di attribuire una portata più ampia, «*en termes de reconnaissance d'un droit de l'individu*» all'art. 14 par. 1 della Dichiarazione universale. Non pare comunque accettabile la motivazione giustificata dalla mancata codificazione, nei termini di un diritto fondamentale, nella prassi convenzionale successiva, della previsione dell'art. 14, a differenza del diritto, di cui all'art. 13, ritenendo, inoltre, che «*l'historique de la rédaction de l'article 14 DUDH montre clairement qu'il y va d'un droit dont l'Etat peut faire "bénéficiaire" le demandeur, non d'un droit que celui-ci devrait "se voir accorder"...*».

²⁷ Una versione preliminare dell'art. 14, allora art. 12, particolarmente suffragata dai delegati di Libano e Pakistan (cfr. UN Doc. A/C.3/285/Rev.1), recitava, infatti:

“1. *Everyone has the right to seek and be granted, in other countries, asylum from persecution.*

2. *Prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations do not constitute persecution*”.

Come ha osservato GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 151, leggendo tutti gli argomenti presentati con riferimento al diritto di asilo dai vari delegati al III Comitato dell'Assemblea generale, si evince «*the inescapable feeling that their primary concern was not to safeguard the rights of the individual but rather the power of the State*». Tale impressione era già stata sottolineata dal delegato libanese, il quale notava come “*the conception of the right of the individual had been replaced to a certain extent by that of the obligation of the State. The statement of a right should not, however, depend on the possibility of States to comply with that right. If it were part of the birthright of man, it should be established even if, for accidental reasons, it did not seem possible to ensure immediate implementation...The Declaration therefore should limit itself to setting up the rights inherent in the human person...the individual should be guaranteed the right of being granted asylum, and not merely the right of enjoying asylum in the country which had received him, once that right had been acquired*”. Con riferimento alla formula giuridica con cui è stato redatto l'art. 14, LAUTERPACHT, *The Universal Declaration of Human Rights*, in *British Yearbook of International Law*, 1948, p. 373, ha tuttavia affermato che «*there was no intention to assume even a moral obligation to grant asylum*».

internazionali²⁸, tale impostazione particolarmente radicale è stata attenuata dalla norma giuridica dell'attuale art. 14. La disposizione risulta, infatti, epurata da ogni riferimento riguardante il diritto dell'individuo di ricevere e ottenere asilo, e sottende soltanto un diritto individuale di cercare asilo e su tale interpretazione si è attestata la stessa dottrina, benché lo spirito iniziale dei 'drafters' della Dichiarazione universale potesse apparire ancor più lungimirante²⁹. Si può comunque ritenere, com'è stato osservato da alcuni autori, che tale diritto di asilo è stato concepito «in termini programmatici, come ideale comune da raggiungersi in futuro³⁰». Il mancato riconoscimento di tale diritto, a prescindere dalla natura non vincolante della Dichiarazione, non avrebbe implicato alcuna violazione di un principio di diritto internazionale, anche se è possibile individuare un'infrazione del diritto di cercare asilo nella condotta dello Stato che ne respinge il richiedente, negando la possibilità di presentare la propria domanda di protezione, così come una violazione del diritto di godere dell'asilo si riscontrerebbe in capo allo Stato che, pur ammettendo il richiedente asilo nel proprio territorio, lo sottopone ad un ingiustificato regime di detenzione³¹.

Occorre, inoltre, evidenziare che, per quanto non giuridicamente vincolante, la Dichiarazione universale assume una rilevante funzione declaratoria, individuando i diritti fondamentali dell'uomo, al punto da vincolare, con un implicito obbligo di rispettare tali diritti, tutti i membri della comunità internazionale. In questa prospettiva, la Dichiarazione può ritenersi pertanto l'espressione più autorevole del diritto internazionale consuetudinario per quanto concerne l'ambito dei diritti umani³².

²⁸ Riconoscono in proposito PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 82, che «*the right to seek and enjoy asylum is a universal right. The proclamation of that right in the Universal Declaration inspires and assists in the interpretation of the more specific instruments, concluded at the international level, which may form the basis for individual claims before international tribunal or (where national law so provides) before national courts*».

²⁹ Ciò è evidenziato a livello testuale dalla rimozione durante i negoziati dell'espressione 'receive asylum', contenuta nella bozza precedente del testo della Dichiarazione, costituendo un'omissione particolarmente sintomatica per quanto riguarda l'interpretazione della portata sostanziale del diritto di asilo. Sul punto si veda BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 9 ss., per la dottrina più rilevante cfr. PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 90, il quale nota che l'art. 14 par. 1 attribuisce all'individuo «*the right to seek and to enjoy asylum, but not to be granted asylum*» e ID., *An Anthropocentric View of Asylum in International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 10 (1971), pp. 91 – 92, che ancora ribadisce l'esistenza di un diritto di cercare asilo ma non quello di ottenerlo.

³⁰ In questi termini PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 696, negava che il diritto di asilo fosse un «diritto positivamente vigente dell'individuo nei confronti dello Stato». GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., p. 24 ss., vi riconosceva, tuttavia, una semplice 'sembianza' di diritto, enfatizzando comunque che «*appearance is sometimes a value in itself*».

³¹ Cfr. PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 82.

³² Sul punto BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 9, ritiene che «*the right of an individual to leave his country can thus be seen as a part of modern customary international law*». Sebbene la prassi e la giurisprudenza abbiano inteso negare il valore vincolante

Infine, lo sviluppo di un ordine internazionale fondato su un sistema di garanzie per la tutela dei diritti dell'uomo, rivela la necessità di assegnare al diritto di asilo il valore di diritto fondamentale dell'individuo per la funzione particolarmente delicata che esso riveste nella comunità internazionale. Tale orientamento, richiamato costantemente da alcune risoluzioni dell'Assemblea generale³³, sebbene disatteso dalla prassi convenzionale maturata successivamente in seno all'ONU, riflette l'esigenza di innovare il diritto internazionale nella sua evoluzione da ordinamento tipicamente stato-centrico a sistema strutturato al fine di assicurare maggiore protezione ai diritti dell'uomo³⁴. È chiaro, infatti, che il percorso

delle Dichiarazioni di principi dell'Assemblea generale, non si può, d'altra parte, contestare, come rilevato in MONACO, CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte Generale*, Torino, 2009, p. 282, il valore di *ius cogens*, acquisito dai diritti fondamentali garantiti dalla Dichiarazione universale del 1948. Allo stesso tempo, non si può negare l'importanza del contributo che una dichiarazione di principio può assegnare alla formazione del diritto consuetudinario, com'è stato osservato dallo stesso Segretariato generale dell'ONU, cfr. Ufficio Affari Giuridici del Segretariato generale, *The Use of the Term 'Declaration' and 'Recommendation'*, UN Doc. E/CN.4/L.610, 1962, in cui si afferma che “*in United Nations practice a 'declaration' is a formal and solemn instrument, suitable for rare occasions when principles of great and lasting importance are being enunciated, such as the Declaration on Human Rights...As such it cannot be binding upon the parties to it...However, in view of the greater solemnity and significance of a 'declaration' it may be considered to impart, on behalf of the organ adopting it, a strong expectation that members of the international community will abide by it. Consequently, in so far as the expectation is gradually justified by State practice, a declaration may be custom become recognised as laying down rules binding upon States*”. Osserva in proposito NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, bozza della relazione presentata al Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti “Lo statuto costituzionale del non cittadino”, Cagliari, 16-17 Ottobre 2009, disponibile in: <www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200910/Nascimbene.pdf>, che «non diversamente dagli accordi di codificazione è ben possibile che il contenuto di una Dichiarazione rifletta lo stato del diritto internazionale generale esistente oppure cristallizzi norme in via di formazione, concludendone il processo, o rappresenti una fase di tale processo». Infine, non si può nemmeno escludere che tali dichiarazioni, come atti di *soft law*, per quanto non vincolanti sul piano dell'efficacia giuridica, costituiscono un elemento catalizzatore per lo sviluppo di una determinata materia, «quali fonti – come nota LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 135 – di eventuali precetti di carattere consuetudinario». Sul contributo del *soft law* allo sviluppo del diritto internazionale e sul suo contributo al diritto di asilo si rinvia in generale rispettivamente a DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lavoro e Diritto*, vol. XVII (2003), n. 1, pp. 17- 35; e BRANDL, *Soft Law as a Source of International and European Refugee Law*, in CARLIER, VANHEULE (eds.), *Europe and Refugees: A Challenge?/ L'Europe et les Réfugiés: un défi?*, The Hague, 1997, p. 203 ss.

³³ Cfr. ad esempio Assemblea generale, Risoluzione 55/74, *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 4 Dicembre 2000, che al par. 6 ha espressamente riconosciuto che: “*as set out in article 14 of the Universal Declaration on Human Rights, everyone has the right to seek and enjoy in other countries asylum from persecution, and calls upon all States to refrain for taking measures that jeopardise the institution of asylum, in particular by returning or expelling asylum-seekers contrary to international standards*”. La prassi successiva agli anni novanta ha motivato, inoltre, anche il Consiglio di Sicurezza, a includere progressivamente la protezione dei rifugiati nel relativo quadro istituzionale di tutela dei diritti umani, sebbene il regime internazionale di asilo non preveda in capo ad esso un ruolo specifico in materia, si veda in proposito lo studio di AHLBORN, *The Development of International Refugee Protection through the Practice of the UN Security Council*, in *Graduate Institute ePapers*, Geneva, 2010 n. 6, pp. 1–131.

³⁴ Per una possibile interpretazione dei diritti umani come un «sistema» organico, benché non intenzionalmente organizzato», poiché «non è possibile parlare di uno di essi, senza tenere conto in

di ricostruzione di un diritto fondamentale all'asilo segue parallelamente il processo di affermazione della soggettività internazionale dell'individuo. A tal proposito, bisogna osservare che in principio non vi è alcun ostacolo di tipo normativo al riconoscimento di un diritto umano all'asilo³⁵ e respingere un possibile sviluppo in tal senso sarebbe piuttosto un vano tentativo «*to reject progress and to accept legal stagnation in its stead*»³⁶.

2.2.2. *Un diritto 'incompiuto': il difficile percorso di regolamentazione del diritto di asilo nell'attività normativa delle Nazioni Unite.*

Gli intensi dibattiti che caratterizzarono l'adozione del testo dell'art. 14 della Dichiarazione universale del 1948 hanno influenzato notevolmente lo sviluppo e la regolamentazione sul piano universale di un diritto fondamentale all'asilo, che non è stato recepito nemmeno con una disposizione analoga a quella della Dichiarazione del 1948 nei successivi strumenti a tutela dei diritti dell'uomo, mentre scarsi sono stati i tentativi di elaborare principi di diritto internazionale concernenti gli stessi profili tradizionali del diritto di asilo. La CDI su mandato dell'Assemblea generale soltanto durante la XIV sessione nel 1962 decise di includere la tematica nel suo programma di lavoro, senza, tuttavia stabilire quando avviare uno specifico e sistematico esame della materia³⁷.

Con riferimento agli altri strumenti adottati in materia di tutela dei diritti umani, durante i negoziati per l'elaborazione dei Patti dell'ONU del 1966³⁸, furono

maniera complessiva anche degli altri», cfr. GUARINO, *I diritti dell'uomo come sistema: un'ipotesi di lavoro*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, vol. 10 (2008), n. 28, p. 7 ss.; DE STEFANI, *An Introduction to the Universal System of Human Rights Protection*, in Università di Padova – Centro di studi e formazione sui diritti della persona e dei popoli *Research Paper* n. 2, 2001, p. 4 ss., in cui si sottolinea che «*such a system is not only desirable in the present status of international relations, but also somehow implicit in the understanding of those who are striving to make the international human rights procedures work properly*».

³⁵ Al contrario, il delegato di Haiti, cfr. UN Doc. A/C.3/SR.122, sosteneva che un obbligo dello Stato di garantire l'asilo ad un individuo soggetto a persecuzione «*was contrary to international law*».

³⁶ GARCÍA-MORA, *op. cit.*, p. 150, il quale già sottolineava come «*the inevitability of change is just as true in international law as it is in any other human activity*».

³⁷ Con la risoluzione 1400 (XIV) del 21 Novembre 1959, l'Assemblea generale ha richiesto alla CDI, d'intraprendere, allorquando l'avesse ritenuto più opportuno, la codificazione dei principi di diritto internazionale relativi alla regolamentazione del diritto di asilo. La Commissione, nella XII sessione del 1960, prendendo nota della risoluzione dell'Assemblea generale, decise di prorogare in una futura sessione la questione del diritto di asilo, cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1960, doc. A/4425, par. 39.

³⁸ Si fa riferimento al *Patto delle Nazioni Unite sui Diritti Civili e Politici (International Covenant on Civil and Political Rights)*, adottato ed aperto alla firma, ratifica e adesione il 16 Dicembre 1966 con Ris. 2200 (XXI) dell'Assemblea generale ed entrato in vigore ai sensi dell'art. 49, il 23 Marzo 1976, in UN *Treaty Series*, vol. 999, p. 171, testo disponibile anche in: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>, e al *Patto delle Nazioni Unite sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, adottato ed aperto alla firma, ratifica e adesione il 16 Dicembre 1966 con Ris. 2200A (XXI) dell'Assemblea

avanzate alcune proposte, miranti a recuperare la portata del diritto enunciato nell'art. 14 della Dichiarazione universale, prevedendo un esplicito riferimento al diritto di asilo nel contesto dell'art. 13 del *Patto sui diritti civili e politici*, che, invece, disciplina unicamente le ipotesi di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, in cui legalmente si trovi³⁹. Dal 1949 al 1952 nel corso dei lavori preparatori in seno alla Commissione dei diritti umani si sono attestati due orientamenti preponderanti, che miravano, rispettivamente, da una parte, a includere il diritto di asilo tra i diritti che il Patto riconosceva ai singoli individui, in quanto correlato a molti altri diritti già definiti, e dall'altra, invece, a sopire tali tendenze, considerate pericolose per l'ordine giuridico internazionale⁴⁰. In particolare le proposte, dirette a iscriverne un diritto umano all'asilo nel corredo normativo del Patto, intendevano specificare le categorie di individui potenzialmente beneficiari, al fine di evitare il rischio che si potesse abusare di tale garanzia⁴¹. Per la riluttanza degli Stati ad accettare l'esistenza di un diritto di asilo, inteso come diritto

generale ed entrato in vigore ai sensi dell'art. 27, il 3 Gennaio 1976, in *UN Treaty Series*, vol. 993, p. 3, testo disponibile anche in: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>>.

³⁹ La formulazione definitiva dell'art. 13 del *Patto sui diritti civili e politici* prevede che:

“an alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of National security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority”.

⁴⁰ Sui complessi lavori ed i risultati a cui condussero i negoziati per i Patti sui diritti umani si veda estensivamente NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kiel/Strasbourg/Arlington, 1993, relativamente all'art. 13; BOSSUYT, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987, p. 270 ss. Per una breve ricostruzione dei risultati cfr. anche LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 102; KOJANEC, *Asilo territoriale: problematica nell'ambito delle Nazioni Unite*, cit., p. 618 ss.

⁴¹ Una prima proposta di formulazione della disposizione sottesa all'art. 13 del *Covenant sui diritti civili e politici*, presentata dal delegato jugoslavo, cfr. Consiglio economico e sociale (ECOSOC), *Yougoslavie: texte propose pour un nouvel article 12 a*, 3 Aprile 1950, UN Doc. E/CN.4/396, prevedeva che: *“Toute personne persécutée pour ses activités en faveur des principes démocratiques, de la libération nationale, des droits du peuple travailleur, de la liberté scientifique ou culturelle, ou en faveur de la réalisation des principes de la Charte des Nations Unies ou des droits du présent Pacte, a le droit d'asile dans chaque pays”*. Similmente, nel 1952 venne presentata dall'Unione Sovietica una proposta intesa a completare la disposizione in esame, stabilendo che *“the right of asylum may not be granted in connexion with with any prosecution genuinely based on the commission of military or criminal offence or for acts contrary to the purposes of the United Nations”*. Successive proposte, in particolare presentate dai delegati di Cile, Uruguay, Jugoslavia, miravano a garantire il diritto di asilo ai soggetti *“charged with political or purely military offences”*. Infine, una proposta francese, anch'essa respinta, prevedeva un generale diritto di asilo dalle persecuzioni, predisponendo anche un obbligo a garantire tale garanzia secondo un vincolo di solidarietà tra le Parti contraenti nella misura in cui prevedeva che *“everyone has the right to seek asylum from persecution. The High Contracting Parties shall strive to take steps, individually and in concerto with the other High Contracting Parties and with the United Nations, to ensure the effective granting of this right. This grant 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”*. Per ulteriori riferimenti ed i dettagli delle varie proposte presentate, si veda BOSSUYT, *Guide to the “Travaux Préparatoires”*, cit., p. 271.

fondamentale dell'individuo, e a causa di una vaga e per niente consensuale definizione dei soggetti beneficiari, il Patto non ha accolto nessuna delle proposte presentate, considerate incompatibili con il diritto assoluto degli Stati di decidere se ammettere o escludere uno straniero dal proprio territorio, lasciando sopravvivere, pertanto, nel testo dell'attuale art. 12 par. 2, un 'diritto di emigrare', che rende ogni individuo "*libero di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio*".

Anche la Convenzione contro la tortura, adottata nel 1984⁴², sebbene attenga ad un aspetto complementare al diritto di asilo, non fa alcun riferimento ad una simile previsione normativa, accogliendo semplicemente il principio di *non-refoulement*.

Nel contempo, i lavori sul diritto di asilo in seno alla Commissione dei diritti umani procedevano a prescindere dall'inclusione di uno specifico diritto individuale nei principali strumenti a tutela dei diritti dell'uomo. Nel 1960 fu completata una bozza di Dichiarazione sull'asilo territoriale, trasmessa dal Consiglio economico e sociale all'Assemblea generale⁴³, la quale con una risoluzione del 14 Dicembre 1967 adottò una Dichiarazione di principi priva, come noto, di efficacia vincolante⁴⁴, nonostante il valore solenne capace di favorire l'attestazione di una prassi uniforme in materia. Sebbene come si può desumere dal Preambolo, tale dichiarazione avesse l'obiettivo di attuare il disposto dell'art. 14 della Dichiarazione universale⁴⁵, ribadendo che la pratica dell'asilo costituisce "*a peaceful and humanitarian act*", in realtà essa non ha fornito un grande contributo al riconoscimento del diritto di asilo

⁴² Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 39/46, *UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 Dicembre 1984, entrata in vigore il 26 Giugno 1987, in *UN Treaty Series*, vol. 1465, p. 85. (Stati firmatari: 77; Stati Parti: 147).

⁴³ A differenza dell'attuale Consiglio dei diritti umani, istituito di recente dall'Assemblea generale con Risoluzione 60/251 del 15 Marzo 2006, UN Doc. A/RES/60/251, 3 Aprile 2006, la Commissione per i diritti umani fu istituita in seno all'ECOSOC con Ris. 5/1946 del 16 Febbraio 1946. Poiché la Commissione si configurava come un organo interno dell'ECOSOC, fu quest'ultimo a presentare all'Assemblea Generale la bozza di dichiarazione sull'asilo con Ris. 772 E (XXX) del 25 Luglio 1960.

⁴⁴ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 2312 (XXII), *Declaration on Territorial Asylum*, 14 Dicembre 1967, UN Doc. A/RES/2312(XXII), disponibile in: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/5980301.html>>. Per un'analisi dei lavori preparatori relativi alla Dichiarazione, si rinvia per tutti a WEISS, *The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, 1979, p. 151 ss. Sulla relativa portata sostanziale cfr. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., p. 28 ss., WEISS, *The United Nations Declaration on Territorial Asylum*, in *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1969), n. 4, pp. 92-149, e più recentemente LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 107 ss.; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2007, pp. 623 ss., che considera la Dichiarazione sull'asilo territoriale «*un paso importante, aunque no decisivo, para la codificación internacional de la materia*», in considerazione della mancata inclusione di un riferimento a tale istituto nei Patti sui diritti umani del 1966.

⁴⁵ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 2203 (XXI), *Draft Declaration on the Right of Asylum*, 16 Dicembre 1966, UN Doc. A/RES/2203(XXI), in cui si sottolinea che la Dichiarazione sull'asilo "*is intended to elaborate upon article 14 of the Universal Declaration of Human Rights*". Si veda in proposito GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., p. 29.

come diritto umano, ribadendo piuttosto il diritto discrezionale dello Stato di concedere, “*in the exercise of its sovereignty*”, asilo a tutti i soggetti perseguitati⁴⁶.

Da questo punto di vista, inoltre, l'art. 1 par. 2, nella misura in cui esclude la possibilità di concedere asilo ai soggetti che abbiano commesso crimini di guerra, contro la pace o contro l'umanità, sembrerebbe colmare la lacuna normativa dell'art. 14 par. 2 della Dichiarazione universale, che invece si attestava su un profilo più generale, escludendo dal diritto di asilo i perseguitati per reati non politici e contrari ai principi dell'ONU⁴⁷. Un'ulteriore clausola di salvaguardia della sovranità territoriale dello Stato è codificata nel successivo art. 2 par. 1, in cui si specifica che la concessione dell'asilo “*is without prejudice to the sovereignty of States and the purposes and principles of the United Nations*”, mentre l'art. 3 par. 1 introduce il principio del *non-refoulement*, inteso come un dovere dello Stato di evitare di negare accoglienza ai soggetti che, in caso di respingimento, rischierebbero di essere vittime di persecuzione⁴⁸. La Dichiarazione sull'asilo territoriale, dunque, si configurava come un atto, volto a confermare la natura tradizionale del diritto di asilo, inteso come corollario della sovranità territoriale dello Stato, smentendo quell'orientamento, che, fondato sulla Dichiarazione universale, voleva invece qualificarlo come un diritto umano.

Tale circostanza rivela anche come nel 1977 il lavoro della Conferenza delle Nazioni Unite per l'asilo territoriale, incaricata dall'Assemblea generale di elaborare una Convenzione in materia, risultò addirittura ‘catastrofica’⁴⁹. Il testo del progetto appare, infatti, alquanto deludente, poiché, nonostante fosse evidente l'esigenza di conciliare il diritto dello Stato di concedere l'asilo e l'interesse dell'individuo ad

⁴⁶ Dispone, infatti, l'art. 1 par. della Dichiarazione:

“*Asylum granted by a State, in the exercise of its sovereignty, to persons entitled to invoke article 14 of the Universal Declaration of Human Rights, including persons struggling against colonialism, shall be respected by all other States*”.

Sul punto cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 108. Per alcune considerazioni critiche si veda anche PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 697.

⁴⁷ Nota in proposito GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., p. 29, che l'art. 1 par. 2 della Dichiarazione «*simply aims at filling an apparent gap in the provisions of Article 14 (2) of the Universal Declaration; a gap which, in the original context was not so serious because of the overriding provisions of Articles 29 and 30 of the Universal declaration*».

⁴⁸ Dispone, infatti, la norma in esame:

“*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*”.

⁴⁹ In questi termini cfr. BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 13, si veda anche GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, Stockholm, 1980, p. 50 ss. La Conferenza dei Plenipotenziari che si tenne dal 10 Gennaio al 4 Febbraio 1977 a Ginevra, fu preceduta dai lavori di un gruppo di esperti, già nominato dalla stessa Assemblea generale nel 1974, cfr. Ris. 3372 (XXIX), *Elaboration of a draft Convention on Territorial Asylum*, 10 Dicembre 1974, A/RES/3272(XXIX), che aveva elaborato già due anni prima un progetto di Convenzione. Per un esame particolareggiato dei negoziati per l'adozione della Convenzione sull'asilo territoriale, si rinvia a WEISS, *The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum*, cit., p. 151 ss.

accedere a tale protezione, auspicando il riconoscimento di un obbligo in tal senso dello Stato, la maggior parte degli Stati ha favorito un testo che non traducesse il diritto di asilo in un obbligo dello Stato speculare al diritto dell'individuo di ottenere l'asilo. Si comprende, dunque, come, qualora fosse stata adottata, la Convenzione non avrebbe attribuito alcun vantaggio giuridico all'individuo, reiterando piuttosto il carattere facoltativo che caratterizzava la concezione classica dell'istituto, percepito, come si evince dallo stesso testo del progetto, come un beneficio concesso dallo Stato “*in a humanitarian spirit*”⁵⁰.

Nonostante si fosse elaborato un articolato attinente alla definizione dei soggetti, ai quali si sarebbe potuta applicare la convenzione, la nozione di *non-refoulement* e le attività dei rifugiati nello Stato di asilo, la Conferenza fu incapace di adottare nel tempo prestabilito tale strumento convenzionale e raccomandò all'Assemblea generale di riconvocare in seguito la Conferenza.

Anche la CDI nella sessione di lavoro del 1977 concluse che la tematica del diritto di asilo “*do not appear at present to require active consideration in the near future*”⁵¹. Ancora una volta, pertanto, la comunità internazionale perdeva l'opportunità di garantire un diritto umano all'asilo⁵². Dal 1977 nessun progresso si è registrato sul piano universale in materia di asilo⁵³, ciò rende ancora più urgente l'elaborazione in seno alle Nazioni Unite di uno strumento normativo universale che definisca l'istituto dell'asilo nel contesto attuale dell'ordinamento internazionale. Tale lacuna normativa contrasta, infatti, con una prassi convenzionale che, invece, sul piano regionale ha sperimentato in materia di asilo soluzioni eterogenee, che, in alcuni casi, hanno innovato il diritto internazionale nella prospettiva individuale⁵⁴.

Da ultimo, ai fini della presente ricerca, il fallimento riscontrato in seno alle Nazioni Unite circa la ricostruzione di un diritto umano all'asilo, priva il tentativo di configurare l'asilo come un diritto fondamentale in prospettiva *de jure condendo*

⁵⁰ *Ibid.* Tale approccio tradizionale alla materia risultava chiaramente dallo stesso art. 1 del Progetto di convenzione, che, stabiliva, come “*each Contracting State, acting in the exercise of its sovereignty, shall endeavour in a humanitarian spirit to grant asylum in its territory to any person eligible for the benefits of this Convention*”. Cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 110.

⁵¹ Cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, 1977, vol. II, parte II, par. 109, in cui è evidente il disinteresse verso la tematica dell'asilo, conseguente all'esito fallimentare della Conferenza del gruppo di esperti incaricato di adottare il testo di una convenzione.

⁵² Come sostiene infatti BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 14, «*once again, the world community passed over an opportunity to grant to individuals the right to asylum vis-a-vis the state of refuge*».

⁵³ Afferma in proposito LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 111, che da questo punto di vista l'istituto dell'asilo ha mantenuto la sua originaria caratterizzazione di «istituto tendenzialmente indefinito e “non istituzionalizzato”».

⁵⁴ Sul punto nota BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 14 che «*the most recent expression of the international community with respect to the right of asylum suggests that the right of an individual to be granted asylum has yet to evolve in international law*», in questo senso cfr. anche DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *op. cit.*, p. 624 ss., il quale conferma che «*el asilo debe ser considerado como un derecho de la persona humana, y no una simple concesión graciosa de los Estados*».

nell'area euro-mediterranea di un valido sostrato normativo, non risultando significativa la prassi degli Stati che durante i negoziati per l'elaborazione del Patti del 1966 e della Dichiarazione sul diritto di asilo, hanno inteso suffragare tale orientamento⁵⁵.

2.3. Il diritto di asilo nel sistema internazionale di protezione dei rifugiati.

L'assenza di una sistematica normativa convenzionale in materia di asilo non ha impedito l'attecchimento di processi di codificazione in ambiti prossimi a quello del diritto di asilo, come la tutela dei rifugiati, la cui evoluzione, anzi, ha costituito indirettamente uno dei fattori che, nell'ordinamento internazionale contemporaneo, ha contribuito a determinare uno sviluppo in senso individuale del diritto di asilo⁵⁶.

Sebbene denotino due concetti giuridici separati, sul piano della prassi la nozione di 'asilo' appare complementare a quella di 'rifugio', che, in quanto fondato su valutazioni legate al valore della dignità umana⁵⁷, ha favorito un'interpretazione

⁵⁵ Osserva, infatti, PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 71 ss., che una norma di diritto internazionale scaturisce da una prassi uniforme che rispecchi una condotta sentita dagli Stati come obbligatoria, circostanza che le divergenze apparse nel corso dei dibattiti e dei negoziati in seno alle Nazioni Unite non hanno potuto rendere evidente. Inoltre, le opinioni espresse dagli Stati «*may indicate what their practice may be expected to be, but these are not by themselves sufficient evidence of the practice of states*», per tali ragioni, sembra difficile accettare tali opinioni «*...as that practice of states which creates a rule of international law in accordance with the generally accepted principles of this law*»

⁵⁶ Vasta e risalente è la letteratura sulla protezione internazionale dei rifugiati, al punto da rendere il "diritto internazionale dei rifugiati" un settore specialistico dell'ordinamento internazionale, in quanto caratterizzato da un corpus sistematico di strumenti normativi di livello e natura differenti, articolato al fine di disciplinare le condizioni per accedere allo status giuridico di rifugiato e garantire un alto e completo grado di protezione per i beneficiari di tale condizione. Tra le opere più significative ed i lavori più recenti, si fa particolare riferimento ai contributi pubblicati LAMBERT (ed.), *International Refugee Law*, London, 2010; HURWITZ, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, New York, 2009; NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit.; CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 185 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*; HATHAWAY, *Why Refugee Law Still Matters*, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8 (2007), n. 1, pp. 89-103; GRAZIANI, *Antichi e nuovi «rifugiati» nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006; WHITTAKER, *Asylum Seekers and Refugees in the Contemporary World*, London, 2006; HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, 2005; NÚRIA CAMPS (coord.), *El derecho internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Lleida, 2005; MATTONE, *I rifugiati e la loro tutela in ambito internazionale*, in PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale umanitario*, Torino, 2004, pp. 177-200; FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law -UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003; GRAZIANI, *Rifugiati, displaced persons e internally displaced persons nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2003; HATHAWAY, HARVEY, *Framing Refugee Protection in the New World Disorder*, in *Cornell International Law Journal*, vol. 42 (2001), n. 2, p. 288 ss.; NICHOLSON, TWOMEY (eds.), *op. cit.*; SAPIENZA, *Per una migliore protezione dei diritti dei rifugiati*, in *Aggiornamenti sociali*, vol. 48 (1997), n. 11, pp. 793-806.

⁵⁷ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 166. Sul punto cfr, anche WEISSBRODT, *op. cit.*, p. 111 ss.; MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 537 ss. Inoltre, come afferma ALLAND, *Le dispositifs international du droit de l'asile*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du XXX^e Colloque (Caen) de la Société Française pour le Droit International, Paris, 1997, p. 15 ss., «*l'asile est un espace, le réfugié une personne. Ce qui fait qu'un espace peut offrir*

umanitaria dell'istituto dell'asilo. In questa prospettiva, l'esame del regime giuridico internazionale di protezione dei rifugiati potrebbe fornire ulteriori elementi, utili per la ricostruzione di un diritto umano all'asilo nell'ordinamento internazionale contemporaneo. In questa prospettiva, è anzitutto possibile ravvisare notevoli differenze sul piano teorico tra i due istituti, che, comunque, sottendono fattispecie spesso convergenti sul piano della prassi. Se l'asilo è disciplinato principalmente dal diritto internazionale consuetudinario che lo definisce come un corollario della sovranità territoriale ed il cui esercizio scaturisce da considerazioni pressoché discrezionali dello Stato, giustificate da ragioni di carattere umanitario, il rifugio, prevalentemente fondato su un regime di natura convenzionale, ha natura 'dichiarativa', «nel senso che deve essere accordato a chiunque soddisfi oggettivamente i requisiti previsti dagli strumenti convenzionali applicabili⁵⁸». Inoltre, il carattere "indefinito" del diritto di asilo sottende una regolamentazione che risulta molto più approssimativa rispetto alla disciplina dettagliata che il regime convenzionale ha profilato con riferimento allo status di rifugiato.

Sul piano sostanziale, sebbene si deva ancora accogliere con cautela la tesi che interpreta il sistema internazionale di tutela dei rifugiati come la codificazione e la trasposizione a livello pattizio del diritto di asilo⁵⁹, le differenze di natura teorica tra i due concetti giuridici sembrano annullarsi, poiché entrambi sono suscettibili di

asile provient de l'exclusivité de la compétence qu'y exerce un sujet et fait obstacle aux entreprises d'un autre sujet sur un ou plusieurs individus».

⁵⁸ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 166, il quale ricostruisce la natura 'dichiarativa' e non costitutiva del riconoscimento dello status di rifugiato sulla base di una giurisprudenza cospicua.

⁵⁹ Tale approccio scaturisce dalla considerazione che generalmente quando lo stesso principio di diritto internazionale viene trasposto sul piano convenzionale, la disciplina di natura pattizia assume un carattere più ampio e dettagliato, sulla presunta identità, in questo senso, tra diritto internazionale dei rifugiati e diritto di asilo si veda LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 172. Una simile tesi può essere accettata solo parzialmente, ove si consideri la natura umanitaria che ha assunto l'istituto dell'asilo nelle fasi più recenti di evoluzione, e tenendo conto che il sistema di protezione dei rifugiati è successivo alla secolare tradizione dell'asilo e, come noto, di natura originariamente occasionale. D'altra parte la categoria dei beneficiari dell'asilo risulterebbe più ampia rispetto ai soggetti che possono accedere allo status di rifugiato, così come lo stesso presupposto della persecuzione assume interpretazioni differenti in relazione ai due status giuridici dell'asilo e del rifugio. Come nota DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *op. cit.*, p. 625, «*mientras que el asilado político es aquella persona que recibe una efectiva protección territorial por parte del Estado asilante, una persona puede obtener el reconocimiento del estatuto de refugiado de acuerdo con la Convención de 1951*», senza che da ciò si possa dedurre un obbligo per lo Stato di concedere un particolare permesso di soggiorno o di lavoro nel proprio territorio. Conferma, in questo senso, MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 537, che esiste una correlazione tra le nozioni di rifugiato e asilo, specificando che, se, da una parte, è possibile godere dell'asilo senza beneficiare dello status di rifugiato, nessuna disposizione normativa, d'altra parte, prevede che il riconoscimento di tale status giuridico, comporti un obbligo di accordare l'asilo in capo allo Stato, l'asilo, dunque, anche con riferimento alla tutela dei rifugiati, in principio resta una prerogativa sovrana dello Stato. Come sostiene, infine, SAPIENZA, *Per una migliore protezione dei diritti dei rifugiati*, cit. p. 880, «non v'è dubbio che il riconoscimento di un diritto soggettivo da parte del perseguitato politico alla concessione dell'asilo ne avvantaggerebbe assai la posizione in ordine anche alla concessione dello status di rifugiato».

produrre verosimilmente gli stessi effetti e di coincidere sotto la prospettiva dell'attuazione pratica. Infatti, anche la concessione dell'asilo comporta l'accertamento dei requisiti su cui si fonda il riconoscimento dello status di rifugiato, così come quest'ultima condizione giuridica necessita di una valutazione parzialmente discrezionale dello Stato, che riflette la volontà di vincolarsi o meno al regime convenzionale codificato in materia di tutela dei rifugiati piuttosto che al diritto interno. Generalmente, inoltre, il soggetto che ottiene l'asilo in realtà beneficia di uno status che equivale a quello di rifugiato *stricto sensu*, così come chi gode di tale stato si trova nella stessa condizione dell'individuo a cui è stato riconosciuto il beneficio dell'asilo.

In definitiva, si deve considerare che, sul piano della prassi, l'evoluzione del diritto di asilo ha mutuato dal regime di tutela dei rifugiati alcuni principi basilari, come, ad esempio, il divieto di *refoulement*, che può, costituire il fattore giuridico attraverso cui è possibile valutare l'eventuale sussistenza di un diritto umano all'asilo come parte integrante del regime internazionale di tutela dei rifugiati⁶⁰.

2.3.1. I rifugiati come categoria privilegiata di richiedenti asilo.

Sulla base delle considerazioni precedenti, il concetto di "rifugiato" può indicare, come s'è detto, una categoria autonoma di richiedenti asilo, nato originariamente come istituzione di protezione europea per risolvere le gravi crisi umanitarie conseguenti ai due conflitti mondiali⁶¹. Il sistema internazionale di protezione dei rifugiati si è pertanto evoluto secondo un percorso scandito in due fasi successive e caratterizzato dal passaggio da un sistema precario e limitato di protezione ad un regime universale⁶².

A delimitare la disciplina attinente alla protezione dei rifugiati a situazioni contingenti e circoscritte temporalmente e geograficamente hanno contribuito i primi

⁶⁰ Ad un esame della prassi convenzionale si può constatare come il principio del *non-refoulement* rappresenti l'elemento peculiare connaturato nell'istituto dell'asilo, come evidenziato in GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 357, «*what cannot be ignored ...is the close relationship existing between the issue of refugee status and the principle of non-refoulement, on the one hand, and the concept of asylum, on the other hand. These three elements are, as it were, all links in the chain between refugee's flight and his or her attainment of a durable solution*».

⁶¹ Notano in proposito ALLAND, TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris, 2002, p. 65, che la comunità internazionale «*n'a jamais connu une efflorescence d'organismes internationaux destinés à s'occuper des réfugiés autant qu'au cours de cette première période qui couvre l'entre-deux guerres et...les premières années du lendemain du second conflit mondial*».

⁶² Cfr. MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 538 ss. Sull'evoluzione del diritto internazionale dei rifugiati si rinvia più diffusamente a LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 141 ss.; N. RODRIGUES, *A história do direito de asilo no Direito Internacional*, in *Âmbito Jurídico*, vol. XI (2008), n. 50, pp. 12 ss.; CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 185 ss.; ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 65 ss.; PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 15; JAEGER, *On the History of the International Protection of Refugees*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83 (2001), n. 843, pp. 727 – 737.

strumenti convenzionali adottati in materia a partire dal 1921 nel contesto istituzionale della Società delle Nazioni, allo scopo di fronteggiare gli esodi di massa determinati dalla rivoluzione russa del 1917⁶³. A tale periodo è rapportabile l'adozione della *Convenzione sullo statuto internazionale dei rifugiati* del 1933, che rappresenta il primo strumento internazionale in materia di natura vincolante⁶⁴, accogliendo la disciplina delle condizioni amministrative, sanitarie, fiscali e lavorative dei rifugiati, e codificando, all'art. 3, una prima formulazione del principio di *non-refoulement*⁶⁵. In seguito, la portata della disciplina venne completata significativamente dalla *Convenzione concernente lo statuto dei rifugiati provenienti dalla Germania* del 1938, la quale per la prima volta rivolgeva la protezione internazionale a tutti gli individui che, sebbene muniti formalmente di una nazionalità, non potevano godere di protezione da parte dello Stato di origine,

⁶³ In tale occasione, a seguito di una richiesta del Presidente del Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR), il Consiglio della Società delle Nazioni nominò il norvegese Fridtjof Nansen come primo Alto Commissario per i Rifugiati Russi, che svolse la sua attività fino al 1929, dopo essere stato trasferito nel 1925 alle dipendenze dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL). Durante la sua attività vennero elaborati i primi accordi in tema di rifugiati che, come osserva LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 146, pur avendo la portata di semplici raccomandazioni, si caratterizzavano per un approccio specifico a determinati gruppi di rifugiati. Il primo strumento in materia fu l'Accordo relativo al rilascio dei certificati d'identità ai Rifugiati Russi, cfr. *Arrangement Relatif à la Délivrance des Certificats d'Identité aux Réfugiés Russes*, 5 Luglio 1922, in *League of Nations Treaty Series*, vol. 13, p. 237. Accordi simili furono adottati in relazione ad altri gruppi di rifugiati negli anni immediatamente successivi, introducendo una formulazione ancora prematura del principio del *non-refoulement*. Nel periodo di attività della Società delle Nazioni (1921-1946) furono, inoltre, istituiti, vari organi, a cui era demandato di affrontare la questione dei rifugiati, come l'Ufficio Internazionale 'Nansen' per i Rifugiati (1931-1938), l'Alto Commissariato dei Rifugiati Tedeschi (1933-1938), l'Ufficio della Società delle Nazioni per i Rifugiati (1939-1946) ed il Comitato Intergovernativo sui Rifugiati (1938-1947), il quale, durante gli anni del secondo conflitto mondiale, si sostituirà all'attività pressoché paralizzata della Società delle Nazioni, estendendosi il proprio mandato "su ogni individuo, ovunque egli si trovi, che, a causa, di eventi intervenuti in Europa, ha dovuto abbandonare o dovrà abbandonare il proprio Paese di residenza per pericoli che minacciano la sua vita a causa della sua razza, della sua religione o delle sue opinioni politiche". Per ulteriori riferimenti si rinvia in particolare a CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit. p. 186 ss.; HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, cit., p. 83 ss.; ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 66 ss.

⁶⁴ Cfr. League of Nations, *Convention Relating to the International Status of Refugees*, 28 Ottobre 1933, in *League of Nations Treaty Series*, vol. 159, n. 3663, p. 199, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8cf374.html>>.

⁶⁵ Il testo dell'art. 3 impegnava infatti le Parti contraenti "à ne pas éloigner de son territoire par application de mesures de police, telles que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés aiant été autorisés à y séjourner régulièrement". Anche la previsione di tale principio, come tutta la disciplina della materia, scaturiva da aspetti contingenti e di natura occasionale. Infatti, come nota, MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 539, l'elaborazione del principio di *non-refoulement* sarebbe da interpretare come la diretta conseguenza dell'adozione da parte del governo russo di una legge repressiva che negava la cittadinanza ai rifugiati di origine russa e sanzionava con la pena di morte tutti coloro che senza autorizzazione avessero abbandonato il territorio russo.

contenendo *in nuce* la natura del concetto di 'persecuzione', posto alla base della disciplina⁶⁶.

Con la nascita dell'ONU, il sistema di protezione dei rifugiati assunse un nuovo slancio evolutivo, caratterizzato da un rinnovamento a livello normativo e istituzionale, già evidente nella prima sessione dell'Assemblea generale, la quale, all'unanimità approvò nel 1946 una risoluzione, riconoscendo il carattere internazionale della problematica dei rifugiati e auspicando la creazione di un apposito apparato intergovernativo provvisorio, che sarà rappresentato dall'Organizzazione Internazionale per i Rifugiati (OIR), sostituita nel 1952 dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR)⁶⁷.

Sul piano normativo, l'evoluzione della disciplina contrassegnata da un «carattere sostanzialmente selettivo dell'approccio al problema dei rifugiati⁶⁸», troverà il suo asse portante nel "sistema del 1951", comprensivo della *Convenzione di Ginevra del 28 Luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati*, completata dal *Protocollo di New York del 1967*, il quale assegnerà un'impostazione generale ed universale alla materia dei rifugiati, le cui norme, dunque, saranno applicabili a chiunque presenti oggettivamente gli elementi richiesti per essere inquadrato nella categoria giuridica dei rifugiati⁶⁹, superando il limite geografico, che rendeva la

⁶⁶ Cfr. *Convention concerning the Status of Refugees coming from Germany*, 10 Febbraio 1938, in *League of Nations Treaty Series*, vol. 192, p. 59. Si veda JAEGER, *On the History of the International Protection of Refugees*, cit., p. 731 ss. Nota, inoltre, MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 540, che, se i primi accordi internazionali si limitavano a porre rimedio alla semplice assenza di protezione personale, quale la perdita della nazionalità, colmando una lacuna dell'ordinamento internazionale, si attesta successivamente una evoluzione verso il riconoscimento di tale protezione a tutti coloro che a prescindere dalla nazionalità non godono della tutela da parte del proprio Stato di appartenenza.

⁶⁷ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 8 (I), *Question of Refugees*, 12 Febbraio 1946, UN Doc. A/RES/8(I). Sugli aspetti istituzionali dell'OIR, creata il 14 Febbraio 1946, con l'obiettivo di concludere le sue attività operative entro il 30 Giugno 1950, più specificamente cfr. ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 69 ss.; JAEGER, *On the History of the International Protection of Refugees*, cit., p. 732 ss. All'OIR, con Ris. 428 (V), *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 14 Dicembre 1950, UN Doc. A/RES/428(V), succederà l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR).

⁶⁸ Nota, infatti, SAPIENZA, *Per una migliore protezione dei diritti dei rifugiati*, cit. p. 795, che «il problema dei rifugiati...non viene visto comunemente per quello che effettivamente è, una parte del più generale problema della garanzia dei diritti della persona umana, ovunque e in qualunque situazione, ma come un problema affatto specifico».

⁶⁹ ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 72, definiscono in termini di 'sistema', i testi, costituiti dalla Convenzione di Ginevra del 1951, cfr. *supra* nt. 13, il Protocollo del 1966, cfr. Assemblea generale, Ris. 2198 (XXI), *Protocol relating to the Status of Refugees*, 16 Dicembre 1966, entrato in vigore il 4 Ottobre 1967, disponibile in: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/9729564.html>>; le istituzioni, rappresentate in primo luogo dall'UNHCR, ma anche da altri organismi internazionali che svolgono un ruolo fondamentale nel quadro del diritto internazionale dell'asilo e dei rifugiati; le prassi nazionali che compongono «*une pièce indispensable et essentielle*», in quanto, «*c'est au droit interne des États parties que sont confiés ou laissés des pans entiers de l'asile*». Sulla genesi della Convenzione di Ginevra del 1951 cfr. in particolare ROBINSON, *Convention relating to the status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953, il quale evidenzia la portata più ampia della Convenzione del 1951 rispetto ai precedenti strumenti adottati, i lavori preparatori,

Convenzione applicabile solo agli eventi avvenuti prima della sua stessa adozione e limitatamente al contesto europeo⁷⁰. I 'pilastri' del sistema di Ginevra sono costituiti dalla nozione di 'persecuzione' e dal principio di *non-refoulement*, a cui si aggiunge la definizione degli obblighi e dei diritti civili, economici, sociali, culturali del rifugiato⁷¹, restando, comunque, salvo il trattamento più favorevole disposto da altri regimi convenzionali⁷². La convenzione di Ginevra del 1951, che per sua stessa

disponibili tra i documenti delle Nazioni Unite, UN Doc. A/CONF. 2/SR, sono raccolti anche in WEISS (ed.), *The Refugee Convention, 1951, the Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, Cambridge, 1995, e nei tre volumi a cura di TAKKENBERG, TAHBAZ (eds.), *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention to the Status of Refugees*, Amsterdam, 1988. Un commentario alla Convenzione e al relativo Protocollo è stato elaborato anche dall'UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Doc. HCR/IP/4/Eng/REV.1, Geneva, riedizione Gennaio 1992, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32b0.html>>, [di seguito 'UNHCR Handbook']. In generale, sul «sistema del 1951», cfr. FITZPATRICK, *Revitalizing the 1951 Refugee Convention*, in LAMBERT (ed.), *op. cit.*, p. 209 ss.; LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 152 ss.; RODRIGUES, *A história do direito de asilo no Direito Internacional*, cit., p. 17 ss.; ARTINI, *La Convenzione di Ginevra del 1951 ed il suo ruolo nella attuale realtà dei flussi migratori*, in BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Fagnano Alto, 2008, pp. 49-54; CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 185 ss.; BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 151-172; HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, cit., p. 91 ss.; KÄLIN, *Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and beyond*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 613 ss.; CHETAIL (dir.), *La convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au statu des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001; MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 539 ss.; GOODWIN-GILL (dir.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Principles and Potentials*, in *International Journal of Refugee Law*, n. speciale del 1991.

⁷⁰ Il Protocollo di New York del 1967, infatti, abolirà nei termini dell'art. 1 parr. 2 e 3, il limite di carattere spazio-temporale, contenuto nell'art. 1 B (1) della Convenzione di Ginevra del 1951, che, invece, in relazione agli eventi avvenuti anteriormente al 1951, richiamati dall'art. 1 A (2), specificava che:

“For the purposes of this Convention, the words ‘events occurring before 1 January 1951’ in article 1, section A, shall be understood to mean either (a) ‘events occurring in Europe before 1 January 1951’; or (b) ‘events occurring in Europe or elsewhere before 1 January 1951’; and each Contracting State shall make a declaration at the time of signature, ratification or accession, specifying which of these meanings it applies for the purpose of its obligations under this Convention”.

Sull'abolizione della limitazione geografica nell'ordinamento italiano, a seguito della 'Legge Martelli', d.l. 30 Dicembre 1989, n. 416 conv. in l. 28 Febbraio 1990, n. 39, Legge n. 39 del 28 febbraio 1990, *Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato*, cfr. in particolare NASCIMBENE, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato: profili di diritto interno e comunitario*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. II., Bari, 1995, p. 519 ss.; PANELLA, *L'asilo e gli extracomunitari dopo la «legge Martelli»*, in *I Diritti dell'uomo-Cronache e battaglie*, 1990, n. 1, pp. 17-24.

⁷¹ Alla definizione sostanziale dello statuto di rifugiato sono dedicate le disposizioni della Convenzione di Ginevra ricomprese tra gli articoli 12 e 30.

⁷² A tal uopo, l'art. 5 della Convenzione di Ginevra sancisce che: *“nothing in this Convention shall be deemed to impair any rights and benefits granted by a Contracting State to refugees apart from this Convention”.*

vocazione, intende costituire un modello di riferimento⁷³, ha contribuito, dunque, a iscrivere la tematica del diritto di asilo nel contesto normativo dei diritti umani, sulla base della definizione delle condizioni di persecuzione, quali elementi comuni sia alla categoria dei rifugiati, sia a quella più generale dei richiedenti asilo⁷⁴.

2.3.1.a. L'incidenza del concetto di persecuzione sull'attribuzione di un diritto umano all'asilo.

Il fulcro del sistema di tutela internazionale dei rifugiati è rappresentato dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra, che stabilisce le condizioni necessarie per potere richiedere la protezione internazionale prevista per tutti i soggetti che, ai sensi di tale trattato, possono qualificarsi come rifugiati, in quanto individui stranieri sottoposti ad un rischio di persecuzione nel Paese di provenienza, per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale, opinione politica⁷⁵.

⁷³ Questo spirito traspare dalla *Raccomandazione E*, inserita nell'Atto Finale della Conferenza dei plenipotenziari sullo statuto dei rifugiati e delle persone apolide, riportato in *UNHCR Handbook*, cit., Annex I, da cui si evince l'auspicio che la Convenzione «*will have value as an example exceeding its contractual scope and that all nations will be guided by it in granting so far as possible to persons in their territory as refugees and who would not be covered by the terms of the Convention, the treatment for which it provides*». Per ulteriori osservazioni in proposito cfr. MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 539.

⁷⁴ Bisogna, infatti, osservare, come sottolinea FELLER, *International Refugee Protection 50 years on: The protection Challenges of the past, present and future*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83 (2001), n. 843, p. 589, che «*the refugee protection regime...has its origins in general principles of human rights*». Ha osservato, inoltre, EDWARDS, *Human Rights, Refugees, and the Rights to «to enjoy» Asylum*, cit., p. 294, che «*keeping international refugee law ('IRL') distinct from [International Human Rights Law] IHRL has played into the hands of governments choosing to flout minimum standards*».

⁷⁵ Il testo del complesso art. 1 della Convenzione di Ginevra attiene alle condizioni e agli elementi che consentono il riconoscimento dello status di rifugiato, così come le condizioni che escludono tale riconoscimento. Particolarmente rilevante per la definizione di rifugiato è l'art. 1 A (2), il quale dispone che ai fini della Convenzione il termine "rifugiato" si applica ad ogni persone che:

"As a result of events occurring before 1 January 1951 and 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".

Identica è la definizione contenuta nello Statuto dell'UNHCR, così come tutte le definizioni di 'rifugiato' contenute negli strumenti internazionali adottati dopo la Convenzione di Ginevra si rifanno sostanzialmente a quest'ultima. È possibile ricavare, tuttavia, alla luce della prassi dell'UNHCR una categoria di rifugiato, svincolata dalle condizioni sottese alla Convenzione di Ginevra, che l'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 52, definisce come «*a person who meets the criteria of the UNHCR Statute and qualifies for the protection of the United Nations provided by the High Commissioner, regardless of whether or not s/he is in a country that is a party to the Convention relating to the Status of Refugees, 1951 or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, or whether or not s/he has been recognized by the host country as a refugee under either of these instruments*». Si veda estensivamente GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 51 ss.; HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto/Vancouver, 1991, p. 6 ss.

Si comprende, dunque, come l'elemento fondamentale per il riconoscimento dello status di rifugiato⁷⁶ attiene alla sussistenza di un rischio di persecuzione, concetto intorno al quale la dottrina ha ritagliato la stessa definizione di rifugiato, inteso come «*a person who is unable or unwilling to invoke the protection of his State of nationality because of well founded fear of persecution*»⁷⁷. Da questo punto di vista, la Convenzione di Ginevra del 1951 è riuscita a colmare il vuoto giuridico esistente, riuscendo a fissare i criteri oggettivi e generali per il riconoscimento dello status di rifugiato⁷⁸.

Tuttavia la Convenzione presenta all'art. 1 A (2) una definizione, caratterizzata dalla compresenza di una pluralità di elementi di natura soggettiva ed oggettiva che hanno reso complesso l'individuazione dei confini giuridici da assegnare alla categoria di rifugiato, la quale necessariamente deve scaturire da un giusto equilibrio tra gli elementi forniti dal richiedente per giustificare un "ben fondato timore di essere perseguitato" e la valutazione della situazione contingente⁷⁹. Sebbene tale orientamento sia stato di recente criticato in dottrina, la quale ha ritenuto

⁷⁶ L'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 53, definisce il riconoscimento dello status di rifugiato come «*a process (conducted by UNHCR and/or States) to determine whether an individual should be recognized as a refugee in accordance with national and international law*».

⁷⁷ LILLICH, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, 1984, p. 62. IX

⁷⁸ Enfatizza, in proposito, RODRIGUES, *A história do direito de asilo no Direito Internacional*, cit., p. 18, che «*a Convenção de Genebra surge, deste modo, como um instrumento jurídico internacional, mas vital para o fenómeno dos deslocados e refugiados, pois, pela primeira vez na história europeia e mundial, é juridicamente definido o conceito de "refugiado"*».

⁷⁹ Tale orientamento è espresso dall'*UNHCR Handbook*, cit., par. 37 ss., che interpretando l'espressione "well-founded fear of being persecuted", ha evidenziato che «*determination of refugee status will therefore primarily require an evaluation of the applicant's statements rather than a judgement on the situation prevailing in his country of origin*». Si veda anche UNHCR, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, Aprile 2001, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b20a3914.html>>. Sulla complessità della definizione di 'rifugiato' si veda PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 16. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 221, parafrasando una decisione del Refugee Status Appeals Authority della Nuova Zelanda, Refugee Appeal n. 74665/03, 7 Luglio 2004, in: <<http://www.refugeecaselaw.org>>, par. 47, conferma che la definizione in oggetto sia considerata "a single compendious definition", «da interpretarsi in modo "olistico" sulla base del significato ordinario...dei termini che la compongono...», ciò in base al noto principio consuetudinario, codificato all'art. 31 par. 1 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*. In generale, sulla nozione di rifugiato cfr. WEISSBRODT, *op. cit.*, p. 65 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 63 ss.; NASCIBENE, FAVILLI, *Rifugiati*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, Milano, 2006, pp. 5306-5311; HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 6 ss.; STEINBOCK, *Interpreting the Refugee Definition*, in *UCLA Law Review*, vol. 45 (1997-1998), p. 733 ss. Sui profili problematici della definizione di rifugiato si veda l'analisi accurata di SITAROPOULOS, *Refugee: a Legal Definition in Search of a Principled Interpretation by Domestic Fora*, in *Revue hellénique du droit international*, vol. 52 (1999), pp. 151- 190, CARLIER, *The Geneva refugee definition and the 'theory of the three scales'*, in NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *op. cit.*, p. 37 ss., il quale costruisce la definizione di rifugiato su tre livelli costitutivi, quali il livello di rischio, il livello di violazione dei diritti umani ed il livello di prova della sussistenza del rischio.

‘unnecessary’ la valutazione dell’elemento soggettivo⁸⁰, come ha notato lo stesso UNHCR, il rischio di persecuzione è comunque “*the key to the characterisation of a person as a refugee*”⁸¹.

Nonostante l’importanza del concetto, non esiste una definizione univoca e unanimemente accettata di persecuzione, tale circostanza ha condotto l’UNHCR a interpretare il silenzio della Convenzione di Ginevra con l’intenzione dei negoziatori di accogliere una nozione aperta anche ad eventuali emergenti forme di persecuzione⁸². Da un’interpretazione combinata degli artt. 1 e 33 della Convenzione è possibile identificare la portata minima del concetto di persecuzione in ogni eventuale minaccia alla vita o alla libertà sulla base di fattori, quali la razza, la nazionalità, la religione, l’opinione politica, l’appartenenza ad un gruppo sociale, che esplicano l’elemento causale della condotta persecutoria⁸³. Tale accezione ‘minima’, che escluderebbe l’incidenza della violazione dei diritti sociali ed

⁸⁰ Questa impostazione è stata recentemente criticata da alcune opinioni di dottrina, cfr. THIRD COLLOQUIUM ON CHALLENGES IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW, *The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear*, University of Michigan Law School, Ann Arbor, Michigan, USA, 26-28 Marzo 2004, disponibile in: <http://www.refugeecaselaw.org/documents/Well-Founded_Fear.pdf>, p. 68 ss., in cui si è convenuto che “*that continued reference to distinct “subjective” and “objective” elements of the well-founded fear standard risks distortion of the process of refugee status determination*”, affermando che “*the required assertion of inability or unwillingness need not be made in any particular form. In substance, the applicant need only provide information or make claims which may engage the Refugee Convention obligations of the state*”.

⁸¹ Cfr. UNHCR, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, cit., par. 7. Si veda diffusamente GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 40 ss.

⁸² Nota l’UNHCR, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, cit., par. 16, che «*persecution, for the purposes of refugee status determination, is nowhere defined in international law*», tuttavia, «*the fact that the Convention does not legally define persecution is a strong indication that, on the basis of the experience of the past, the drafters intended that all future types of persecution should be encompassed by the term*». Tale interpretazione appare suffragata anche da una parte consistente della dottrina, cfr. in particolare GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, cit., p. 193 ss., e da alcune attestazioni della giurisprudenza, cfr. Federal Court of Australia, *Kuldip Ram v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and the Refugee Review Tribunal*, 27 Giugno 1995, No. SG 17 del 1995 Fed No. 433/95 Immigration (1995) 130 ALR 314.

⁸³ Tale è l’interpretazione particolarmente suffragata dall’*UNHCR Handbook*, cit., par. 51, che lega la portata del concetto di persecuzione alla violazione grave e persistente dei diritti umani, riconoscendo che “*other serious violations of human rights - for the same reasons - would also constitute persecution*”. In dottrina, sebbene, come ha notato GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. I, *Refugee Character*, p. 193 ss., esiste un’interpretazione ambivalente, da un parte restrittiva, volta a considerare come persecuzione solo le gravi violazioni del diritto alla vita, alla libertà e all’integrità fisica, ed espansiva, dall’altra estensiva, individuando una condotta persecutoria in ogni attentato alla dignità umana. Ritengono in senso espansivo che possano costituire una persecuzione tutte le violazioni gravi e persistenti dei diritti umani, come definiti nella Dichiarazione universale del 1948, LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 236 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 91 ss., in cui si evidenzia che «*people are persecuted because of something perceived about them or attributed to them*»; HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 103 ss., ai quali si rinvia anche per un’analisi sistematica dei fattori causali, sui quali si fonderebbe il rischio di persecuzione. Per una revisione della portata e dell’interpretazione generalmente attribuite a tali cinque fattori, cfr. THIRD COLLOQUIUM ON CHALLENGES IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW, *The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear*, cit., 68 ss.

economici, i quali spesso assumono portata collettiva, pertanto, difficilmente conciliabili con la stessa natura individuale del concetto di persecuzione, rischierebbe non solo di inficiare il ruolo paradigmatico, assegnato alla Convenzione di Ginevra, il cui sistema di garanzia è intrinsecamente connesso allo sviluppo della prassi relativa alla protezione dei diritti umani, ma comporterebbe una violazione del principio di universalità di tali diritti, in base a cui non si potrebbe assicurare una protezione completa dei diritti di natura civile e politica, senza un'adeguata tutela dei diritti economici e sociali⁸⁴. La violazione dei diritti fondamentali acquisiti dal diritto consuetudinario integra, dunque, la nozione di persecuzione, quale requisito fondamentale per ottenere il beneficio dell'asilo, si comprende in questo senso il carattere speculare della persecuzione nei confronti di quei valori fondamentali che meritano protezione senza alcuna causa di deroga⁸⁵. La stessa funzione dell'asilo è, infatti, intimamente connessa alla protezione dei diritti umani, la cui fruizione può essere messa a repentaglio nel Paese di origine.

Il concetto di persecuzione, inoltre, sottende in primo luogo le autorità statali come categorie tipiche di agenti persecutori⁸⁶, sebbene, nel silenzio della Convenzione, si può facilmente comprendere, ed è auspicabile, come si vedrà nel contesto dell'Unione Europea, che siano qualificati come tali nelle pratiche nazionali anche i soggetti non statali, poiché, come statuito, ad esempio, dalla giurisprudenza interna italiana, *“la persecuzione va intesa anche nella mancanza ed incapacità di*

⁸⁴ Cfr. in proposito *Vienna Declaration and Programme of Action as adopted by the World Conference on Human Rights on 25 June 1993*, cit., par. 5, in cui si afferma che *“all human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis”*. Nota in proposito PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 18, che se una comunità intera è soggetta a misure persecutorie sulla base dei fattori sottesi all'art. 1 A (2) della Convenzione di Ginevra, un individuo potrà comunque fare valere un *“well-founded fear of being persecuted”* «a prescindere dal fatto che abbia subito direttamente gli effetti delle misure persecutorie o che sia oggetto di minacce individuali». A tale orientamento s'indirizzavano già le riflessioni di BETTATI, *L'asile politique en question: un statut pour les réfugiés*, Paris, 1985, p. 10 ss. Per una revisione critica del concetto di persecuzione con riferimento al beneficio dell'asilo si rinvia all'analisi di PRICE, *Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 47 (2006), n. 2, pp. 413-466.

⁸⁵ In questo senso si veda diffusamente LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 244 ss., cfr. anche GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 91 ss., in cui si afferma che *«persecution within the Convention thus comprehends measures, taken on the basis of one or more of the stated grounds, which threaten deprivation of life or liberty; torture or cruel, inhuman, or degrading treatment; subjection to slavery or servitude; non-recognition as a person...; and oppression, discrimination, or harassment of a person in his or her private, home, or family life»*. Per ulteriori riferimenti cfr. in particolare FABBRICOTTI, *The Concept of Inhuman or Degrading Treatment in International Law and Its Application in Asylum Cases*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), n. 4, pp. 637 - 661.

⁸⁶ L'*UNHCR Handbook*, cit., par. 65, osserva infatti che *«persecution is normally related to action by the authorities of a country»*. Sulla qualificazione degli agenti persecutori cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 256 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 98 ss.

*un governo di proteggere i diritti umani, della sua popolazione*⁸⁷», e in questo senso, anche nell'incapacità di prevenire o adeguatamente contenere violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo da parte di attori non statali⁸⁸. Si comprende, pertanto, come, ai fini della Convenzione di Ginevra, la nozione di persecuzione sia «*a complex of reasons, interests, and measures*⁸⁹», che rilevano direttamente nei confronti d'individui perseguitati per ragioni di razza, religione, nazionalità, appartenenza sociale, opinione politica, e riflettono indirettamente quegli interessi che il diritto internazionale considera protetti.

Complessivamente, la prassi concernente l'applicazione del concetto di persecuzione non può ancora risultare pienamente compiuta verso l'affermazione di un diritto fondamentale all'asilo, riconosciuto a tutti i soggetti che manifestino un fondato rischio di essere generalmente sottoposti a persecuzioni. Tale circostanza rappresenta di certo una lacuna della stessa Convenzione di Ginevra del 1951, che, nella definizione degli individui meritevoli di protezione, non codifica una norma attributiva del diritto di asilo, che avrebbe, invece, costituito, la conseguenza giuridica più rilevante, considerando che l'agente persecutorio in genere è di natura statale e che il rischio di un pregiudizio alla fruizione dei diritti umani, riguarda valori essenziali della persona umana, come lo stesso diritto alla vita⁹⁰.

È certo, comunque, che a fronte di un'attività propulsiva svolta dall'UNHCR verso una maggiore sensibilità nei confronti dei richiedenti asilo, la prassi degli Stati appare incapace di accogliere un diritto di asilo fondato, secondo il principio di universalità dei diritti umani, su un'interpretazione estensiva dello stesso concetto di persecuzione, insito nella Convenzione di Ginevra del 1951. Il carattere d'inderogabilità delle norme preposte alla tutela di alcuni diritti fondamentali risiede nel loro valore assoluto, il quale sottende un'esigenza altrettanto assoluta di protezione. Una nozione troppo ristretta di persecuzione mostra, dunque, tutti i suoi limiti in un'epoca in cui si sperimentano sempre nuove forme di persecuzione⁹¹.

⁸⁷ Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) Friuli Venezia Giulia, sent. del 22 Ottobre 1998, riportata in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 2 (1999), p. 79 ss., in cui si specifica tra l'altro che tale incapacità è talvolta intesa come «*assenza di volontà di proteggere*».

⁸⁸ In questo senso argomentava GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit., vol. I, p. 189, che la persecuzione consisteva in «*acts committed by the government (or the party) or organs at its disposal, or behaviour tolerated by the government in such a way as to leave the victims virtually unprotected by the agencies of the State*».

⁸⁹ GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 131.

⁹⁰ Nota LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 160, che lo stesso ambito applicativo della nozione di rifugiato appare «un po' troppo angusto alla luce dell'evoluzione che, nei circa sessant'anni dall'adozione della Convenzione, ha contraddistinto l'ordinamento giuridico internazionale per quanto riguarda la materia dei diritti umani».

⁹¹ Come ha argomentato PRICE, *Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People*, cit. p. 415, «*limiting asylum to the persecuted draws a morally arbitrary distinction among people who are similarly situated with respect to their need for protection from violence*». Sarebbero pertanto da convalidare quelle attestazioni giurisprudenziali che hanno accolto anche individui in fuga da conflitti etnici o vittime di mutilazioni genitali, cfr. rispettivamente Federal

2.3.2.b. Il principio di *non-refoulement* come fondamento di un presunto diritto fondamentale all'asilo.

Come osservato, la Convenzione di Ginevra, pur strutturando un sistema di protezione dei rifugiati, non accorda espressamente nemmeno a tale categoria di individui un diritto di asilo, in ossequio alla piena sovranità dello Stato di decidere circa l'ammissione e l'attribuzione di protezione allo straniero. Un'interpretazione sistematica della Convenzione conduce, infatti, a ritenere che il suo scopo consiste nella regolamentazione del trattamento che lo Stato deve garantire successivamente alla decisione di accoglienza nel proprio territorio⁹². Eppure, se si assume, dalla lettura congiunta degli artt. 1 e 33 della Convenzione, che il concetto di persecuzione è speculare a quello di protezione dei diritti fondamentali, da quest'ultima norma è possibile ricostruire un diritto di asilo, ancorché limitato e di natura provvisoria, quale corollario del principio di *non-refoulement*, che riconoscerebbe in capo al richiedente asilo un diritto a non essere allontanato verso Paesi, in cui sussista un fondato timore di subire persecuzione, tortura o trattamenti inumani e degradanti⁹³.

Considerato come la «*clé de voûte qui réunit le droit d'asile et le statut de réfugié*», capace di suffragare la ricostruzione di un verosimile diritto all'asilo provvisorio, oltre una semplice protezione umanitaria⁹⁴, il principio di *non-*

Court of Appeal, *Veha Salibian v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), 24 Maggio 1990, 3 F.C. 250, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7100.html>>; High Court (England and Wales), *R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, Ex parte Syeda K-Hatoon Shah*, 11 Novembre 1996, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b61e20.html>>. Si veda anche ANKER, *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15 (2002), pp. 133 – 154.

⁹² Sul punto si veda PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 19.

⁹³ Sancisce l'art. 33 della Convenzione di Ginevra che:

“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 judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country”.*

L'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 52, definisce il *refoulement*, «*the return by a State, in any manner whatsoever, of an individual to the territory of another State in which his/her life or liberty would be threatened, or s/he may be persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion; or would run the risk of torture*», specificando che «*refoulement includes any action having the effect of returning the individual to a State, including expulsion, deportation, extradition, rejection at the frontier (border), extraterritorial interception and physical return*». Per un'analisi dei lavori preparatori relativi all'elaborazione dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, cfr. WEISS (ed.), *The Refugee Convention, 1951, the Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, cit., p. 325 ss.

⁹⁴ CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 77. Il principio di *non-refoulement* costituisce, come ha affermato lo stesso UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-*

refoulement costituisce uno dei fattori su cui si è concentrata la dottrina non solo per tentare di ricavare l'esistenza di un diritto umano all'asilo, ma anche per potenziare, in generale, la protezione dei diritti fondamentali d'innomerevoli profughi e richiedenti asilo, in quanto tale principio trascende la stessa portata convenzionale del sistema di Ginevra⁹⁵. In realtà, a livello normativo non esiste una definizione

Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 Gennaio 2007, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/45f17a1a4.html>>, par. 5, «*the cornerstone of international refugee protection*». Osserva in proposito LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 335 ss., che «il principio del *non-refoulement* costituisce il nucleo essenziale del diritto di asilo», configurandosi allo stesso tempo, come afferma CREPÉAU, *Droit d'asile : de l'hospitalité au contrôles migratoires*, Bruxelles, 1995, p. 166., come «*pierre angulaire du droit des réfugiés*». Sulla rilevanza del divieto di respingimento, alla luce dei principali strumenti normativi internazionali, si veda WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement: a Legal Analysis on the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the Convention Against Torture*, Portland, 2009. Cfr. anche GOODWIN-GILL, *Non-refoulement and the New Asylum Seekers*, in LAMBERT (ed.), *op. cit.*, già pubblicato in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1986), n. 4, pp. 897-915; SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4 (2010), n. 3, pp. 487-516; MARCHESI, *Attraverso il Mediterraneo. Diritto di asilo, diritti umani e non refoulement*, in SADUN BORDONI (a cura di), *Diritti dell'uomo e dialogo interculturale nel Mediterraneo*, Napoli, 2009, pp. 51-66; STOYANOVA, *The principle of non-refoulement and the right of asylum-seekers to enter state territory*, in *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 3 (2008-2009), n. 1, pp. 1-11; DEL GUERCIO, *Il principio del non-refoulement tra dottrina dei diritti umani e sistema internazionale di protezione dei rifugiati*, in CIMMINO, RAMPAZZO (a cura di), *Diritti umani nell'era della globalizzazione e dei conflitti: Seminari del Centro Studi sui Diritti Umani, 2005-2006*, Napoli, 2008, pp. 19-38; DUFFY, *Expulsion to Face Torture?: Non-Refoulement in International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20 (2008), n. 3, pp. 373-390; MAALAT, *A Return to the Principle of "Non-refoulement": Re-examining and Reconciling the Principle and its Exceptions*, in *Ateneo Law Journal*, vol. 51 (2007), n. 4, pp. 1120-1159; PIJOLA, *Shadows in Paradise –Exploring Non-Refoulement as an Open Concept*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 19 (2007), n. 4, pp. 639-660; GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 201 ss., in cui si ribadisce che tale principio «*prescribes, broadly, that no refugee should be returned to any country where he or she is likely to face persecution, other ill-treatment, or torture*»; BOUBAKRI, رَدِّ عَدَمِ مَبْدَأُ (اللاجئين) *Le principe de non refoulement des réfugiés*, in *Études Internationales*, vol. 101 (2006), n. 4, pp. 101-112; CHAN, *The Protection of Refugees and Internally Displaced Persons: Non-Refoulement under Customary International Law?*, in *International Journal of Human Rights*, vol. 10 (2006), n. 3, pp. 231-239; MESSINEO, *Refoulement verso il Nord Africa e diritti dei migranti*, in VASSALLO PALEOLOGO, CUTITTA (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli, 2006, pp. 83-108; SCHABAS, *Non-refoulement*, in *Expert Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counterterrorism*, Final Report, ODIHR.GAL/14/07, Triesenberg Liechtenstein, 2007, reperibile in: <http://www.osce.org/documents/odihhr/2007/02/23424_en.pdf>; HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, cit., p. 286 ss.; NAN LI, *States' Practice of Non-refoulement and Suggestions on Avoiding the Derogation*, in *US-China Law Review*, vol. 2 (2005), n. 12, pp. 63-65; ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13 (2001), pp. 533-554; LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 89 ss.; HAILBRONNER, *Non-refoulement and Humanitarian Refuges; Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1986), n. 4, p. 873 ss.

⁹⁵ In questo senso si veda l'emblematica definizione elaborata dall'UNHCR, *Master Glossary of Terms*, cit., p. 15, secondo cui si tratterebbe di «*A core principle of international refugee law that prohibits States from returning refugees in any manner whatsoever to countries or territories in which their lives or freedom may be threatened. The principle of non-refoulement is a part of*

esaustiva della portata di tale principio, nonostante, dal punto di vista dell'efficacia giuridica, gli Stati siano vincolati a rispettare tale norma, addirittura per la sua presunta natura imperativa⁹⁶.

L'idea che uno Stato non dovrebbe respingere in determinate circostanze i richiedenti asilo verso altri Stati maturò sul piano normativo già in seno agli accordi di tutela dei rifugiati preesistenti alla Convenzione di Ginevra del 1951⁹⁷. Il principio, pertanto, nasce come istituto di carattere convenzionale, affermandosi come la prima enucleazione di un diritto di asilo, riconosciuto «entro certi limiti ed in presenza di determinati presupposti⁹⁸» ai soggetti che possiedono i requisiti per ottenere le garanzie previste da strumenti convenzionali ad hoc. Si tratta di una norma, che progressivamente si è sedimentata talvolta anche implicitamente nel sistema di protezione internazionale dei diritti umani. Allo stesso principio del non respingimento, infatti, inteso quasi come la naturale estensione giuridica del diritto di ogni individuo di 'emigrare', di lasciare qualsiasi Paese, incluso quello di origine⁹⁹, è possibile rapportare, i principali strumenti in materia di diritti dell'uomo. In questo senso deporrebbe la posizione del Comitato dei diritti umani, che riconosce nel diritto di non subire tortura o trattamenti inumani e degradanti, accolto dall'art. 7 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, un implicito divieto di respingimento¹⁰⁰. Un diretto e «*powerfully expressed*¹⁰¹» riferimento è

customary international law and is therefore binding on all States, whether or not they are parties to the 1951 Convention».

⁹⁶ In proposito, PIRJOLA, *Shadows in Paradise – Exploring Non-Refoulement as an Open Concept*, cit., p. 639 ss., sottolinea il paradosso che caratterizzerebbe il principio di non-refoulement, inteso come «*an open and ambiguous concept*».

⁹⁷ Si veda GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 202 ss., il quale, nota, infatti, che solo nel primo dopoguerra «*did international practice begin to accept the notion of non-return*». Sebbene non citato espressamente dal testo, il primo riferimento al principio del *non-refoulement* al livello normativo era contenuto nell'art. 3 della citata *Convenzione relativa allo status dei Rifugiati* del 1933, il quale disponeva:

“Each of the Contracting Parties undertakes not to remove 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”.

Apparentemente, come nota LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 338 -339, la norma sottesa all'art. 33 della Convenzione del 1951 potrebbe avere una portata più limitata rispetto al citato art. 3 della Convenzione del 1933, in quanto quest'ultima disposizione qualificava il principio del *non-refoulement* anche con la “*non-admittance at the frontier*”, tuttavia, tale estensione era «in gran parte vanificata» dalla circostanza che l'obbligo di *non-refoulement* doveva essere rispettato solo nei confronti di quegli individui “*authorised to reside there regularly*”. La soluzione adottata durante i negoziati per l'elaborazione della Convenzione di Ginevra assume la natura del compromesso politico, che comunque, nei termini più generali dell'art. 33, estende implicitamente la portata dell'obbligo di *non-refoulement* a tutti i soggetti il cui respingimento potrebbe determinare un grave pregiudizio alla vita e all'integrità fisica della persona.

⁹⁸ Cfr. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 338.

⁹⁹ In questo senso cfr. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 77

¹⁰⁰ Cfr. Human Rights Committee, General Comment n. 31, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, adottato il 29 Marzo 2004, UN Doc.

accolto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, che all'art. 3 dispone il divieto per ogni Stato parte di 'refouler' o estradare una persona, se sussistono fondati rischi che possa essere soggetta a tortura¹⁰². Da questo punto di vista, bisogna osservare, come attesta la prassi dello stesso Comitato contro la tortura¹⁰³, che la disciplina contenuta in codesto strumento giuridico risulta di più ampia portata e maggiormente connessa alla protezione di quei diritti di natura cogente, poiché, a differenza delle ipotesi di persecuzione, previste dalla Convenzione di Ginevra del 1951, la Convenzione del 1984 contro la tortura non richiede che tale condotta sia perpetrata sulla base di uno dei cinque fattori, quali razza, nazionalità, religione, appartenenza sociale, opinione politica, previsti dalla Convenzione di Ginevra¹⁰⁴.

Analoghe previsioni sono contenute anche nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, ritenuto oramai corrispondente al diritto consuetudinario¹⁰⁵, in

CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 Maggio 2004, in:
<www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/58f5d4646e861359c1256ff600533f5f?Opendocument>, par. 12, in cui si afferma che "the article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed".

¹⁰¹ GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 208.

¹⁰² Cfr. *UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, cit., il cui art. 3 stabilisce che:

"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.

2. 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".

¹⁰³ Come nota LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 362, il Comitato contro la tortura ha elaborato una cospicua prassi, basata sull'assunto che il diniego del beneficio dell'asilo e la conseguente espulsione verso Paesi in cui siano evidenti i rischi di essere sottoposti a tortura, determina una violazione dell'art. 3 della Convenzione, cfr. *Orhan Ayas v. Sweden*, Comunicazione n. 97/1997, 12 Novembre 1998; *Thair Hussain Khan v. Canada*, Comunicazione n. 15/1994, 15 Novembre 1994, *Ismail Alan v. Switzerland*, Comunicazione n. 21/1995, 8 Maggio 1996, *X v. The Netherlands*, Comunicazione n. 36/1995, 8 Maggio 1996, *Aemei v. Switzerland*, Comunicazione n. 34/1995, 26 Ottobre 1995. Sulla citata prassi cfr. tra gli altri DUFFY, *Expulsion to Face Torture?: Non-Refoulement in International Law*, cit., p. 382 ss.

¹⁰⁴ Per una esaustiva analisi della portata del divieto di respingimento nella Convenzione contro la tortura si rinvia in particolare a WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, cit., p. 302 ss.; FRESHWATER, *The Obligation of Non-Refoulement under the Convention Against Torture: when has a Foreign Government acquiesced in the Torture of its Citizens?*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19 (2005), n. 4, pp. 585-608, in cui è evidenziata la portata più estesa della norma che legittimerebbe il riconoscimento dello status di rifugiato, in quanto «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 reason the torture would be inflicted».

¹⁰⁵ L'art. 7 del Patto sui diritti civili e politici dispone che "no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment...". A proposito di tale disposizione il Comitato per i diritti umani, General Comment n. 20 (44), *Replaces general comment 7 concerning*

settori specialistici del diritto internazionale, come il diritto umanitario, e in particolare nella *IV Convenzione di Ginevra relativa alla protezione della popolazione civile in tempi di guerra*¹⁰⁶, nei principali accordi regionali, che affrontano la problematica dei rifugiati e dei richiedenti asilo, assumendo come paradigma essenziale la Convenzione di Ginevra del 1951¹⁰⁷, e in una serie cospicua di dichiarazioni e risoluzioni di carattere non vincolante, che dalla *Dichiarazione sull'asilo territoriale* del 1967, alla più recente *Dichiarazione degli Stati parti della Convenzione di Ginevra del 1951 e del relativo Protocollo del 1967*, ha ribadito il ruolo fondamentale del principio di *non-refoulement*¹⁰⁸. Si comprende, dunque, come il principio di *non-refoulement* assuma un valore integrativo di tutti quei

prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7), adottato il 10 Marzo 1992, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.3, disponibile in: <[www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument)>, par. 9, ha notato che “*States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel or inhuman or degrading treatment or punishment on return to another country by way of their extradition, expulsion, or refoulement*”. Tale posizione è stata ribadita in alcuni rilevanti ricorsi individuali, dai quali si può anche evincere l’operatività del principio di *non-refoulement*, anche qualora la presenza dello straniero nel territorio di uno Stato sia illegittima, cfr. *G.T. v. Australia*, Comunicazione n. 706/1996, 4 Dicembre 1997, UN Doc. CCPR/C/61/D/706/1996, disponibile in: <[www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/16cadcf75412ec38802566da003df5d1?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/16cadcf75412ec38802566da003df5d1?Opendocument)>; *A.R.J. v. Australia*, Comunicazione n. 692/1996, 28 Luglio 1997, UN Doc. CCPR/C/60/D/692/1996, in: <www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/0d43d458173115688025671b005d7147?Opendocument>.

¹⁰⁶ Cfr. *Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva, 12 Agosto 1949, in vigore dal 21 Ottobre 1950, in 75 UN *Treaty Series*, n. 973, vol. 75, p. 287, la quale, all’art. 45, stabilisce perentoriamente che: “*in no circumstances shall a protected person be transferred to a country where he or she may have reason to fear persecution for his or her political opinions or religious beliefs*”.

¹⁰⁷ Sul piano regionale cfr. ad esempio la Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa (*Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*), adottata il 10 Settembre 1969 ad Addis Abeba (Etiopia) ed in vigore dal Giugno 1974, in UN *Treaty Series*, n. 14, vol. 691 disponibile in: <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Refugee_Convention.pdf>, il cui art. II par 3, afferma:

“*No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article I, paragraphs 1 and 2*”.

Si veda anche la Convenzione americana per i diritti umani, cit., *supra* nt. 7, il cui art. 22 par. 8 prevede che:

“*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*”.

¹⁰⁸ La *Dichiarazione sull'Asilo Territoriale*, cit., all’art. 3 par. 1 prevedeva che:

“*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*”.

Cfr. anche UNHCR, *Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 16 Gennaio 2002, UN Doc. HCR/MMSP/2001/09, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d60f557.html>>, par. 4, in cui si richiama espressamente il principio di *non-refoulement*, “*whose applicability is embedded in customary international law*”. Sul punto si veda estensivamente l’analisi di GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 211 ss.

regimi internazionali in cui è sancito il divieto di tortura o altri trattamenti inumani e degradanti.

Per quanto attiene alla natura giuridica, è ormai pacifico ritenere che il divieto di respingimento sia stato acquisito dal diritto internazionale consuetudinario¹⁰⁹. Per l'insistenza con cui è stato reiterato dagli strumenti convenzionali, richiamato dalla giurisprudenza interna e ribadito dalla stessa prassi degli Stati, al principio di *non-refoulement* si può riconoscere, infatti, “*a fundamentally norm-creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law*”¹¹⁰. Gli elementi che attestano la natura consuetudinaria del principio non sono imputabili unicamente alla forza vincolante che promana in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale, in quanto speculare al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Rilevano anche l'assenza di limiti geografici, per cui esso opererebbe anche prima dell'arrivo dei richiedenti asilo alla frontiera di uno Stato, come si deduce da due importanti casi giurisprudenziali relativi rispettivamente all'*Affaire Sale*¹¹¹ e al caso *Prague Airport*¹¹², e la mancanza di limiti *ratione personae*, poiché il principio di *non-refoulement* opera nei confronti di tutti coloro che nel proprio Paese rischiano la vita, come evidenziato nel recente caso *Al-Sakhri*¹¹³, e le eccezioni contemplate dallo stesso art. 33 della Convenzione

¹⁰⁹ Cfr. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement*, cit., p. 502.

¹¹⁰ Corte Internazionale di Giustizia (CIG), *North Sea Continental Shelf cases*, *Federal Republic of Germany v. Netherlands*; *Federal Republic of Germany v. Denmark*, sent. del 20 Febbraio 1969, in: <www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cs2&case=52&k=cc>, par. 72.

¹¹¹ Cfr. United States Supreme Court, *Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service et al. v. Haitian Centres Council et al.*, 12 Gennaio 1993, 113 US S. Ct 2549. La Corte era stata criticata per la sua decisione, secondo la quale, ribaltando la sentenza della Corte d'Appello dell'anno precedente, cfr. Corte d'Appello, (2nd circuit), *Haitian Centres Council, Inc. v. McNary*, 969 F.2d 1350, p. 1362, non costituirebbe una violazione del principio di *non-refoulement* il respingimento operato in mare prima dell'arrivo alla frontiera, e pertanto, non poteva considerarsi contrario all'obbligo sotteso all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 il respingimento operato dalle autorità statunitensi di innumerevoli profughi haitiani. Per una ricostruzione critica della vicenda si rinvia in particolare a LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 344 ss.; CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 106 ss.

¹¹² United Kingdom House of Lords, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and Others*, 9 Dicembre 2004, UKHL 55. La vicenda, per la cui analisi si rinvia più specificamente tra gli altri a CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 115 ss., riguarda il respingimento di sei cittadini di nazionalità ceca, bloccati all'imbarco di un volo in partenza da Praga verso Londra da agenti britannici che, a seguito di un accordo pregresso con la Repubblica ceca, svolgevano dei controlli all'aeroporto di Praga. Come nell'*Affaire Sale*, la Corte non ha ritenuto violato il divieto di *refoulement*, perché in questo caso lo Stato di origine non ancora era stato lasciato, aggirando, tuttavia, il principio di buona fede che informa ogni trattato, come la Convenzione di Ginevra e la portata consuetudinaria del principio di *non-refoulement*.

¹¹³ Sui rilievi del caso, riguardante il rimpatrio in Siria da parte delle autorità italiane della famiglia di *Muhammad Sa'id al-Sakhri*, avvenuto il 28 Novembre 2002, nonostante, pur non avendo inoltrato richiesta di asilo in Italia, sussistesse il fondato rischio che, in quanto oppositore politico, la famiglia del ricorrente poteva essere sottoposta nel Paese di origine a maltrattamenti o pratiche di tortura, si veda dettagliatamente M. SPATTI, *Prime riflessioni sul diritto d'asilo in Italia alla luce del*

di Ginevra devono essere interpretate restrittivamente ed applicate solo in casi eccezionali e per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale¹¹⁴.

Più complessa e per nulla pacifica in dottrina è, invece, la questione riguardante l'attribuzione di un carattere cogente al principio del *non-refoulement*¹¹⁵.

respingimento della famiglia Al-Sakhri, in *La Comunità internazionale*, vol. 59 (2004), n. 1, pp. 119 - 129.

¹¹⁴ Sul punto si veda estensivamente LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement*, cit., p. 149 ss., in cui si evidenzia che nella sua essenza il principio del *non-refoulement* applicato al sistema internazionale di protezione dei rifugiati può essere sintetizzato nei seguenti termini: «(a) No person shall be rejected, returned, or expelled in any manner whatever where this would compel him or her to remain in or return to a territory where substantial grounds can be shown for believing that he or she would face a real risk of being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. This principle allows of no limitation or exception. (b) In circumstances which do not come within the scope of paragraph 1, no person seeking asylum may be rejected, returned, or expelled in any manner whatever where this would compel him or her to remain in or to return to a territory where he or she may face a threat of persecution or a threat to life, physical integrity, or liberty. Save as provided in paragraph 3, this principle allows of no limitation or exception. (c) Overriding reasons of national security or public safety will permit a State to derogate from the principle expressed in paragraph 2 in circumstances in which the threat of persecution does not equate to and would not be regarded as being on a par with a danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and would not come within the scope of other non-derogable customary principles of human rights. The application of these exceptions is conditional on the strict compliance with principles of due process of law and the requirement that all reasonable steps must first be taken to secure the admission of the individual concerned to a safe third country». Radicalmente contraria è la recente tesi di HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, in *Texas International Law Journal*, vol. 45 (2010), p. 503 ss., il quale sostiene che «there is no customary international legal obligation enjoining states not bound by relevant conventions to honor the duty of non-refoulement in relation to refugees and others facing the prospect of serious harm».

¹¹⁵ Sulla definizione di *ius cogens*, cfr. *Convenzione sul Diritto dei Trattati*, adottata a Vienna il 23 Maggio 1969, il cui art. 53 definisce imperativa e dunque a carattere cogente «una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo complesso come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da un'altra norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere». In tale categoria di norme internazionali ormai è pacifica l'inclusione di alcuni diritti fondamentali inderogabili, quali il diritto alla vita, il diritto a non subire trattamenti disumani o degradanti, il diritto a non essere soggetto a regime di schiavitù, il diritto ad un processo equo. Particolarmente significativa è la definizione di *ius cogens* elaborata da ROZAKIS, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, 1976, p. 2, il quale afferma che «there are general rules of law which exclude the conclusion of particular contractual arrangements conflicting with them by actually prohibiting derogation from their content and by threatening with invalidity any attempt of violation of that prohibition. These rules are usually called jus cogens». Sulla presunta natura imperativa del principio di non-refoulement, cfr. FARMER, *Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23 (2008), n. 1, pp. 1- 38; BRUIN, WOUTERS, *Terrorism and the non-derogability of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 15 (2003), n. 1, pp. 5-24; ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, cit., p. 538 ss., il quale considera «of critical importance» considerare il divieto di respingimento come una norma di *ius cogens*, soprattutto a seguito delle più recenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, che hanno affermato il diritto dell'individuo di cercare asilo e di non essere respinto in contesti che possano pregiudicare la propria vita e l'integrità fisica. *Contra*, si veda l'analisi di DUFFY, *Expulsion to Face Torture?: Non-Refoulement in International Law*, cit., p. 389, il quale enfatizza che «this principle was elevated to a preemptory place would suggest that no exceptions would be considered under any circumstance»; SCHABAS, *op. cit.*, p. 4 ss. Per una ricostruzione evolutiva della dottrina circa la natura cogente del divieto di respingimento si veda CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, p. 123 ss., per il quale, comunque, «il paraît préférable de

Sebbene richiamata sul piano normativo ma con un approccio di tipo 'deontologico' unicamente dalla *Dichiarazione di Cartagena* del 1984¹¹⁶, la natura imperativa del divieto di respingimento è costantemente ribadita dal 1982 nelle Conclusioni annuali del Comitato Esecutivo dell'UNHCR, il quale nel 1996, nella misura in cui ha riconosciuto che tale principio "*is not subject to derogation*", avrebbe assegnato al *non-refoulement* il carattere di norma imperativa di diritto internazionale¹¹⁷. Tale orientamento è tuttavia contestato da una parte della dottrina che ripudia anzitutto le autorevoli conclusioni del Comitato Esecutivo dell'UNHCR, per il fatto che esse non hanno comunque prodotto esiti normativi tali da assegnare un evidente carattere cogente al principio di *non-refoulement*¹¹⁸. D'altra parte si è ritenuto che sarebbe la stessa formula dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, che, disciplinando le varie ipotesi eccezionali del principio in esame, ne avrebbe impedito il consolidamento come norma di natura inderogabile¹¹⁹.

In realtà, si è osservato come il principio di *non-refoulement* trascenda il regime convenzionale sotteso alla Convenzione di Ginevra del 1951, collocandosi nel contesto della più ampia produzione normativa sulla tutela dei diritti umani, circostanza che attribuisce allo stesso principio una valenza più estesa e connaturata a quei valori che ne determinano la portata sostanziale. Se è vero, infatti, che in determinate circostanze l'operatività del divieto di respingimento è escluso, non si

reconnaître le principe de non-refoulement selon le texte de l'article 33 de la Convention de Genève, plutôt que de lui attribuer l'éclat factice d'une coutume que rien ne permet d'établir».

¹¹⁶ Cfr. *Cartagena Declaration on Refugees*, adottata al *Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios*, 19- 22 Novembre 1984, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, Rev.1, 1984-1985, p.190, par. III.5, in cui si riconosce "*the principle of non-refoulement...as a corner-stone of the International protection of refugees*", e che "*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*". In proposito, si è notato in dottrina, cfr. per tutti FITZPATRICK, *Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalised Regime*, in *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 279 ss., che tale natura imperativa del principio scaturisse da una prassi consolidata di tipo regionale, circoscritta all'America Latina, supportata da un consenso generalizzato da parte degli Stati.

¹¹⁷ UNHCR, Executive Committee, Conclusion n. 79, *General Conclusion on International Protection*, 11 Ottobre 1996, UN Doc. 12A (A/51/12/Add.1), disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c430.html>>. Già nel 1982, l'UNHCR, Executive Committee, Conclusion n. 25, *General Conclusion on International Protection*, 20 Ottobre 1982, UN Doc. A/AC.96/61, par. 70, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/3ae68c434c.html>>, constatava che il principio di *non-refoulement* stava progressivamente assumendo «*the character of a peremptory rule of international law*». Sul punto si veda ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, cit., p. 539 ss., il quale osserva che tali conclusioni rifletterebbero il consenso degli Stati.

¹¹⁸ SCHABAS, *op. cit.*, p. 4, ha affermato in proposito che "*the arguments that non-refoulement is a jus cogens norm are not particularly convincing*".

¹¹⁹ Alla luce dei lavori preparatori, WEISS (ed.), *The Refugee Convention, 1951, the Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, cit., 342, ha tuttavia commentato la posizione del delegato inglese, in base alla quale «*whether the danger entailed to the refugee by expulsion or return outweighs the menace to public security that would arise if he were permitted to stay*», l'obbligo di *non-refoulement* sussisterebbe concretamente solo quando il rischio a cui sarebbe esposto il richiedente asilo sovrasti la minaccia alla sicurezza pubblica. Sul punto si veda inoltre DUFFY, *Expulsion to Face Torture?: Non-Refoulement in International Law*, cit., p. 388 ss.

può negare, come più volte osservato, che nell'attuale fase di evoluzione della comunità internazionale, i valori, la cui tutela s'impone come necessaria, attengono a quei diritti connessi alla protezione della persona umana che hanno assunto natura cogente, a cui è possibile ascrivere il diritto alla vita e a non essere sottoposto a tortura o trattamento inumano e degradante, i quali connotano l'essenza stessa del principio di *non-refoulement*. Tale tesi è confermata dal limitato rilievo pratico delle eccezioni, di cui all'art. 33 par. 2 della Convenzione di Ginevra, che in alcuni casi possono considerarsi oramai superate, come evidenziato dalla norma che, all'art. 22 par. 8, disciplina il divieto di respingimento nel sistema della *Convenzione Americana per i Diritti Umani*, secondo cui in nessun caso uno straniero può essere espulso o rimandato in un altro Paese¹²⁰.

Se ogni divieto è preposto alla salvaguardia di un diritto inderogabile, si comprende come il diritto a non essere sottoposto a tortura sia speculare al divieto di respingimento, che non può, pertanto, essere privato del carattere di inderogabilità che caratterizza il diritto a cui si riferisce¹²¹. Questa stessa prospettiva d'analisi contribuisce a definire il principio del *non-refoulement* come un diritto di asilo 'in negativo'¹²², fondato non tanto su un'espressa attribuzione in capo all'individuo, ma di natura integrativa e complementare all'obbligo di non violare il divieto di tortura e trattamenti disumani. In ossequio al divieto di respingimento si dovrà consentire l'accesso al territorio al richiedente asilo, al quale sarà indirettamente riconosciuto un diritto di asilo provvisorio, funzionale all'esame della sua richiesta di protezione per l'accertamento delle condizioni concernenti la concessione dello status di rifugiato¹²³. Tale "effetto utile", prodotto dalla combinazione del principio consuetudinario del *non-refoulement* e l'accesso alla procedura per il riconoscimento dello status di rifugiati che la Convenzione di Ginevra assegna ai singoli Stati

¹²⁰ *Supra* nt. 7.

¹²¹ In questo senso si veda anche LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 388- 389, il quale ravvisa che «il carattere cogente del divieto di *refoulement* non ha una connotazione "intrinseca", ma sussiste bensì quale "proiezione" della natura imperativa delle norme la cui violazione intende essere prevenuta tramite il rispetto di tale divieto, in quanto costituisce una condizione imprescindibile affinché tale violazione non abbia effettivamente luogo».

¹²² Avvalendosi di una pronuncia resa dalla Federal Court of Australia, *Applicant M38/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, 13 Giugno 2003, [2003] FCAFC 131, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/403b18d35.html>>, nota comunque HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, cit., p. 301, che «as an obligation "couched in negative terms"», il principio di *non-refoulement* «constraints, but does not fundamentally challenge, the usual prerogative of States to regulate the entry into the territory of non-citizens». Si veda inoltre PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 23, anche per quanto riguarda le lacune imputabili prevalentemente all'assenza di un meccanismo di controllo nel sistema di Ginevra di protezione dei rifugiati con riferimento ad un'adeguata applicazione del divieto di respingimento.

¹²³ Afferma in proposito HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., p. 507, «the claim is that at least this one critical refugee right inheres in all persons who are in fact refugees or who face another serious human rights risk, regardless of treaty accession».

costituisce, pertanto, il profilo sostanziale di un diritto di asilo ancora in uno stadio larvale¹²⁴.

2.3.2. *Il diritto di asilo e l'esigenza di attualizzazione del sistema internazionale di protezione dei rifugiati.*

Come osservato, al di là dell'assunto che può discendere dall'interpretazione del principio di *non-refoulement* circa il riconoscimento in capo all'individuo di un diritto all'asilo provvisorio, definito 'in negativo', il sistema internazionale di tutela dei rifugiati appare prevalentemente ancorato alla concezione della sovranità territoriale, confermando l'impressione che «*refugee law remains the unwanted child of States*¹²⁵». In questo senso, non si possono trascurare quelle autorevoli opinioni di dottrina che definiscono "attractive" le tesi progressiste volte a ricavare a tutti i costi un diritto umano all'asilo, nonostante la crisi della codificazione di tale materia, senza considerare la possibilità che la stessa previsione possa scaturire da un potenziamento del sistema esistente¹²⁶.

Si comprende pertanto, come, la ricostruzione di un eventuale diritto umano a beneficiare dell'asilo non può essere forzatamente ricavato da un sistema convenzionale risalente, senza il rischio di prefigurare un diritto imperfetto. Sarebbe più opportuno, alla luce di un'interpretazione evolutiva della Convenzione di Ginevra del 1951, la quale, ad esclusione degli espliciti richiami contenuti nel preambolo, appare piuttosto 'avara' di riferimenti testuali ai diritti umani fondamentali¹²⁷, operare un'attualizzazione dello stesso regime di tutela dei rifugiati,

¹²⁴ In proposito CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 186 ss., precisa che «*le principe de non-refoulement connaît aujourd'hui des interprétations qui ne furent tantôt imaginées, tantôt pas acceptées par les rédacteurs de la Convention de Genève*». Lo stesso UNHCR, *Master Glossary of Terms*, cit., p. 4, definisce in generale l'asilo come «*the grant, by a State, of protection on its territory to persons from another State who are fleeing persecution or serious danger. Asylum encompasses a variety of elements, including non-refoulement, permission to remain on the territory of the asylum country, and humane standards of treatment*».

¹²⁵ BYRNE, SCHACKNOVE, *The Safe Country Notion in European Asylum Law*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 9 (1996), pp. 187.

¹²⁶ È questa l'opinione di HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, cit., p. 507, il quale afferma che «*the leveraged right to asylum is attractive because it allows scholars simply to ordain law, rather than having to work to create a renewed protection architecture that convinces states that existing duties can be reconciled to national self-interest*», tale tesi riflette la preoccupazione che una erronea o inappropriata interpretazione del regime esistente di tutela dei rifugiati potrebbe inficiare le stesse garanzie per i diritti umani.

¹²⁷ Con riferimento all'asilo, comunque, si sottolinea come nello stesso Preambolo tale istituto viene citato non tanto come strumento di garanzia dei diritti fondamentali del rifugiato, quanto invece come motivo di preoccupazione per gli Stati, poiché «*the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries, and that a satisfactory solution of a problem of which the United Nations has recognized the international scope and nature cannot therefore be achieved without international co-operation*». Sull'interpretazione evolutiva della Convenzione di Ginevra del 1951 si rinvia per tutti a LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., pp. 319 ss., il quale, d'altra parte, osserva che «la materia dei diritti umani permea l'intera architettura della Convenzione di Ginevra, soprattutto se

che deve essere integrato anzitutto con la prassi dell'UNHCR. L'Alto Commissariato per i Rifugiati, infatti, constatando la crisi della codificazione del diritto di asilo dopo i tentativi degli anni settanta, ha cercato attraverso il proprio mandato di raccomandare agli Stati l'adozione di politiche più liberali nella concessione dell'asilo, ed ha contribuito ad ampliare progressivamente le categorie di soggetti bisognosi di protezione internazionale¹²⁸.

Infine, se si accetta un'evoluzione del concetto di persecuzione svincolata dalla connotazione prettamente individuale, si potrebbe ricostruire anche un diritto di asilo di natura collettiva da riconoscere a profughi e "displaced persons" che, sfuggendo a situazioni di pericolo oggettivo, quali, guerre, carestie, catastrofi ambientali, generano esodi di massa, la cui regolamentazione sfugge alle istanze di tutela, previste dall'ordinamento internazionale. Indubbiamente tale prospettiva di analisi costituirebbe l'ipotesi di sviluppo più progressista dell'attuale sistema di protezione internazionale dei rifugiati e dello stesso istituto umanitario dell'asilo.

2.3.2.a. Il diritto di asilo nella prassi dell'UNHCR.

Alle lacune della Convenzione di Ginevra del 1951, e più in generale dell'apparato normativo dell'ONU, ha rimediato, l'attività dell'UNHCR, il cui mandato ha progressivamente recuperato la portata estensiva della nozione di 'richiedente asilo', oltrepassando i limiti che contraddistinguono la tradizionale nozione di rifugiato, accolta dall'art. 1 A (2) della Convenzione di Ginevra¹²⁹, e in sintonia con il più ampio sistema di protezione dei diritti umani¹³⁰.

interpretata – in modo evolutivo – alla luce dei criteri ermeneutici codificati dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati».

¹²⁸ Si veda MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 543 ss.

¹²⁹ L'art. 35 della Convenzione di Ginevra del 1951 stabilisce un principio di cooperazione tra le autorità nazionali e l'UNHCR per lo sviluppo sul piano della prassi della protezione prevista, prevedendo che:

"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".

In relazione alla portata di tale norma afferma KÄLIN, *Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and beyond*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 615, che «*the term 'supervision' as such covers many different activities which range from the protection work UNHCR is carrying out on a daily basis in its field activities on the one hand to the public scrutiny of State practice and the supervision of violations by expert bodies or political organs on the other hand*».

¹³⁰ Le crisi umanitarie che costellano la comunità internazionale hanno determinato una protezione deficitaria per i richiedenti asilo, circostanza resa ancora più evidente dall'assenza, come

L'interesse dell'UNHCR per i diritti umani è rapportabile agli anni novanta e scaturisce dalla consapevolezza che il diritto internazionale dei rifugiati deve progressivamente confrontarsi con le nuove esigenze di protezione che le costanti violazioni dei diritti umani provocano, al punto da rendere evidente la percezione di un diritto di asilo di natura soggettiva¹³¹. Attraverso l'esercizio del proprio mandato, l'UNHCR sarebbe riuscito a conciliare l'originaria parziale estraneità della Convenzione di Ginevra alla tutela dei diritti umani col più ampio senso di protezione degli individui sul piano internazionale¹³². Non si può trascurare, infatti, che tale mandato assume come base giuridica l'art. 3 dello Statuto, dal quale si evince l'obiettivo dell'Alto Commissariato di seguire le direttive dell'Assemblea generale o del Consiglio economico e sociale, che hanno svolto un importante ruolo propulsivo in materia di diritti umani, sebbene attraverso atti prevalentemente di *soft law*¹³³.

precedentemente osservato, di una definizione istituzionale ed operativa di 'richiedente asilo' *lato sensu*, a prescindere dalle caratteristiche che stanno alla base del riconoscimento dello status di rifugiato. In questo senso autorevoli opinioni di dottrina hanno criticato il sistema di protezione dei rifugiati, ritenendolo un "regime incompleto di protezione", per tutti si veda GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 229 ss. Sul contributo dell'UNHCR all'affermazione del diritto di asilo e all'ampliamento della nozione di rifugiato cfr. TÜRK, *The role of UNHCR in the development of International refugee law*, in NICHOLSON, TWOMEY (eds.), *op. cit.*, p. 153 ss.; GILBERT, *Rights, Legitimate Expectations, Needs and Responsibilities: UNHCR and the New World Order*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), n. 3 pp. 350-388; DURIEUX, *Le rôle du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 185 ss., il quale definisce dinamico e flessibile il mandato dell'UNHCR. Cfr. anche ARTINI, *La Convenzione di Ginevra del 1951 ed il suo ruolo nella attuale realtà dei flussi migratori*, in BENVENUTI (a cura di), *op. cit.*, p. 52 ss.; MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 537 ss.; OGATA, *The Evolution of UNHCR*, in *Journal of International Affairs*, vol. 47 (1994), n. 2, p. 419 ss.; GUEST, *The UN, the UNHCR and refugee protection: a non-specialist analysis*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 3 (1991), n. 3, p. 585 ss.; SINGH, *The role and record of the UN High Commissioner for Refugees*, Oxford, 1984; MAYNARD, *The legal competence of the UN High Commissioner for Refugees*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31 (1982), p. 415 ss.

¹³¹ Si veda LANG, *Asile, Refuge et Droit de l'Homme*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 83, il quale richiama lo stesso Rapporto dell'UNHCR del 1995 *Le réfugiés dans le monde – en quête des solutions*, Paris, 1995, p. 57 ss.

¹³² In contrapposizione alla tesi suffragata da JACKSON, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees: A Universal Basis for Protection*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 3 (1991), n. 3, p. 403, secondo cui la Convenzione di Ginevra si configurerebbe come un documento sui diritti dell'uomo, ha affermato HATHAWAY, *Reconsidering the Underlying Premise of Refugee Law*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 31 (1990), p. 129 ss., che «neither humanitarian nor human rights could account for refugee law as codified in the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees», poiché «a foundation in notions of human rights protection would dictate a form of refugee in which at least the most basic elements of human liberty and need would be protected». In questo senso si veda anche HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, cit., p. 32 ss.

¹³³ Stabilisce l'art. 3 dello Statuto dell'UNHCR, *supra* nt. 67, che "The High Commissioner shall follow policy directives given him by the General Assembly or the Economic and Social Council". Il contenuto di tale previsione è completato dalla disposizione, di cui al successivo art. 11, in cui si afferma che:

All'UHNCR sembrerebbe, dunque, attribuito il compito di interpretare in senso individuale il contenuto dell'art. 14 della Dichiarazione universale, richiamando gli Stati a tutelare i richiedenti asilo dal rischio di respingimenti. Da questo punto di vista, l'UNHCR, non solo rappresenta il modello più innovativo di organizzazione internazionale, capace di auto-innovarsi e adattarsi alle dinamiche della comunità internazionale, grazie anche ad una stretta collaborazione con i principali attori della società civile, come le organizzazioni non governative (ONG), ma contribuisce alla codificazione ed allo sviluppo progressivo del diritto internazionale, funzione che l'Assemblea generale non avrebbe circoscritto alla sola CDI¹³⁴. Secondo lo stesso art. 8 lett. a) dello Statuto, l'Alto Commissariato è deputato alla protezione dei rifugiati anche attraverso la promozione della conclusione e della ratifica di convenzioni internazionali in materia, monitorando la loro applicazione e suggerendo eventuali emendamenti. Ai sensi dell'art. 8 lett. b), inoltre, l'UNHCR avrebbe la competenza a promuovere, attraverso "special agreements" con i governi nazionali, l'esecuzione di misure dirette a migliorare la situazione dei rifugiati, fissando adeguati standard di trattamento, che, in virtù dell'estensione *ratione personae* del mandato, si applicherebbero anche ai richiedenti asilo¹³⁵.

La sensibilità dell'UNHCR allo sviluppo di un autonomo diritto umano all'asilo appare, infatti, evidente nell'evoluzione del suo mandato attraverso la funzione dei 'buoni uffici' e la conseguente estensione *ratione personae* del suo campo di operatività¹³⁶.

La procedura dei buoni uffici ha costituito uno strumento alquanto flessibile, che ha consentito di estendere la propria protezione internazionale anche ai soggetti che non rientrano nella tradizionale definizione di rifugiato. Tale procedura, formalizzata nella missione di protezione internazionale, stabilita con la risoluzione

The High Commissioner shall be entitled to present his views before the General Assembly, the Economic and Social Council and their subsidiary bodies.

The High Commissioner shall report annually to the General Assembly through the Economic and Social Council; his report shall be considered as a separate item on the agenda of the General Assembly".

¹³⁴ In questo senso si veda TÜRK, *The role of UNHCR in the development of International refugee law*, cit., p. 160, il quale afferma che «UNHCR, as a subsidiary organ of the General Assembly, has been entrusted with specific functions in this regard». Tale vocazione è espressamente individuata dall'art. 1 dello Statuto dell'UNHCR, in cui si afferma che l'Alto Commissariato "shall assume the function of providing international protection, under the auspices of the United Nations, to refugees who fall within the scope of the present Statute and of seeking permanent solutions for the problem of refugees by assisting Governments and, subject to the approval of the Governments concerned, private organizations to facilitate the voluntary repatriation of such refugees, or their assimilation within new national communities".

¹³⁵ In proposito TÜRK, *The role of UNHCR in the development of International refugee law*, cit., p. 160, parla di una specifica «standard-setting function in the area»,

¹³⁶ Sul punto si veda in particolare MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, cit., p. 553 ss.

dell'Assemblea generale 2039 (XX) del 1965¹³⁷, è risultata particolarmente efficace in relazione ad alcuni eventi specifici, come la questione algerina, quando circa 180.000 profughi si riversarono in Tunisia e Marocco¹³⁸. La procedura dei buoni uffici ha consentito l'attecchimento di un'accezione umanitaria del diritto di asilo, che prescinde dalle condizioni restrittive necessarie per il riconoscimento dello status di rifugiato e soprattutto dai motivi che hanno condotto alla fuga dal Paese di origine. In questo senso, nel 1989, l'*Executive Committee* dell'UNHCR ha istituito un gruppo di lavoro che ha esteso le competenze dell'Alto Commissariato alle vittime di conflitti armati o di violenza generalizzata¹³⁹.

Nel 1995, l'*Executive Committee*, incaricato di adottare le rilevanti "*Conclusions on International Protection*", contenenti i risultati degli studi relativi ad alcuni aspetti specifici in tema di tutela dei rifugiati, è stato soggetto ad una ristrutturazione organica che ha comportato l'abolizione dei vari Sotto-comitati, e costituisce il canale principale con cui l'UNHCR contribuisce all'esigenza di attualizzare il sistema internazionale di protezione dei rifugiati¹⁴⁰. Sebbene il Comitato esecutivo disponga soltanto di una competenza consultiva, su richiesta dell'UNHCR, le Conclusioni annuali sulla protezione internazionale producono un rilevante "*standard-setting effect*"¹⁴¹.

Sebbene, per molto tempo, gli strumenti normativi dell'UNHCR siano stati considerati non vincolanti e, dunque, privi di adeguata efficacia giuridica, alcune recenti tendenze giurisprudenziali hanno avvalorato il ruolo fondamentale svolto dall'Alto Commissariato circa l'aggiornamento del sistema internazionale di protezione dei richiedenti asilo, ammettendo che l'UNHCR dovrebbe essere considerato "*a source of assistance and information*", così come il relativo *Manuale* deve essere considerato un "*important source of law (though it does not have the*

¹³⁷ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 2039 (XX), *Reports of the United Nations High Commissioner for Refugees*, adottata il 7 Dicembre 1965, UN Doc. A/RES/2039(XX).

¹³⁸ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 1388 (XIV) del 20 Novembre 1959, UN Doc. A/RES/1388(XIV); Risoluzione 1499 (XV) del 5 Dicembre 1950, UN Doc. A/RES/499(V). Per la prima volta tale procedura fu in realtà utilizzata nel 1957 per giustificare le operazioni di aiuto ai rifugiati cinesi in Hong Kong.

¹³⁹ Cfr. Assemblea generale, Risoluzione 47/105, *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, adottata il 16 Dicembre 1992, UN Doc. A/RES/47/105.

¹⁴⁰ Sul mandato dell'*Executive Committee*, cfr. Assemblea generale, Risoluzione 1166 (XII), e ECOSOC, Risoluzione 672 (XXV). Sul punto si veda TÜRK, *The role of UNHCR in the development of International refugee law*, cit., p. 165, il quale definisce l'*Executive Committee* come «*the only specialised forum which exists at the global level for the development of international standards relating to refugees and other persons of concern to UNHCR*»; cfr. anche WARNER, *Forty years of Executive Committee: from the old to the new*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), n. 2, p. 238 ss.

¹⁴¹ Si veda SZTUCKI, *The Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1 (1989), n. 1, pp. 285-318. Per una raccolta delle principali Conclusioni dell'*Executive Committee*, cfr. UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 4th ed., Geneva, 2009, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/protect>>.

force of law itself)¹⁴²». Tali riconoscimenti, se non sono possono assegnare una portata vincolante agli atti dell'UNHCR, confermano l'importante forza legittimante di determinate condotte statali, alle quali si richiede la conformità agli orientamenti e alle raccomandazioni dell'Alto Commissariato, al punto che, com'è stato osservato in dottrina, il loro «*disregard requires justification*»¹⁴³».

Infine, il mandato evolutivo dell'UNHCR, nella misura in cui intende riconoscere l'accesso alla protezione temporanea alle vittime di esodi di massa, ossia a individui che condividono le stesse cause di fuga, prescindendo dal carattere individuale della persecuzione, tenderebbe a configurare l'asilo non solo come un'esigenza umanitaria, volta a tamponare situazioni di particolare emergenza, ma anche come un diritto umano *de facto* di natura collettiva, riconosciuto, seppure provvisoriamente, agli individui che condividono la medesima esigenza di protezione. Se è vero, infatti, che l'ammissione di flussi di richiedenti asilo non può che configurarsi come «una sorta di misura cautelativa che consente di salvaguardare gli individui»¹⁴⁴ in attesa della soluzione definitiva del rimpatrio, non si può negare che la prassi dell'UNHCR, che in alcune conclusioni del Comitato Esecutivo, ha codificato un obbligo degli Stati a tutelare provvisoriamente quei richiedenti asilo in condizioni di esodi di massa, abbia convalidato la sussistenza di un diritto ad una protezione affine a quella sottesa dal diritto di asilo, di natura temporanea e a carattere umanitario¹⁴⁵.

¹⁴² Cfr. rispettivamente English Court of Appeal (Civil Division), *Secretary of State for the Home Department v. Khalif Mohamed Abdi*, 20 Aprile 1994, [1994] Imm AR 402, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b61b18.html>>; UK House of Lords, *T. v. Secretary of State for the Home Department*, 22 Maggio 1996, [1996] 2 All ER 865, disponibile: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b70f4.html>>.

¹⁴³ Afferma, infatti, KÄLIN, *Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, cit., p. 624, che il recente orientamento giurisprudenziale assume una valenza importante in quanto «*it acknowledges that, as part of States Parties' duty to cooperate with UNHCR and to accept its supervisory role under Article 35 of the 1951 Convention and Article II of the 1967 Protocol, they have to take into account Executive Committee Conclusions, the UNHCR Handbook, UNHCR guidelines, and other UNHCR positions on matters of law (for example, amicus curiae and similar submissions to courts or assessments of legislative projects requested or routinely accepted by governments), when applying the 1951 Convention and its Protocol*». In proposito si veda CORKERY, *The Contribution of the UNHCR Executive Committee to the Development of International Refugee Law*, in *Australian International Law Journal*, vol. 13 (2006), pp. 97 – 128.

¹⁴⁴ In questi termini CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, p. 916 ss., inquadra il concetto di 'protezione temporanea', per la prima volta disciplinato «con completezza di presupposti e di contenuti» nell'*Immigration Act* statunitense del 29 Novembre 1990, reperibile in *International Legal Materials*, vol. 30 (1991), n. 2, pp. 298-381, che introduce nell'ordinamento degli Stati Uniti il «*Temporary Protected Status (TPS)*», concesso a titolo provvisorio, quando non ricorrono i presupposti per l'attribuzione dell'asilo.

¹⁴⁵ Si fa riferimento in particolare a UNHCR, Executive Committee, Conclusion n. 15 (XXX), *Refugee without a country of asylum*, 16 Ottobre 1979, UN Doc. 12A (A/34/12/Add.1), disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c960.html>>, e la successiva Conclusion n. 22 (XXXII), *Protection of Asylum-seekers in Situations of Large Scale Influx*, 21 Ottobre 1981, UN Doc. n. 12A (A/36/12/Add.1), disponibile in: <www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c6e10.html>. Cfr. CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, cit., p. 924 ss., sottolineando le differenze

Al di là degli sviluppi che sul piano regionale europeo ha assunto il principio dell'ammissione temporanea, quale istituto autonomo e differenziato rispetto all'asilo, si vuole sottolineare, in questa sede, la tendenza, di cui si è fatto precursore l'UNHCR ad inquadrare la protezione internazionale, di cui è garante, nei termini di un diritto umano condiviso da tutti i soggetti che si trovano nelle medesime condizioni di precarietà ed emergenza. L'obbligo dell'ammissione temporanea, infatti, assume come fondamento giuridico il diritto alla vita, evidenziandone tuttavia l'estensione a situazioni collettive¹⁴⁶ e, come nel caso del *non-refoulement*, di cui costituisce il prodotto giuridico più rilevante, esso potrebbe contribuire a definire, sulla base di una cospicua prassi degli Stati¹⁴⁷, i contorni giuridici di un diritto di asilo a portata collettiva.

2.3.2.b. L'affermazione di un diritto di asilo fondato sulla sussistenza di rischi di natura economica o ambientale.

Le premesse per il riconoscimento di un diritto umano all'asilo si conciliano con i recenti tentativi, operati in dottrina, circa la possibilità di estendere il concetto di persecuzione anche a quelle circostanze di natura economica o ambientale, che attualmente costituiscono la causa più frequente di esodi di massa¹⁴⁸. Lo stesso

intercorrenti tra l'istituto dell'asilo e la protezione temporanea, evidenzia come il primo sia caratterizzato da una soluzione prevalentemente definitiva rispetto alla seconda, la quale a sua volta non garantisce nessuno status giuridico specifico ai beneficiari, concretizzandosi soltanto nella garanzia di non respingimento e nell'assistenza in attesa di una soluzione definitiva. In generale sulla protezione alternativa alla concessione dell'asilo nell'ordinamento internazionale si rinvia a HAILBRONNER, *Principles of International Law regarding the Concept of Subsidiary Protection*, in BOUTILLET-PAQUET (sous la dir.), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne : un complément à la Convention de Genève?* Bruxelles, 2000, p. 4 ss., il quale definisce la protezione temporanea come «*the admission or at least non-refoulement of persons facing a threat to their life, safety or freedom as a result of indiscriminate violence arising in situations of armed conflict, or as a result of systematic or generalised violations of their human rights*». L'UNHCR, *Master Glossary of Terms*, cit., p. 21, definisce la protezione temporanea come «*an arrangement developed by States to offer protection of a temporary nature to persons arriving en masse from situations of conflict or generalized violence, without prior individual status determination*», analogamente l'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 64, elabora e approfondisce la definizione dell'UNHCR, considerando la protezione temporanea come «*the procedure of exceptional character to provide, in the event of a mass influx or imminent mass influx of persons from third countries who are unable to return to their country of origin, immediate and temporary protection to such persons, in particular if there exists also a risk that the asylum system will be unable to process this influx without adverse effects for its efficient operation, in the interests of the persons concerned and other persons requesting protection*». Si veda inoltre PERLUSS, HARTMAN, *Temporary Refuge: Emergency of a Customary Norm*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1986), n. 3, p. 551 ss.

¹⁴⁶ Cfr. CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, cit., p. 921 ss.

¹⁴⁷ Come nel caso del *non-refoulement*, l'obbligatorietà dell'ammissione temporanea è confermata dalle proteste della comunità internazionale, seguite ai casi di mancata ammissione. Sulla relazione di tipo consequenziale tra il principio del *non-refoulement* e l'obbligo di ammissione temporanea si veda recentemente LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 404 ss.

¹⁴⁸ Per i tentativi della dottrina di espandere la nozione di rifugiato alle ipotesi in cui l'individuo sfugge a disastri ambientali o economici si rinvia estensivamente a FOSTER, *International Refugee*

UNHCR ha riconosciuto l'impossibilità pratica di distinguere spesso tra soggetti bisognosi di protezione per cause provocate dall'uomo e vittime di catastrofi naturali o dissesti economici¹⁴⁹.

Il diritto internazionale tradizionale ha tramandato la tendenza ad ignorare che i soggetti ai quali non è possibile la piena fruibilità dei diritti sociali ed economici, a causa delle condizioni naturali, e non solo a seguito di una condotta imputabile ad un agente statale, possano essere bisognosi di protezione sul piano internazionale¹⁵⁰. Eppure, tale impedimento a godere dei diritti economici e sociali risulta frequente tanto quanto un attentato ai diritti civili e politici e certamente può anch'esso determinare una minaccia alla vita e alla libertà, come dimostrano i recenti casi di catastrofi naturali nelle regioni dell'Asia meridionale, colpite dallo *tsunami*, o dal recente maremoto ad Haiti nel golfo dei Caraibi. Gli stessi eventi, come i rastrellamenti nazisti della popolazione ebraica, che sul piano storico hanno condotto alla costruzione di un sistema internazionale di protezione dei rifugiati, costituiscono dei validi referenti di una matrice anche economica del concetto di persecuzione. L'ordinamento internazionale riflette, dunque, un'anacronistica ed ingiustificata gerarchia tra diritti fondamentali che, invece, come ribadito nella Conferenza dell'ONU sui diritti umani del 1993, si caratterizzano per essere universali, indivisibili e interdipendenti. Nella stessa Convenzione di Ginevra del 1951 non esiste una definizione di 'persecuzione', concetto che, nel momento in cui si assume un approccio orientato alla massima tutela dei diritti umani, sarebbe rapportabile a ogni eventuale violazione dei diritti e delle libertà fondamentali¹⁵¹. Se, dunque, tutti

Law and Socio-Economic Rights: Refuge From Deprivation, Cambridge, 2007, la quale ha criticato la stessa "semplicitica dicotomia" tra rifugiati e migranti per cause economiche. Cfr. anche MCADAM, *Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is not the Answer*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23 (2011), n. 1, pp. 2-27; DESSI, *Claims of Political Asylum Based on Non-Physical Forms of Harm Such as Economic Sanctions and Deprivations*, in *Pace International Law Review*, vol. 21 (2009), pp. 309-334; MCADAM, *From Economic Refugees To Climate Refugees?*, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 10 (2009), n. 2, pp. 579-595.; ALONSO PÉREZ, ALCALÁ, *Refugiados y desplazados: el derecho de asilo*, in RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coord.), *Derecho internacional humanitario*, Valencia, 2007, pp. 661-680; NESPOR, I rifugiati ambientali, in *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario comparato*, 2007, n. 4, pp. 1-10; PARRISH, *Redefining the Refugee: The Universal Declaration of Human Rights as a Basis For Refugee Protection*, in *Cardozo Law Review*, vol. 22 (2000), p. 223 ss.; A. CASSESE, *Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment Be Applied to Socio-Economic Conditions?*, in *European Journal of International Law*, vol. 2 (1991), n. 2, p. 141 ss.

¹⁴⁹ Cfr. *UNHCR Handbook*, par. 63, in cui si sostiene che «*behind economic measures affecting a person's livelihood there may be racial, religious or political aims or intentions directed against a particular group. Where economic measures destroy the economic existence of a particular section of the population (e.g. withdrawal of trading rights from, or discriminatory or excessive taxation of, a specific ethnic or religious group), the victims may according to the circumstances become refugees on leaving the country*».

¹⁵⁰ FOSTER, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵¹ Afferma CHIMNI (ed.), *International Refugee Law: A Reader*, New Delhi, 2000, p. 30, che «*refugee law ought to concern itself with actions which deny human dignity in any key way, and that the sustained or systemic denial of core human rights is the appropriate standard*». Nello stesso

i diritti umani sono uguali, un diritto di asilo sarebbe legittimamente fondato anche su quelle violazioni dei diritti sociali, economici e culturali che potenzialmente prefigurano una persecuzione, livellando le lacune che il sistema di Ginevra sconta sulla piano della tutela dei diritti umani.

Tale convergenza tra il sistema tradizionale di tutela dei rifugiati e le recenti tendenze evolutive, suffragate dalla dottrina, hanno ricevuto un parziale riscontro in alcune pronunce della giurisprudenza interna¹⁵². Particolarmente esplicita, da questo punto di vista, è la prassi delle Corti statunitensi, in cui si è anzitutto riconosciuto che, nonostante la reticenza degli apparati amministrativi preposti all'esame di una richiesta di asilo, "*the harm or suffering need not be physical, and may take other forms, such as the deliberate imposition of severe economic disadvantage or the deprivation of liberty, food, housing, employment or other essentials of life*"¹⁵³. Affinché possa deputarsi un diritto di asilo in capo al richiedente, è, tuttavia, necessario che il rischio di persecuzione per cause economiche sia piuttosto grave e non costituisca un "*mere economic detriment*"¹⁵⁴, ma comporti una violazione dei diritti fondamentali, come codificati a livello internazionale in particolare nei Patti delle Nazioni Unite del 1966. Lo standard applicato dalle corti statunitensi attiene all'accertamento che uno straniero disponga di un diritto di asilo, qualora abbia potuto dimostrare di essere privo di ogni mezzo di sussistenza, al punto da compromettere la sua stessa sopravvivenza¹⁵⁵.

Il test fornito dalla giurisprudenza americana chiarisce che quando le sanzioni economiche sortiscono un impatto politico sull'individuo, possono costituire il presupposto per un'autonoma richiesta di asilo, in conformità alla stessa Convenzione di Ginevra del 1951. I diritti sociali ed economici, al pari delle libertà civili e politiche, sono tutelati dal diritto internazionale, e assegnerebbero a ogni individuo il diritto di cercare asilo per salvaguardare la sua stessa integrità fisica. Lo stesso parametro deve essere accolto anche con riferimento alle richieste di asilo avanzate dai '*climate refugees*', ossia individui che fuggono da catastrofi ambientali,

senso già HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 112, identificava in generale la nozione di persecuzione con «*the sustained or systemic failure of state protection in relation to one of the core entitlements which has been recognised by the international community*». In proposito MCADAM, *From Economic Refugees To Climate Refugees?*, cit., pp. 579-580, eloquentemente ribadisce che «*economic, social and cultural rights are not, by their inherent nature, the poor cousins of civil and political rights, but rather that they have been misinterpreted as having a weaker normative force*».

¹⁵² Si veda estensivamente FOSTER, *op. cit.*, p. 92 ss., e con riferimento alla prassi delle corti statunitensi cfr. anche DESSI, *Claims of Political Asylum Based on Non-Physical Forms of Harm*, cit., p. 324 ss.

¹⁵³ US Court of Appeals (Fifth Circuit), *Mikhael v. INS*, 115 F.3d 299, 303 (5th Cir. 1997).

¹⁵⁴ US Court of Appeals (Eighth Circuit), *Minwalla v. INS*, 706 F.2d 831, 835 (8th Cir. 1983).

¹⁵⁵ Tale parametro, definito come "*Dunat standard*", è stato elaborato in Court of Appeals (Third Circuit), *Dunat v. Humey*, 297 F.2d 744 (3d Cir. 1962), in cui la Corte ha sancito che "*the denial of an opportunity to earn a livelihood in a country such as the one involved here is the equivalent of a sentence to death by means of slow starvation and nonetheless final because it is gradual*". Sul punto cfr. DESSI, *Claims of Political Asylum Based on Non-Physical Forms of Harm*, cit., p. 327 ss.

in cui è impossibile fruire dei diritti fondamentali, specialmente di natura economica¹⁵⁶. Tale ipotesi costituisce una nuova prospettiva di evoluzione del diritto internazionale dei rifugiati, particolarmente suffragata dalla dottrina più recente, che anche tentato di elaborare una definizione di ‘*climate refugees*’, intesi come “individui, famiglie e popolazioni colpite da improvvisi o graduali disastri ambientali che inesorabilmente influiscono sulle relative condizioni di vita, provocando un esodo di massa”¹⁵⁷.

Questi tentativi, se non ha ancora condotto a un pieno riconoscimento di un diritto fondamentale all'asilo sul piano internazionale, ha confermato, sulla base della stessa prassi dell'UNHCR, che «*objections to general economic measures are not by themselves good reasons for claiming refugee status*»¹⁵⁸, confermando la natura flessibile della nozione di rifugiato, di cui all'art. 1 A (2) della Convenzione di Ginevra del 1951, caratterizzata da una certa ‘porosità’ agli eventi che definiscono il contesto internazionale¹⁵⁹.

2.4. Il diritto di asilo nella dimensione regionale tra istanze innovatrici e tutela giurisdizionale dei diritti umani.

Il sistema internazionale di protezione dei rifugiati, sebbene non sia riuscito a codificare un diritto umano all'asilo, ha contribuito a fertilizzare i germi di un rinnovamento, capace di conciliare la materia con la prassi normativa, preposta alla protezione dei diritti dell'uomo. È in tale contesto, che si materializza il secondo

¹⁵⁶ MCADAM, *Swimming against the Tide*, cit., p. 4 ss., respinge l'idea di ricorrere ad una soluzione di tipo convenzionale alla problematica dei ‘*climate refugees*’, sostenuta recentemente da alcuni governi, cfr., ad esempio, Repubblica delle Maldive, Ministry of Environment, Energy and Water, *Report on the First Meeting on Protocol on Environmental Refugees: Recognition of Environmental Refugees in the 1951 Convention and 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Male, Maldive, 14–15 Agosto 2006, ritenendo che «...if a treaty becomes the main focus of international policy development, attention may shift from the more immediate, alternative and additional responses that may enable people to remain in their homes».

¹⁵⁷ Si veda la definizione elaborata da un gruppo di esperti legali dell'Università di Limoges, *Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons*, in *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, vol. 4 (2008), p. 375, il cui art. 2, par. 2, definisce ‘*environmentally-displaced persons*’, “*individuals, families and populations confronted with a sudden or gradual environmental disaster that inexorably impacts their living conditions and results in their forced displacement, at the outset or throughout, from their habitual residence and requires their relocation and resettlement*”. Si veda anche IANOVITZ, *I ‘rifugiati climatici’: una questione aperta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 55 (2011), n. 11, pp. 141-148; DOCHERTY, GIANNINI, *Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees*, in *Harvard Environmental Law Review*, vol. 33 (2009), n. 2, pp. 349 ss.

¹⁵⁸ UNHCR *Handbook*, cit., par. 64.

¹⁵⁹ SITAROPOULOS, *Refugee: a Legal Definition in Search of a Principled Interpretation*, cit., p. 152, considera la definizione ‘convenzionale’ di rifugiato, «*a stipulative, synthetic one that, despite its polarised historical background, is imbued with a unique, inherent dynamism founded on its own notional ‘porousness’ as well as on the drafters’ express wish for an application of the Refugee Convention that ‘exceeds its contractual nature’*».

fenomeno, che inciderebbe sull'interpretazione di un diritto di asilo in chiave individuale, costituito dalla progressiva affermazione della tutela internazionale dei diritti dell'uomo, che, in alcuni regimi regionali, ha determinato un ampliamento della protezione del diritto di asilo, come prerogativa che l'individuo può fare valere innanzi agli appositi organi di controllo, in presenza di determinate condizioni¹⁶⁰.

Effettivamente i sistemi regionali, per la capacità di stabilire anche regimi di libera circolazione interna, applicabili indistintamente anche agli stranieri, hanno saputo interpretare l'esigenza di strutturare una disciplina più progredita del diritto di asilo, riservando maggiore attenzione all'inevitabile correlazione che tale istituto determina nei confronti del sistema di protezione dei diritti umani¹⁶¹. A fronte della crisi che si è attestata sul versante della codificazione universale in seno alle Nazioni Unite, il diritto di asilo ha trovato spazio in notevoli strumenti giuridici in ambito regionale e, da ultimo, sarà assimilato anche dall'Unione Europea, nel tentativo di creare un sistema integrato di asilo e di protezione dei rifugiati.

Un notevole consolidamento del diritto di asilo si è anzitutto realizzato in seno all'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), la quale, ereditando la lunga tradizione che ha cristallizzato la formazione di una consuetudine locale¹⁶², ha dedicato al diritto di asilo nella sua interpretazione in chiave individuale alcune disposizioni specifiche. In questo senso depone in particolare la *Dichiarazione americana sui diritti e doveri dell'uomo*¹⁶³, adottata a Bogotà nel 1948, il cui art. XXVII, anticipando di qualche mese la formula dell'art. 14 par. 1 della Dichiarazione universale del 1948, codifica il diritto di cercare e ottenere asilo. Nel contesto territoriale dell'OSA, tale previsione normativa assume una forte connotazione individuale, confermata dall'interpretazione autentica fornita dallo stesso Consiglio dell'OSA¹⁶⁴ e dalla Commissione interamericana. Infatti, riguardo

¹⁶⁰ Sul punto si veda l'analisi di PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 81 ss.

¹⁶¹ In generale, sui sistemi regionali di asilo cfr. KNEEBONE, RAWLINGS-SANAEI (eds.), *New Regionalism and Asylum Seekers: Challenges ahead*. New York, 2007, e JOLY, *Global Changes in Asylum Regimes*, Hampshire, New York, 2002. Per ulteriori riferimenti cfr. anche LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 111 ss.; CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit. p. 51 ss.

¹⁶² Si richiama in proposito l'opera di FRANCONI, *Asilo diplomatico: contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, Milano, 1973.

¹⁶³ Cfr. *American Declaration on the Rights and Duties of Man*, adottata a Bogotà in seno alla IX Conferenza Interamericana, l'1 Gennaio 1948, disponibile in: <www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic2.American%20Declaration.htm>, il cui art. XXVII afferma che:

“Every person has the right, in case of pursuit not resulting from ordinary crimes, to seek and receive asylum in foreign territory, in accordance with the laws of each country and with international agreements”.

¹⁶⁴ Cfr. Council of the Organisation of American States, *Resolution on the Right of Asylum*, 14 Febbraio 1951, OAS Doc. C-sa-75, in cui si afferma solennemente che “the Right of Asylum is a juridical principle of the Americas set forth in international conventions and included as one of the fundamental rights in the American Declaration of the Rights and Duties of Man...”. MANLY, *La consagración del asilo como un derecho humano : análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in

al caso dei profughi haitiani, che può essere a ragione ritenuto un 'test case', la Commissione ha riscontrato espressamente la violazione da parte degli Stati Uniti del "diritto di cercare e ricevere asilo", codificato nell'art. XXVII della Dichiarazione americana con una formulazione simile al contenuto dell'art. 22 par. 7 della *Convenzione americana sui diritti umani*, che sancisce, tra l'altro, natura assoluta e umanitaria del principio del *non-refoulement*¹⁶⁵. La Commissione ha inoltre richiamato l'autorevole opinione di Richard Plender, secondo cui «*the right to advance a claim has little practical content if States are entirely at liberty to determine, in their absolute discretion, how that claim must be advanced and how it may be considered*», affermando che «*it appears possible to identify some minimal restrictions on the latitude enjoyed by States in this matter*¹⁶⁶».

A differenza dell'art. 14 della coeva Dichiarazione universale, l'art. XXVII della Dichiarazione americana avrebbe acquisito maggiore rilevanza, tale da oltrepassare l'efficacia di mera disposizione di 'soft law', in quanto tale dichiarazione sarebbe lo strumento normativo che specifica la portata dei diritti fondamentali, menzionati nello Statuto dell'OSA¹⁶⁷.

Ad attenuare la solennità di tale previsione normativa ha, tuttavia, contribuito la tendenza ad incardinare il diritto di asilo nell'assetto tradizionale della sovranità dello Stato rilevata nella successiva *Convenzione di Caracas sull'asilo territoriale*

FRANCO, *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, 2003, p. 142, ha sottolineato che l'art. XXVII della Dichiarazione «*parece ser un curioso híbrido, que refleja la codificación del asilo en las convenciones latinoamericanas y el emergente reconocimiento de los derechos humanos*», highlighting that «*La gran innovación del artículo es que por primera vez un instrumento internacional reconoce el asilo como derecho humano y no como una prerrogativa del Estado. Dentro del contexto de la gran tradición latinoamericana de asilo, esto marca un cambio radical*».

¹⁶⁵ Cfr. *American Convention on Human Rights*, cit., art. 22 par. 7, in cui si afferma che: "every person has the right to seek and to be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the State and international convention, in the even he is being pursued for political offences or related common crimes".

Per ulteriori riferimenti in dottrina si veda anche LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 113, il quale ribadisce che tale strumento convenzionale conferma «la titolarità tendenzialmente esclusiva dello Stato territoriale di determinare i presupposti, le condizioni, le modalità di attuazione dell'asilo». Parimenti, con riferimento ai citati strumenti convenzionali regionali, BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 12, osserva che «each of these instruments leaves the right of asylum in the realm of state sovereignty». Per più ampi riferimenti si veda MANLY, *La consagración del asilo como un derecho humano*, cit., pp. 122-156.

¹⁶⁶ Cfr. Commissione Inter-Americana per i diritti umani, *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., par. 143 (1997). March 13, in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b71b8.html>>, anche con riferimento all'opinione di PLENDER, *The Present State of Research Carried out by the English Speaking Section of the Centre for Studies and Research*, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations: The right of Asylum, 1980, p. 82. Inoltre, al par. 154 si legge che «*The Commission observes that Article 22(7) of the American Convention on Human Rights, which was adopted twenty one years after the American Declaration, has a formulation similar to Article XXVII of the American Declaration*».

¹⁶⁷ Si veda MANLY, *La consagración del asilo como un derecho humano*, cit., p. 141 ss.

del 1954¹⁶⁸, il cui corredo normativo prevede non tanto dei diritti soggettivi in capo ai richiedenti asilo, quanto dei doveri di tolleranza nei confronti dello Stato che concede il beneficio dell'asilo.

I regimi internazionali più evoluti verso il riconoscimento di un diritto umano all'asilo sono rappresentati, tuttavia, dall'attività del Consiglio d'Europa e dal ruolo costitutivo dei diritti assegnato alla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, e dagli strumenti preposti alla tutela dei diritti umani, elaborati in seno all'Unione Africana e alla Lega Araba, i quali per la loro collocazione geopolitica, contestualmente agli sviluppi normativi registrati nell'ordinamento dell'Unione Europea, contribuiranno ad assegnare alla regione euro-mediterranea un corredo normativo in cui il diritto di asilo non è più inteso come mero corollario della sovranità dello Stato, ma può anche essere concepito come diritto fondamentale dell'uomo.

2.4.1. L'attività del Consiglio d'Europa nell'affermazione di un diritto umano all'asilo.

L'attività del Consiglio d'Europa nella promozione del diritto di asilo per i rilievi che la giurisprudenza di Strasburgo ha assunto sul piano internazionale può costituire una premessa e allo stesso tempo un paradigma per la costruzione di quei regimi giuridici tipicamente regionali che si affermeranno nell'area mediterranea¹⁶⁹, come l'ordinamento dell'Unione Europea.

Risalente allo stesso periodo in cui fu elaborata la Convenzione di Ginevra, sin dalle origini il Consiglio d'Europa ha associato ai suoi fini la protezione dei rifugiati, preconizzando la possibilità di codificare, in quanto “*integral part of the common heritage of European traditions*”¹⁷⁰, un diritto umano all'asilo nel testo della CEDU¹⁷¹, per fare in modo che si sedimentasse un obbligo internazionale di

¹⁶⁸ Cfr. *Convention on Territorial Asylum*, adottata a Caracas in seno alla X Conferenza Interamericana il 28 Marzo 1954, entrata in vigore il 29 Dicembre 1954, in OAS, *Treaty Series*, n. 34, testo disponibile in: <<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-46.html>>, il cui art. 1 conferma che: “*every State has the right, in the exercise of its sovereignty, to admit into its territory such person as it deems advisable, without, through the exercise of this right, giving rise to complaint by any other State*”.

¹⁶⁹ Notano in proposito ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 111 ss., che il Consiglio d'Europa «*a joué un rôle précurseur et inspiré l'Union européenne dans l'élaboration du régime d'asile européen*». Si rammenta che il Consiglio d'Europa è un'organizzazione internazionale creata nel 1949 al fine di promuovere la democrazia, i diritti dell'uomo, lo stato di diritto ed attualmente conta 47 Stati membri. Sull'attività del Consiglio d'Europa nel campo dell'asilo e della protezione dei rifugiati in particolare cfr. WIEDERKEHR, *L'Œuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de l'asile et des réfugiés*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 197 ss.; WIEBRINGHAUS, *Le droit d'asile en Europe*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 13, (1967), pp. 566- 580.

¹⁷⁰ Cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, Raccomandazione 434 (1965), *relativa all'applicazione del diritto di asilo ai rifugiati europei*, adottata il 1 Ottobre 1965, Doc. 1986.

¹⁷¹ *Supra* nt. 5.

accordare l'asilo ai soggetti che sfuggono a persecuzioni e soprattutto affinché tale obbligo avesse potuto beneficiare del meccanismo di controllo sotteso alla stessa Convenzione¹⁷². Le iniziative per l'affermazione del diritto di asilo si sono materializzate nella creazione nel 1977 di un Comitato ad hoc per gli aspetti giuridici dell'asilo territoriale, dei rifugiati e degli apolidi (CAHAR), la cui attività non ha comunque comportato l'accoglimento di un diritto di asilo dell'individuo, corrispettivo ad un obbligo degli Stati di garantire tale protezione. In seno al Consiglio d'Europa sono stati, tuttavia, adottati due strumenti convenzionali peculiari, ossia *l'Accordo sulla libera circolazione dei rifugiati residenti nel territorio dei Paesi membri del Consiglio d'Europa* del 1959 e *l'Accordo sul trasferimento della responsabilità verso i rifugiati* del 1980¹⁷³, i quali ispireranno lo sviluppo della politica di asilo dell'UE.

Particolarmente rilevanti risultano anche le risoluzioni e dichiarazioni adottate sia dall'Assemblea parlamentare sia dal Comitato dei Ministri, colmando il vuoto giuridico della CEDU in merito al diritto di asilo. Rileva in quest'ambito anzitutto la *Risoluzione sull'asilo a favore dei soggetti minacciati da persecuzione* del 1967, che richiamando la natura umanitaria dell'istituto, raccomanda il rispetto del principio di *non-refoulement*¹⁷⁴. Tale risoluzione sarà richiamata in seguito come presupposto per invocare un approccio più liberale da parte degli Stati in merito alla concessione dell'asilo¹⁷⁵. Contestualmente al fallimento sul piano universale dell'adozione di una

¹⁷² Cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Raccomandazione 293 (1961), *relativa al diritto di asilo*, adottata il 26 Settembre 1961, Doc. 1329, disponibile in: <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta61/EREC293.htm#1A>>, in cui, ritenendo appropriato attribuire un riconoscimento giuridico a quelle pratiche nazionali relative alla previsione di un diritto fondamentale all'asilo, soprattutto "*as the enjoyment by political refugees of human rights and fundamental freedoms may depend on their being granted asylum*", si raccomandava al Comitato dei Ministri di includere la previsione di un simile diritto nel II Protocollo aggiuntivo alla CEDU. Sul punto si veda WIEDERKEHR, *L'Œuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de l'asile et des réfugiés*, cit., p. 199.

¹⁷³ Cfr. rispettivamente *European Agreement on the Abolition of Visas for Refugees*, adottata a Strasburgo il 20 Aprile 1959, in *European Treaty Series* - N. 31; *European Agreement on Transfer of Responsibility for Refugees*, adottata a Strasburgo il 16 Ottobre 1980, in *European Treaty Series* - N. 107. Per ulteriori riferimenti in proposito si rinvia a WIEDERKEHR, *L'Œuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de l'asile et des réfugiés*, cit., p. 204 ss.

¹⁷⁴ Cfr. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Risoluzione 67 (14), *sull'asilo in favore dei soggetti minacciati di persecuzione*, adottata il 29 Giugno 1967, Res(67)14F. Sulla portata e l'interpretazione di tale strumento si veda WIEBRINGHAUS, *Le droit d'asile en Europe*, cit., p. 566, il quale, criticando l'impostazione di tale documento, afferma a proposito del mancato riconoscimento di un diritto individuale d'asilo che *«il est vrai que cette non-reconnaissance d'un droit subjectif à l'asile au profit de réfugiés politiques même les plus dignes, s'explique aisément par des considérations liées au caractère absolu de la souveraineté nationale, par des difficultés de fait auxquelles se heurtent de nombreux réfugiés lorsqu'ils veulent prouver la réalité des persécutions dans leur pays d'origine... Néanmoins, cette non-reconnaissance est d'autant plus regrettable qu'elle ajoute encore au caractère extrêmement précaire de la situation dans laquelle se trouve un réfugié lorsqu'il se présente à la frontière du Pays sur le territoire duquel il cherche refuge...»*.

¹⁷⁵ Cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Raccomandazione 817 (1977), *su certi aspetti del diritto di asilo*, adottata il 7 Ottobre 1977, Doc. 4021.

Convenzione sul diritto di asilo, nel 1977 il Comitato dei Ministri adottò una *Dichiarazione sull'asilo territoriale*¹⁷⁶, con cui gli Stati dichiaravano di mantenere e preservare la pratica liberale e umanitaria dell'asilo umanitario, tale documento rappresenta ancora oggi, secondo la dottrina, «*le texte de référence quant aux principes dont les Etats membres se réclament dans leurs politiques d'asile*¹⁷⁷». Parimenti rilevante è la *Risoluzione sull'armonizzazione delle procedure nazionali in materia di asilo*, approvata nel 1981, la quale riconosce la possibilità che una richiesta di asilo possa fondarsi su motivazioni differenti da quelle previste dalla Convenzione di Ginevra del 1951¹⁷⁸, previsione che completa la raccomandazione dell'Assemblea parlamentare con cui si auspicava l'applicabilità di uno status affine a quello previsto dal "sistema di Ginevra", per i rifugiati *de facto*¹⁷⁹.

Infine, le recenti risoluzioni, elaborate in seno al Consiglio d'Europa a partire dagli anni ottanta, hanno progressivamente introdotto delle garanzie procedurali a favore dei richiedenti asilo, raccomandando misure relative alle loro condizioni di vita e lavoro¹⁸⁰, e giungendo a strutturare addirittura una specifica politica in materia di migrazione e asilo, fondata sull'armonizzazione delle pratiche nazionali circa il trattamento dei richiedenti asilo e sul rispetto dei diritti dell'uomo, della CEDU e della dignità della persona¹⁸¹, al fine di evitare che le pratiche nazionali conducano gli Stati ad incorrere in un pregiudizio al sistema di garanzie sotteso alla CEDU. In questo contesto si colloca l'adozione nel 1984 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU, con cui gli Stati assumevano l'obbligo di astenersi dalla pratica delle espulsioni arbitrarie degli stranieri, legalmente residenti nel territorio di una Parte

¹⁷⁶ Cfr. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Dichiarazione sull'asilo territoriale*, adottata il 18 Novembre 1977, cfr. *Declaration on territorial asylum*, Decl-18.11.77E, disponibile in: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=670355&Site=COE>>.

¹⁷⁷ WIEDERKEHR, *L'Œuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de l'asile et des réfugiés*, cit., p. 202.

¹⁷⁸ Cfr. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Risoluzione 81 (16), sull'armonizzazione delle procedure nazionali in materia di asilo*, adottata il 5 Novembre 1981.

¹⁷⁹ Cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 773 (1976), sulla situazione dei rifugiati de facto*, adottata il 26 Gennaio 1976, Doc. 3642, in cui i governi degli Stati membri sono invitati "to apply liberally the definition of 'refugee' in the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951 as amended by the Protocol relating to the Status of Refugees of 31 January 1967".

¹⁸⁰ Cfr. ad esempio, Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, *Raccomandazione 1016 (1985), sulle condizioni di vita e di lavoro dei rifugiati e richiedenti asilo*, adottata il 26 Settembre 1985, Doc. 5380.

¹⁸¹ I presupposti di una politica specifica in materia di migrazione e asilo sono stati enucleati in Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 1624 (2004), Common policy on migration and asylum*, adottata il 30 Settembre 2003, Doc. 9889. Già nel 1994 con la *Raccomandazione 1236 (1994), sul diritto di asilo*, adottata il 12 Aprile 1994, Doc. 7052, l'Assemblea parlamentare aveva proposto delle riforme istituzionali in materia di asilo e trattamento dei rifugiati, consistenti, tra l'altro, nella creazione di una Commissione europea dei rifugiati con la competenza a emanare principi volti a favore dell'armonizzazione delle procedure di asilo.

contraente¹⁸², mentre i diritti economici, sociali e culturali, riconosciuti dalla Convenzione di Ginevra del 1951, sono stati incorporati in un'appendice alla Carta Sociale Europea, adottata nel 1961 e rivista nel 1996¹⁸³.

Sembra, comunque, che i criteri elaborati dal Consiglio d'Europa, siano ben lontani dalla capacità di strutturare una politica comune alla stregua del sistema in corso di sviluppo nell'ordinamento dell'Unione Europea¹⁸⁴. Si può, ciononostante, auspicare che gli orientamenti elaborati da un'organizzazione internazionale, preposta alla tutela dei diritti dell'uomo, contribuiscano a suggerire i parametri di sviluppo di un sistema europeo, in cui il diritto di asilo non costituisca ancora il corollario della sovranità dello Stato, ma si configuri come uno strumento di garanzia dei diritti dell'uomo. Il Consiglio d'Europa costituirà, dunque, un cantiere particolarmente progredito per quanto attiene la disciplina del diritto di asilo, e, sebbene, nel complesso, la sua attività è costellata da dichiarazioni e risoluzioni prive di efficacia giuridica vincolante, essa testimonia la volontà politica costante di definire un sistema di protezione del diritto di asilo che non si limita a riprodurre *sic et simpliciter* la disciplina internazionale della Convenzione di Ginevra¹⁸⁵.

2.4.2. *Il diritto di asilo nell'interpretazione giurisprudenziale della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali.*

Le molteplici iniziative intraprese dal Consiglio d'Europa per l'affermazione di un diritto individuale di asilo hanno riguardato anche la CEDU, lo strumento che,

¹⁸² Cfr. Protocollo n. 7 (STE n. 45), alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato il 22 Novembre 1984, entrato in vigore il 1 Novembre 1988, il cui art. 1 afferma che:

“1. Uno straniero legalmente residente nel territorio di uno Stato non ne può essere espulso, se non a seguito di un provvedimento adottato ai sensi di legge e sarà autorizzato: a. a far valere le sue ragioni contro la sua espulsione; b. a far esaminare il suo caso, e c. a farsi rappresentare a tale scopo innanzi all'Autorità competente o a una o a più persone designate dalla citata Autorità.

2. Uno straniero può essere espulso prima che possa esercitare i diritti di cui al paragrafo 1 lettera a, b, e c del presente articolo quando tale espulsione si rende necessaria per interessi di ordine pubblico o è motivata da ragioni di sicurezza nazionale”.

¹⁸³ Cfr. *European Social Charter*, adottata a Torino il 18 Ottobre 1961, in vigore dal 26 Febbraio 1965. il paragrafo 2 dell'Appendice rubricata col titolo “*Scope of the Social Charter in terms of Persons protected*”, afferma che: “*Each Contracting Party will grant to refugees as defined in the Convention relating to the status of Refugees...and lawfully staying in its territory, treatment as favourable as possible, and in any case not less favourable than under the obligations accepted by the Contracting Party under the said convention and under any other existing international instruments applicable to those refugees*”.

Per tutti sulla Carta Sociale Europea, si veda ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 301 ss.

¹⁸⁴ Come nota inoltre CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 72, «*L'Union Européenne emportera l'adhésion des Etats en le situant sur le terrain de la politique migratoire. Le Conseil de l'Europe se contentera de nombreuses résolutions et recommandations à la générosité certaine et à l'effectivité plus qu'incertaine*».

¹⁸⁵ Sul punto si veda ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 111 ss.

oltre a costituire la stessa linfa vitale di tale organizzazione, rappresenta nel contesto europeo il sistema più avanzato di tutela sovranazionale dei diritti fondamentali. Già nel 1961 l'Assemblea parlamentare aveva proposto di fissare nel sistema normativo della CEDU un diritto umano all'asilo, prevedendo l'inclusione nel testo del II Protocollo di una disposizione, che richiamava l'art. 14 della Dichiarazione universale dell'ONU, riconoscendo "*the right to seek and to enjoy in the territories of High Contracting Parties asylum from persecution*" e accoglieva allo stesso tempo il principio del *non-refoulement*¹⁸⁶. Le proposte sono state successivamente reiterate addirittura con la previsione di uno specifico Protocollo addizionale dedicato al diritto di asilo e proposto nel 1988 da alcune ONG dotate dello status consultivo presso il Consiglio d'Europa¹⁸⁷ e dall'attività contestuale in seno al CAHAR per l'elaborazione di una convenzione europea sui casi in cui si poteva concedere l'asilo e di un protocollo alla CEDU sui richiedenti asilo e l'ammissione

¹⁸⁶ Cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, Raccomandazione 293 (1961), cit., in cui è riportata la bozza di un articolo dedicato al diritto di asilo, il quale prevedeva che:

"1. *Everyone has the right to seek and to enjoy in the territories of High Contracting Parties asylum from persecution.*

2. *This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political offences.*

3. *No one seeking or enjoying asylum in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article shall, except for overriding reasons of national security or safeguarding of the population, be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in compelling him to return to or remain in a territory if there is well-founded fear of persecution endangering his life, physical integrity or liberty in that territory.*

4. *If a High Contracting Party rejects, returns or expels a person seeking or enjoying asylum in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article, it shall allow such person a reasonable period and the necessary facilities to obtain admission into another country*".

In particolare sulla configurazione del diritto di asilo nel sistema della CEDU cfr. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, 2010; MOLE, *Le droit d'asile et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, IV éd. Strasbourg, 2008; PUENTE EGIDO, *El asilo en la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el derecho comunitario Europeo*, in CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*. Napoli, 2008, p. 9 ss.; ROGERS, *Immigration and the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2003, n. 1, pp. 53-64; LORENZEN, *Rifugiati, richiedenti asilo e profughi*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, vol. 13 (2000), n. 3, pp. 643-654; EINARSEN, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), n. 3, pp. 361-389. Si veda anche CAGGIANO, *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Gli Stranieri - Rassegna di studi e giurisprudenza*, vol. 17 (2010), n. 2, pp. 7-31; SPIJKERBOER (ed.), *The European Court of Human Rights and Immigration: Limits and Possibilities*, Leiden, 2009, Numero speciale dell'*European Journal of Migration and Law*, 2009, n. 3; LAMBERT, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2007.

¹⁸⁷ Cfr. *Proposta di Protocollo Addizionale alla CEDU relativo all'asilo*, adottata a Strasburgo il 3 Maggio 1988, il cui art. 3 par. 1 prevedeva che:

"*L'asile ne peut être refusé que s'il n'y a pas de raisons sérieuses de penser que la personne qui l'a demandé est effectivement exposée aux menaces pour sa vie, son intégrité physique ou sa liberté, ou aux atteintes graves à ses droits et libertés fondamentaux, qu'elle invoque*".

Sulla portata di tale proposta si veda in particolare CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 71; ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, pp. 113-114.

dei rifugiati¹⁸⁸. Tutti questi tentativi di codificazione di un diritto di asilo nel sistema di tutela dei diritti umani approntato in seno al Consiglio d'Europa sono stati disattesi, poiché, come hanno affermato a più riprese i giudici di Strasburgo, né la CEDU né i Protocolli riconoscono espressamente il diritto di asilo¹⁸⁹. Tuttavia, come aveva già ravvisato la Commissione, se la materia dell'extradizione, dell'espulsione o del diritto di asilo non figurano autonomamente ed espressamente nel corredo dei diritti contemplati dalla Convenzione, gli Stati hanno comunque accettato di esercitare i poteri discrezionali, in materia di ingresso ed allontanamento degli stranieri, che discendono direttamente dal diritto internazionale generale nel rispetto degli obblighi che si fondano sulla CEDU¹⁹⁰.

È, dunque, la Corte europea dei diritti dell'uomo, che, attraverso l'interpretazione evolutiva della CEDU, riuscirà ad assicurare non solo la salvaguardia dei diritti garantiti, ma anche lo sviluppo di quei diritti umani che, come il diritto di asilo, non hanno ottenuto un adeguato riconoscimento normativo sul piano internazionale. Attraverso un'applicazione *'par ricochet'*, ovvero indiretta, dell'art 3 CEDU sul diritto a non subire tortura o trattamenti inumani e degradanti¹⁹¹, i giudici di Strasburgo, a partire dall'archetipo giurisprudenziale, sancito nel 1989, in relazione al noto caso *Soering*¹⁹², sono riusciti a ricavare non

¹⁸⁸ Cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Raccomandazione 1088 (1988), *relativa al diritto di asilo territoriale*, adottata il 7 Ottobre 1988, Doc. 5930.

¹⁸⁹ Cfr. CtEDU, *Salah Sheek c. Paesi Bassi*, sent. dell'11 Gennaio 2007, ricorso n. 1948/04; *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, sent. del 30 Ottobre 1991, ricorsi n. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, in Serie A, n. 215, par. 102, in cui è affermato espressamente che *"Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including Article 3 (art. 3), to control the entry, residence and expulsion of aliens...Moreover, it must be noted that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols. This is borne out by several recommendations of the Assembly of the Council of Europe on the right of asylum and Declaration on Territorial Asylum, adopted on 18 November 1977..."*. Sulla citata giurisprudenza cfr. in particolare BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile*, cit., rispettivamente p. 30 e p. 12. Si rammenta che i Protocolli n. 4 del 16 Settembre 1963, che vieta l'espulsione del cittadino e le espulsioni collettive, e n. 7 del 22 Novembre 1984, che impone dei limiti all'espulsione dello straniero "legalmente residente", prevedono alcune garanzie in materia di espulsione che riguardano tuttavia gli stranieri in generale, in proposito si veda LAMBERT, *La situation des étrangers*, cit., p. 12 ss.

¹⁹⁰ Commissione, *X c. Repubblica Federale Tedesca*, sent. del 30 Settembre 1974. Come notano pertanto ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, pp. 115-116, *«c'est dire que les mesures prises à l'égard des étrangers s'apprécient, y compris les mesures d'entrée et d'éloignement, à l'aune des droits garantis par la Convention»*.

¹⁹¹ Dispone l'art. 3 CEDU che: *"no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment"*. Come osservato in dottrina, cfr. G. CATALDI, *Osservazione sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 2 (2008), n. 1, p. 63, la Corte di Strasburgo ha utilizzato la tecnica di protezione *'par ricochet'*, «al fine di valutare la conformità della Convenzione anche di istituti o di pratiche che non rientrano direttamente nel campo di applicazione dell'art. 3».

¹⁹² CtEDU, *Soering c. Regno Unito*, sent. del 7 Luglio 1989, ricorso n. 14038/88, A 161. In questo senso la pronuncia sul caso *Soering* può essere inquadrata tra le "sentenze pilota", quelle cioè in cui la Corte per la prima volta affronta un problema, fissando i principi generali che ne reggono la soluzione.

tanto un obbligo dello Stato di accordare l'asilo, ma un divieto di allontanamento, da cui si può dedurre un diritto dell'individuo a non essere respinto, che, come già osservato, costituirebbe la definizione 'in negativo' del diritto umano all'asilo. Alcune disposizioni della CEDU, infatti, sono state interpretate dai giudici di Strasburgo come idonee a produrre *de facto* un diritto individuale all'asilo, che gli Stati parti devono garantire, al fine di evitare gravi pregiudizi ai diritti fondamentali, espressamente contemplati dalla Convenzione¹⁹³. I 'vettori principali' attraverso i quali la Corte, avventurandosi su un "*terrain glissant*"¹⁹⁴, sarebbe giunta ad un'affermazione per via pretoria di tale diritto sono le disposizioni contenute rispettivamente negli artt. 3 e 8 CEDU, e le garanzie previste dall'art. 13 e dall'art. 5 CEDU in caso di detenzione dei richiedenti asilo¹⁹⁵.

2.4.2.a. Il paradigma sancito nel caso *Soering* e la protezione sottesa all'art. 3 CEDU.

La vicenda *Soering*, che costituisce il primo caso in cui la Corte ha valutato se l'art. 3 CEDU proibisse l'espulsione, qualora fosse prevedibile che un individuo sarebbe stato esposto a trattamenti inumani e degradanti, ha modellato l'archetipo giurisprudenziale di riferimento per la prassi successiva in materia¹⁹⁶.

La fattispecie in esame riguarda la decisione di estradizione di un cittadino tedesco accusato negli Stati Uniti di duplice omicidio e condannabile, pertanto, alla pena capitale, che sarebbe stata eseguita dopo una desolante attesa nel 'braccio della morte', circostanza che poteva essere considerata come ipotesi di trattamento disumano, contrario all'art. 3 CEDU. Contro la tesi sostenuta dal governo inglese, a

¹⁹³ Cfr. in proposito PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 87 ss. Si veda anche EINARSEN, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*, cit., pp. 361-389.

¹⁹⁴ In questo senso si è espresso il giudice Wilhelmina Thomassen, la quale nella sua valutazione sul caso *Said c. Paesi Bassi*, sent. del 5 Luglio 2005, ricorso n. 2345/02, in *Reports of Judgments and Decisions 2005-VI*, ha osservato che la valutazione dell'affidabilità delle dichiarazioni dei richiedenti asilo comporta «*inévitavelmente des aspects subjectifs, les juges sont parfois amenés à s'aventurer [...] sur un terrain glissant*».

¹⁹⁵ In questo senso cfr. ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 116.

¹⁹⁶ Sui rilievi del caso in esame si veda BATTJES, *The Soering Treshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 (2009), n. 3, pp. 205-219. Cfr. anche alcuni commenti di BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile*, cit., p. 9 ss.; PUENTE EGIDO, *El asilo en la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el derecho comunitario Europeo*, cit., p. 16 ss.; MOLE, *op. cit.*, p. 21 ss.; GUARNIERI, *Il caso 'Soering' davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in ZANGHÌ, PANELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, 2004, pp. 93-96. In argomento si veda anche l'analisi di BORELLI, *Allontanamento dello straniero dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani*, in ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, p. 99 ss. Estensivamente si veda CHETAİL, *Les droit des réfugiés à l'épreuve des droit de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants*, in *Revue Belge de Droit International*, 2004, p. 155 ss.

cui era stata inoltrata la richiesta di estradizione, la Corte ha affermato che la violazione del diritto a non essere sottoposto a tortura e trattamenti inumani o degradanti, «norma internazionalmente accettata e che figura, in termini analoghi, in numerosi altri strumenti giuridici internazionali¹⁹⁷», si materializza non solo quando siano gli Stati parti della Convenzione a infliggere simili trattamenti, ma anche quando “*it is liability incurred by the extraditing Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment*”¹⁹⁸. I giudici di Strasburgo, dunque, affermarono l’obbligo del Regno Unito di non autorizzare l’extradizione del ricorrente verso gli Stati Uniti, elaborando un criterio paradigmatico, in base al quale l’extradizione o l’espulsione verso un territorio, nel quale l’individuo potrebbe essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, vietati dalla norma in questione, costituisce una violazione della CEDU. Il divieto di tortura assume una valenza preponderante nel sistema della Convenzione anche ai fini di tutela dei richiedenti asilo, impedendo il *refoulement* o l’extradizione. A tal riguardo, la Corte non ha mancato di precisare, in sintonia con le analoghe disposizioni contenute in altri regimi convenzionali, anche la portata assoluta ed inderogabile del diritto affermato senza alcuna clausola eccezionale del citato art. 3, che riproduce uno dei valori basilari delle società democratiche¹⁹⁹.

In base al principio stabilito dalla Corte di Strasburgo, è possibile dedurre dall’interpretazione dell’art. 3 CEDU, che un diritto umano all’asilo si può

¹⁹⁷ DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, II ed. Napoli, 1999, p. 87 ss., il quale evidenzia che la stessa norma rientra fra le clausole intangibili della CEDU, «vale a dire di quelle clausole che si riferiscono a diritti e libertà che, come prevede l’articolo 15 par. 2 CEDU, non possono far oggetto di nessuna deroga anche quando serie minacce incombono sulla sicurezza nazionale e sull’ordine pubblico».

¹⁹⁸ CtEDU, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 91.

¹⁹⁹ Cfr. CtEDU, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 88, in cui la Corte afferma che “*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*”. Enfatizza, pertanto, DE SALVIA, *op. cit.*, p. 88, che «la disposizione contenuta nell’articolo 3 CEDU deve essere dunque annoverata fra quelle che consacrano valori fondamentali, che sono alla base delle società democratiche, valori che tendono a salvaguardare e a proteggere la dignità e l’integrità fisica dell’essere umano». Sul punto si veda anche l’analisi di BATTJES, *In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), n. 3, p. 589 ss., secondo il quale, il riferimento alle analoghe disposizioni degli altri regimi convenzionali assolverebbe la funzione di riportare la norma in esame all’alveo dello *ius cogens*; DEN HEIJER, *Whose Rights and Which Rights?: the Continuing Story of Non-Refoulement Under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*; vol. 10 (2008), n. 3, pp. 277-314; FIORAVANTI, *Diniego di riconoscimento dello status di rifugiato e concessione del permesso di soggiorno per la protezione degli individui dal rischio di tortura*, in ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, pp. 233 – 238; PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 87 ss.

indirettamente prefigurare in riferimento al diritto fondamentale 'di non essere respinto', che, come già osservato, rappresenterebbe la definizione 'in negativo' di un diritto dell'individuo all'asilo²⁰⁰.

Il principio, stabilito a proposito del caso *Soering*, è stato reiterato nella giurisprudenza successiva²⁰¹, riguardante alcuni aspetti specifici del respingimento di richiedenti asilo, smentendo, nel caso *Chahal c. Regno Unito*, quelle tesi, dirette a escludere la responsabilità dello Stato parte che rende possibile, con la propria condotta, la violazione del godimento delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'art. 3 CEDU²⁰², e superando, nel caso *Ahmed c. Austria*, gli stessi limiti convenzionali, codificati dalla Convenzione di Ginevra del 1951 circa la portata dell'obbligo di *non-refoulement*, di cui i giudici di Strasburgo recuperano il carattere assoluto²⁰³. La Corte compie, pertanto, un sindacato di merito sulla decisione delle autorità nazionali, fornendo un'autonoma valutazione della situazione di rischio che incombe sul soggetto che ha fatto richiesta d'asilo. Tale interpretazione estensiva dell'obbligo di *non-refoulement*, discendente dallo stesso art. 3 CEDU, è stata ribadita recentemente anche nel noto caso *Saadi c. Italia* del 28 Febbraio 2008, in cui la Corte, contro i tentativi di rivedere i criteri stabiliti a partire dalla causa *Chahal c. Regno Unito*, ha ribadito che l'obbligo sussiste anche se l'individuo costituisce una minaccia per la sicurezza dello Stato. Nel caso di specie, infatti, il decreto di espulsione riguardava un cittadino tunisino, sospettato di coinvolgimento

²⁰⁰ Si veda diffusamente EINARSEN, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*, cit., pp. 367; NANCE, *The Individual Right to Asylum under Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3 (1982), pp. 477-492.

²⁰¹ Cfr. in particolare CtEDU, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, sent. del 20 Marzo 1991, ricorso n. 15576/89, in Serie A, n. 201; *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, cit., par. 103; *Ahmed c. Austria*, sent. del 17 Dicembre 1996, ricorso n. 25964/94, in *Recueil* 1996-VI; *N. c. Finlandia*, sent. del 26 Luglio 2005, ricorso n. 38885/02.

²⁰² Tale obbligo è stato ribadito e cristallizzato dalla Commissione per i diritti umani con riferimento al caso *Chahal c. Regno Unito*, rapporto del 27 Giugno 1995, richiesta n. 224141/93, par. 74, in cui si è affermato che "it is well established in the case-law of the Court that expulsion by a Contracting State 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 in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) in the receiving country. In these circumstances, Article 3 (art. 3) implies the obligation not to expel the person in question to that country". Per un'analisi sostanziale della giurisprudenza citata e rilevante si rinvia a BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile*, cit., p. 9 ss.; MOLE, *op. cit.*, p. 22 ss.

²⁰³ CtEDU, *Ahmed c. Austria*, cit., par. 40 ss., in cui la Corte ha reiterato che l'art. 3 CEDU "...prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct...the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection afforded by Article 3 (art. 3) is thus wider than that provided by Article 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees". Nota in proposito LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 370 come «l'area della protezione garantita ai richiedenti asilo dalla Convenzione Europea sia più estesa rispetto a quella provvista dalla Convenzione di Ginevra». In questo senso si veda anche PUENTE EGIDO, *El asilo en la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el derecho comunitario Europeo*, cit., p. 21 ss.

in attività di terrorismo internazionale. La Corte europea ha precisato che, qualora siano in gioco valori fondamentali come quelli tutelati dalla disposizione in esame, non rileva la condotta del ricorrente, sugli Stati parti incombe, dunque, l'obbligo "not to extradite or expel", laddove ci siano motivi ragionevoli per credere che tale provvedimento sia suscettibile di configurare un rischio realistico per l'individuo di essere sottoposto a maltrattamenti vietati²⁰⁴.

La natura inderogabile del diritto contenuto nell'art. 3 CEDU, completata dal carattere assoluto del principio di *non-refoulement*, che la Corte ha ricostruito sull'applicabilità della citata disposizione, ha rappresentato il fondamento per tutelare 'par ricochet' il mancato diritto d'asilo che si sarebbe voluto ricondurre nel corredo normativo della Convenzione. Tale impostazione è trapelata dalla stessa giurisprudenza nel recente caso *Salah Sheek* dell'11 Gennaio 2007, in cui la Corte, pur ribadendo che il diritto di asilo non è contenuto nella CEDU, ha precisato, che in caso di espulsione o estradizione dello straniero, gli Stati devono considerare la rilevanza dell'art. 3 CEDU, quale norma "which enshrines one of the fundamental values of democratic societies"²⁰⁵. Considerata la natura assoluta della norma, la Corte rifiuta, dunque, di stabilire un bilanciamento tra l'interesse nazionale, correlato all'allontanamento, e il rischio personale di trattamenti inumani²⁰⁶. Tale circostanza, se non comporterà un obbligo dello Stato territoriale a concedere il

²⁰⁴ CtEDU, *Saadi c. Italia*, sent. del 28 Febbraio 2008, ricorso n. 37201/06. In proposito, GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 91 (2008), n. 2, pp. 449 ss., ha affermato che «la causa rappresentava un *test case* per indurre la Corte a tener conto delle esigenze di sicurezza che oggi sottendono l'espulsione o l'extradizione di stranieri ritenuti implicati in attività di terrorismo internazionale, e quindi a modificare gli stringenti criteri fissati a partire dalla sentenza Chahal quanto all'ammissibilità del *refoulement* in presenza di un rischio di tortura». In questo senso, cfr. anche SCOTT, *Saadi v Italy: Preventing Deportation Under Article 3 and National Security Concerns: The European Court of Human Rights Struggles To Find a Balance*, in *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 17 (2009), pp. 601– 615. Sul carattere perentorio della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo con riferimento al caso in esame cfr. anche BATTJES, *In Search of a Fair Balance*, cit., p. 584 ss., il quale nota che «in its recent judgment Saadi the European Court confirmed in an explicit and forceful manner this absolute prohibition on expulsion in case of risk of ill-treatment».

²⁰⁵ Cfr. CtEDU, *Salah Sheek c. Paesi Bassi*, cit., par. 135, in cui la Corte ha espressamente ha affermato che "the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols. However, in exercising their right to expel such aliens, Contracting States must have regard to Article 3 of the Convention which enshrines one of the fundamental values of democratic societies and prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct, however undesirable or dangerous. The expulsion of an alien may give rise to an issue under this provision, and hence engage the responsibility of the expelling State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country".

²⁰⁶ In questo senso, cfr. BATTJES, *In Search of a Fair Balance*, cit., p. 584 ss.; ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 118, in cui si afferma che «l'on mesure dans ces conditions la garantie essentielle que constitue cet article 3 dans le contexte de l'asile».

beneficio dell'asilo all'individuo a rischio di tortura o trattamento inumano nel Paese in cui s'intende respingerlo, assegnerà comunque all'individuo un diritto di asilo di fatto, preposto alla salvaguardia dei diritti fondamentali, enunciati dalla CEDU.

Com'è stato osservato in dottrina, comunque, l'art. 3 CEDU non è l'unica norma capace di incidere sul riconoscimento di un diritto all'asilo *de facto*²⁰⁷, affermato da una cospicua giurisprudenza, come garanzia complementare e di tipo residuale, rispetto a quella direttamente sottesa alle norme della Convenzione²⁰⁸.

2.4.2.b. Diritto di asilo e rispetto della vita privata e familiare: la rilevanza dell'art. 8 CEDU.

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare, enunciato dall'art. 8 CEDU, può costituire anch'esso una garanzia essenziale per gli obblighi che discenderebbero in capo agli Stati nei confronti dei richiedenti asilo in alcune situazioni specifiche²⁰⁹. In particolare, in caso di ricongiungimento familiare con una persona alla quale è stata già concessa protezione, il rispetto del diritto, di cui all'art. 8, potrebbe condurre all'affermazione di un diritto di asilo *de facto* per i familiari, viceversa, questo stesso diritto potrebbe essere violato dall'interferenza dello Stato, a seguito di una decisione di espulsione, nella vita privata e familiare di un individuo straniero²¹⁰.

²⁰⁷ Ha osservato MOLE, *op. cit.*, p. 23, che «*il est clair que cette disposition n'est pas la seule qui puisse être invoquée dans ce domaine*».

²⁰⁸ Il trattamento delle domande di asilo può suscitare problemi in rapporto anche ad altri diritti enunciati dalla CEDU, come il diritto alla vita (art. 2), il divieto di schiavitù e lavori forzati (art. 4), il diritto alla libertà e alla sicurezza personale (art. 5), il diritto ad un equo processo (art. 6), il principio di non retroattività delle sanzioni penali (art. 7), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), la libertà di espressione (art. 10), la libertà di assemblea e riunione (art. 11), il divieto di discriminazione nella fruibilità dei diritti enunciati (art. 14), le restrizioni all'attività politica degli stranieri (art. 16). Per la giurisprudenza rilevante in rapporto a tali diritti si veda diffusamente BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile*, cit., p. 48 ss.; MOLE, *op. cit.*, p. 85 ss.

²⁰⁹ Dispone l'art. 8 CEDU:

“1. *Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*

2. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*”.

Si veda sul punto ALLAND, TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 121, in cui ravvisa che «*la garantie que peut constituer l'article 8 pour les étrangers n'a été reconnue que récemment*»; LORENZEN, *Rifugiati, richiedenti asilo e profughi*, cit., p. 652 ss.; R. PLENDER, N. MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 87 ss.

²¹⁰ EINARSEN, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*, cit., p. 375.

Il principio del ricongiungimento familiare può implicare, ad esempio, che i familiari di un rifugiato non siano soggetti a deportazione o esclusi dall'ammissione nel territorio dello Stato. Si segnala, tuttavia, come solo recentemente la Corte europea ha mutato approccio, accogliendo una nozione più ampia di 'vita privata e familiare'. Sul piano giurisprudenziale, per la prima volta la Corte ha riconosciuto il legame intercorrente tra la protezione della vita familiare e l'ingresso di uno straniero nel territorio nel 1985 con riferimento al caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*²¹¹. In tale circostanza, i giudici affermarono che la portata dell'obbligo dello Stato di ammettere uno straniero nel proprio territorio dipende dalla situazione degli interessati. Richiamando il principio stabilito a proposito dell'applicabilità dell'art. 3 CEDU, la Corte ha constatato, però, che la causa in oggetto atteneva non solo al diritto alla vita privata e familiare ma anche ad alcuni aspetti dell'immigrazione e dell'asilo ed ha ribadito che, senza pregiudizio agli obblighi di natura convenzionale, gli Stati sono liberi di decidere circa l'ammissione degli stranieri, senza incorrere in una violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto tale norma non dovrebbe interpretarsi con l'obbligo dello Stato di accettare l'installazione dei congiunti stranieri nel proprio territorio. La Corte si è mostrata, pertanto, reticente, a riconoscere un obbligo di ammissione sulla base del principio del ricongiungimento familiare.

Tale indirizzo è stato attenuato nella giurisprudenza successiva, che ha accolto anzitutto una definizione di 'vita familiare e privata', non limitata solo alle persone che costituiscono la cellula familiare²¹², ed ha ottemperato ad un'esigenza di bilanciamento tra gli interessi nazionali, quali la tutela dell'ordine pubblico, e la protezione della vita familiare.

Gli elementi che, secondo i parametri elaborati nella sentenza *Boultif c. Svizzera* del 2 Novembre 2001, dovrebbero essere valutati al fine di accertare l'eventuale violazione dell'art. 8 sarebbero rapportabili, inoltre, alla nazionalità delle persone coinvolte e la durata del soggiorno nel Paese convenuto, nonché alla situazione familiare del ricorrente, e alla difficoltà che i familiari incontrerebbero nel seguire il ricorrente nel paese verso il quale è espulso, ed infine alla solidità dei

²¹¹ CtEDU, *Abdulaziz, Cabales And Balkandali c. Regno Unito*, sent. del 28 Maggio 1985, ricorsi nn. 9214/80; 9473/81; 9474/81, in Serie A, n. 94.

²¹² CtEDU, *Moustaquim c. Belgio*, sent. del 18 Febbraio 1991, ricorso n. 12313/86, in Serie A, n. 193; *Beldjoudi c. Francia*, sent. del 26 Marzo 1992, ricorso n. 12083/86, in Serie A, n. 234-A. Sulla base della più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr. *Lupsa c. Romania*, sent. dell'8 Giugno 2006, ricorso n. 10337/04, in *Reports of Judgments and Decisions 2006-VII*, in dottrina, cfr. MOLE, *op. cit.*, p. 107, si è ravvisato che «*la notion de vie "familiale" peut être considérée comme possédant un élément rétrospectif et prospectif: la Cour se permet en effet de jauger si cette vie a de fortes chances de cesser, de perdurer, ou d'être affectée à l'avenir*».

legami sociali, culturali e familiari con il Paese di accoglienza e con quello di origine²¹³.

Con riferimento all'eventuale violazione degli artt. 3 e 8 CEDU, nella recente causa *Trabelsi c. Italia* del 13 Aprile 2010, la Corte ha affermato che non è necessario esaminare separatamente l'eventuale violazione del diritto alla vita private e familiare, in quanto era già stata provata la violazione della norma imperativa, sancita dall'art. 3²¹⁴. A differenza del divieto di tortura, la norma dell'art. 8 non è comunque inderogabile, restando legittime le interferenze dello Stato volte a preservare interessi pubblici. Sebbene la giurisprudenza abbia indicato una linea di tendenza volta a negare la possibilità dell'allontanamento, ove il sacrificio sia particolarmente radicale, l'allontanamento della persona con la conseguente separazione della propria famiglia, può essere consentito secondo una valutazione di proporzionalità tra l'interesse pubblico da tutelare e i sacrifici richiesti alla persona²¹⁵. La Corte europea è riuscita, dunque, ad assegnare ai richiedenti asilo una protezione attinente non tanto all'affermazione di un autonomo diritto di asilo, ma alla salvaguardia di quei valori, riconosciuti dall CEDU, che il rischio di allontanamento potrebbe inficiare.

2.4.2.c. Garanzie procedurali e detenzione dei richiedenti asilo.

Con riferimento alle garanzie procedurali che rilevano in materia di asilo, occorre precisare che la Corte europea ha costantemente escluso l'applicazione dell'art. 6, che sancisce il diritto al giudice, in relazione all'ingresso e all'espulsione di cittadini di Paesi terzi, individuando, invece, nell'art. 13 sul diritto ad un ricorso effettivo²¹⁶, la disposizione richiamabile in tali circostanze, sempre che dall'allontanamento o dal diniego del titolo di soggiorno o del diritto di asilo derivi la violazione di una garanzia sostanziale della CEDU, quali quelle contemplate dai citati artt. 3 e 8.

²¹³ CtEDU, *Boutif c. Svizzera*, sent. del 2 Novembre 2011, ricorso n. 54273/00. Si veda tra gli altri CAGGIANO, *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 15 ss.

²¹⁴ CtEDU, *Affair Trabelsi c. Italia*, sent. del 13 Aprile 2010, ricorso n. 50163/08, para. 55.

²¹⁵ Cfr. CtEDU, *Şen c. Paesi Bassi*, sent. del 21 Dicembre 2001, ricorso n. 31465/96, in cui la Corte non ha ritenuto proporzionale all'interesse legittimo del benessere economico dello Stato la mancata concessione del permesso di soggiorno al figlio primogenito di una coppia di origini turche, integrata nella società di accoglienza, anche in considerazione della nascita di altri bambini che avevano acquisito la cittadinanza olandese.

²¹⁶ Dispone l'art. 13 CEDU:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”.

Tale disposizione, tuttavia, prevede la possibilità di sottoporre il proprio caso da un'istanza nazionale, che non necessariamente deve essere giurisdizionale, potendo avere anche natura amministrativa, purché dia certezza di indipendenza, e pertanto fornisce una protezione meno ampia di quella derivante dall'art. 6.

Di conseguenza, uno straniero deve avere accesso ai meccanismi utili per perseguire il suo ricorso contro l'eventuale decreto di espulsione, giacché titolare di un legittimo interesse a rimanere in uno Stato e, come evidenziato dalla Corte europea, tali rimedi non possono considerarsi 'efficienti', se le autorità nazionali non sono in grado di garantire la sospensione dell'espulsione²¹⁷. In particolare, riguardo al recente caso *Gebremedhin c. Francia*, relativo a un richiedente asilo respinto alla frontiera, la Corte ha chiarito che, per essere efficace, un rimedio dovrebbe avere effetto sospensivo, almeno quando vi sia il rischio di tortura o di trattamenti inumani e degradanti, di modo da poter svolgere il proprio esame prima che si concretizzino danni irreparabili, come quelli che potrebbero derivare dall'allontanamento del richiedente²¹⁸.

Tale implicito diritto a ottenere la sospensione dell'espulsione deporrebbe a favore del riconoscimento di un diritto all'asilo *de facto* e temporaneo emergente in seno al regime giuridico della CEDU, in netto contrasto con alcune linee di tendenza della giurisprudenza interna. La Corte di Cassazione italiana, per esempio, ha recentemente confermato che uno straniero, richiedente asilo politico, può essere comunque sottoposto a espulsione, avallando la posizione già sostenuta dalla stessa Corte, che aveva in precedenza negato l'obbligo di sospendere tale tipo di provvedimento nei confronti di uno straniero, in attesa di un procedimento per la determinazione dello status di rifugiato²¹⁹.

Il tenore della giurisprudenza della Corte di Strasburgo è stato inoltre recentemente amplificato dalla recente sentenza del 21 Gennaio 2011 sul caso *M.S.S. v. Belgio e Grecia*, in cui la Corte ha riscontrato una violazione degli artt. 3 e

²¹⁷ Riguardo al caso *X c. Danimarca*, sent. del 29 Settembre 1976, ricorso n. 7465/76, la Commissione europea dei diritti umani, ad esempio, ha riconosciuto che "if an individual claims that the execution of an expulsion measure...may violate the Convention, a remedy without suspensive effect is ineffective". Attraverso una notevole giurisprudenza, la Corte ha sospeso l'espulsione di richiedenti asilo, invocando l'eventuale violazione di uno specifico art. della Convenzione, cfr. *Bader altri c. Svezia*, sent. dell'8 Novembre 2005, ricorso n. 13284/04; *Čonka c. Belgio*, sent. del 5 Febbraio 2002, ricorso n. 51564/99; *Hilal c. Regno Unito*, sent. del 6 Marzo 2001, ricorso n. 45276/99; *Cruz Varas e altri c. Svezia*, cit., supra nt. 201.

²¹⁸ Cfr. CtEDU, *Gebremeldhin c. Francia*, sent. del 26 Aprile 2007, ricorso n. 25389/05, si veda in proposito DE VITTOR, *Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato: la sospensione della misura di espulsione*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 2 (2008), n. 2, pp. 427-432.

²¹⁹ Cfr. Corte di Cassazione, I sez. civ., sent. n. 11264/2009 del 14 Maggio 2009, in conferma del precedente stabilito con sent. 22367 del 25 Ottobre 2007, precisando che "in tema di disciplina dell'immigrazione, poiché il provvedimento amministrativo di espulsione dello straniero extracomunitario è obbligatorio e a carattere vincolato, il giudice ordinario è tenuto unicamente a controllare l'esistenza al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione, senza che sia possibile configurare un obbligo di sospensione necessaria dal relativo procedimento qualora ne sia pendente un altro nel quale si controverta dell'esistenza dei presupposti idonei a legittimare l'adozione del relativo decreto; che questa Corte (...) ha già negato che, in pendenza di altro ricorso volto ad ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato politico in favore dello straniero, derivi l'obbligo di sospensione del procedimento di espulsione per lo straniero".

13 CEDU da parte del Belgio, in quanto, rinviando un richiedente asilo in Grecia, in attuazione dei criteri stabiliti dalla normativa comunitaria, “*the Belgian authorities exposed the applicant to detention and living conditions in that State that were in breach of Article 3*”²²⁰. Infatti, l’arbitrarietà con cui le autorità nazionali decidono di trattenere in un centro di detenzione un individuo solo perché richiedente asilo, e di sottoporlo a dei trattamenti che lo privano della dignità umana, determina la violazione dell’art. 3 CEDU. A tal riguardo, si deve rammentare che, come ha affermato il Commissario del Consiglio d’Europa per i diritti umani, Thomas Hammarberg, «*seeking asylum is a human right, not a crime*»²²¹. Violano, inoltre, l’art. 13 CEDU, gli Stati che non garantiscano, non disciplinando nella legislazione nazionale, il diritto ad un ricorso effettivo, avverso la decisione di non concedere l’asilo politico.

La Corte europea, inoltre, in un solo caso, *Čonka c. Belgio*, ha constatato la violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 4 allegato alla CEDU, che stabilisce il divieto di espulsioni collettive, già sotteso ad una norma di diritto internazionale generale, e ha condannato lo Stato convenuto per il respingimento in massa di un gruppo di cittadini slovacchi di etnia ‘Rom’ senza aver provveduto ad un adeguato esame individuale delle richieste di asilo²²². Anche nei ricorsi *Sejdovic e Sulejmanovic c. Italia* e *Sulejmanovic e Sultanovic c. Italia* era stata contestata la violazione della stessa disposizione, a seguito dell’ordine di espulsione emesso nei confronti di un gruppo di persone ‘Rom’ originarie della ex-Yugoslavia. La Corte, tuttavia, non è giunta a emettere una sentenza, in quanto attraverso un regolamento amichevole dell’8 Novembre 2002, il governo italiano ha accolto le richieste dei ricorrenti, facendoli rientrare in Italia e concedendo un permesso di soggiorno per motivi umanitari²²³.

Per quanto riguarda la costruzione di un eventuale diritto umano di asilo, il principio di cui all’art. 13 CEDU è rafforzato dalla interpretazione giurisprudenziale di una norma altrettanto rilevante, contenuta nell’art. 5 CEDU, riguardo alla detenzione arbitraria di richiedenti asilo²²⁴. Tale disposizione, che, ai sensi del

²²⁰ Cfr. CtEDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sent. del 21 Gennaio 2011, ricorso n. 30696/09.

²²¹ Commissario per i diritti umani, Thomas Hammarberg, *Seeking asylum is a human right, not a crime*, Viewpoint del 30 Ottobre 2006, disponibile sul sito ufficiale: <www.commissioner.coe.int>.

²²² Cfr. CtEDU, *Čonka c. Belgio*, cit., *supra* nt. 217. Si veda in proposito ALENI, *Divieto di espulsioni collettive ed obbligo di esame individuale della situazione dello straniero*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, n. 6, pp. 1250-1252.

²²³ Cfr. CtEDU, *Sejdovic e Sulejmanovic c. Italia*, ricorsi nn. 57574/00 et 57575/00.

²²⁴ Il disposto dell’art. 5 par. 1 CEDU dopo aver enunciato il principio, in base al quale “*everyone has the right to liberty and security of person*”, specifica le varie circostanze in cui la restrizione della libertà personale è ammessa, con riferimento ai casi di arresto e detenzione legittimi. Inoltre, i paragrafi successivi della norma mirano a individuare i diritti che sorgono comunque in capo all’individuo posto in stato di detenzione, prevedendo anche al par. 5 che “*everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation*”.

comma 1 lett. f), prevede l'arresto e la detenzione dello straniero “*per impedire di penetrare irregolarmente nel territorio, o contro cui è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione*”, ha assunto un notevole rilievo a seguito della prassi, invalsa in alcuni Stati europei, della detenzione preventiva dei richiedenti asilo²²⁵, ritenuta fondata sull'art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951 e sulla Conclusione n. 44 del Comitato esecutivo dell'UNHCR sulla detenzione dei rifugiati e richiedenti asilo. Il regime internazionale di protezione dei rifugiati impone, infatti, obblighi di tolleranza, che prevedono un periodo limitato di custodia dello straniero presente nel territorio di uno Stato, ai fini dell'accertamento delle condizioni per ottenere il beneficio dell'asilo o il riconoscimento dello status di rifugiato²²⁶.

In relazione al caso *Saadi c. Regno Unito*, la Corte, domandandosi per la prima volta quali fossero i criteri da applicare alla detenzione dei richiedenti asilo, in attesa dell'accertamento del loro status, ha confermato l'approccio, che si deduce dalla Convenzione di Ginevra del 1951, giustificando un breve periodo di detenzione, se tale circostanza sia “*véritablement partie du processus tendant à déterminer si l'intéressé doit se voir accorder l'autorisation d'immigrer et/ou l'asile, et que cette détention ne soit pas arbitraire à d'autres égards, par exemple en raison de sa durée*”²²⁷. In numerosi altri casi, i giudici di Strasburgo hanno constatato una violazione del diritto di cui all'art. 5 CEDU, per l'eccessiva durata della detenzione, non giustificata dalla garanzia procedurale di accertare lo status del richiedente asilo²²⁸.

²²⁵ In argomento cfr. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile*, cit., p. 50 ss.; MOLE, *op. cit.*, p. 89 ss.; WIEDERKEHR, *L'Œuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de l'asile et des réfugiés*, cit., p. 212 ss.

²²⁶ In questo senso depongono anche i lavori preparatori della Convenzione di Ginevra del 1951, cfr. in proposito WEISS (ed.), *The Refugee Convention, 1951, the Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, cit., p. 302 ss. Dispone l'art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951:

“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*”.

²²⁷ Cfr. CtEDU, *Saadi c. Regno Unito*, sent. dell'11 Luglio 2006, ricorso n. 13229/03.

²²⁸ Rilevano in questo senso alcuni casi, quali, *Bozano c. Francia*, sent. del 18 Dicembre 1986, ricorso n. 9990/82, in A 111; *Quinn c. Francia*, sent. del 22 Marzo 1995, ricorso n. 18680/91, in Serie A, n. 311, in cui la Corte aveva ritenuto ‘sproporzionata’ la durata della detenzione non finalizzata allo svolgimento in modo diligente delle procedure necessarie; *Singh c. République Tchèque*, sent. del 25 Gennaio 2005, ricorso n. 60538/00, in cui la Corte ha constatato che le autorità non avevano dato prova della cura necessaria per ottenere dalla autorità indiane la documentazione necessaria al respingimento del ricorrente. Si veda in proposito MOLE, *op. cit.*, p. 95 ss.; PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 87 ss.

Nell'alveo giuridico dell'art. 5 CEDU si deve, inoltre, riportare una serie di garanzie procedurali per i richiedenti asilo in stato di legittima detenzione²²⁹. Nel caso *Saadi c. Regno Unito*, ad esempio, al richiedente asilo, non sono state notificate per oltre tre giorni le motivazioni della sua detenzione²³⁰. Inoltre, ogni individuo ha il diritto, fondato sull'art. 5 par. 4, di ricorrere a un tribunale per verificare periodicamente la legittimità della propria detenzione. Nella sentenza del 1006 sulla causa *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, lo Stato convenuto è stato, invece, condannato per aver detenuto per due mesi in un centro di permanenza temporanea per adulti, una bambina di cinque anni, prima di consentirle di raggiungere il Canada, dove la madre aveva ottenuto lo status di rifugiata²³¹.

Infine, la giurisprudenza della Corte europea ha equiparato il trattenimento degli stranieri nelle zone internazionali degli aeroporti al regime di detenzione, individuando riguardo al noto caso *Amuur c. Francia*, e più recentemente nel citato caso *Gebremedhin c. Francia*, una violazione dell'art. 5 CEDU²³².

Tale pronuncia assume notevole rilevanza con riferimento ai richiedenti asilo, sia in considerazione della necessità di conciliare la protezione dei diritti fondamentali e i presupposti di sicurezza per la politica di immigrazione degli Stati, ma anche perché incorpora l'*acquis* del Consiglio d'Europa in materia di asilo, costituito dalle risoluzioni e raccomandazioni dall'Assemblea e del Comitato dei

²²⁹ Cfr. le disposizioni di cui si sostanzia l'art. 5 nei par. 2 e seguenti, in cui si afferma che:

“2. *Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.*

3. *Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.*

4. *Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.*

5. *Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation”.*

²³⁰ Cfr. analogamente la causa *Shamayev e altri c. Georgia e Russia*, sent. del 12 Aprile 2005, ricorso n. 366378/02.

²³¹ Cfr. CtEDU, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgio*, sent. del 12 Ottobre 2006, ricorso n. 13178/03. Si veda in proposito PERTILE, *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhiyeva*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4 (2010), n. 2, pp. 457- 462.

²³² Cfr. CtEDU, *Amuur c. Francia*, sent. del 25 Giugno 1996, ricorso n. 19776/92, in *Reports 1996-III*, al par. 54 la Corte ha concluso che “*The French legal rules in force at the time, as applied in the present case, did not sufficiently guarantee the applicants’ right to liberty. There has accordingly been a breach of Article 5 para. 1*”. Per i rilievi del caso cfr. MOLE, *op. cit.*, p. 97 ss.; WIEDERKEHR, *L'Œuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de l'asile et des réfugiés*, cit., p. 212 ss. Recentemente, nella causa *Gebremeldhin c. Francia*, cit., *supra* nt. 218, la Corte riconosceva il diritto di asilo a un ricorrente che aveva presentato appello contro un ordine di espulsione, conseguente al mancato riconoscimento del diritto di asilo, motivato dalla mancata esibizione dei documenti d'identità all'aeroporto di Parigi, si veda in proposito DE VITTOR, *Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato*, cit., p. 429 ss.

Ministri. Questo patrimonio di *soft law* si aggiunge, acquisendo maggiore efficacia, alle disposizioni della CEDU, da cui risultano dei diritti specifici, che, senza alcuna discriminazione, devono essere riconosciuti ad ogni essere umano, e che costituiscono il parametro di riferimento per ricostruire quel diritto all'asilo, che, taciuto nel testo della Convenzione, è affermato costantemente dai giudici di Strasburgo, come corollario di un sistema efficace di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

In definitiva, le pronunce della Corte di Strasburgo, come ha affermato il Segretario Generale del Consiglio d'Europa, Thorbjørn Jagland, in un'intervista del 2 Dicembre 2010 all'*European Council on Refugees and Exiles* (ECRE), pur confermando che gli Stati membri hanno il diritto di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri, esigono che “*in doing so, they should not undermine the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights*”²³³.

2.5. L'affermazione di un diritto all'asilo nella giurisprudenza degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani.

L'*iter* giurisprudenziale della Corte europea di Strasburgo, nel tentativo di garantire la più ampia tutela dei diritti umani, è riuscita a circoscrivere un certo margine operativo ad un diritto umano all'asilo *de facto*, ritenendo proibito l'allontanamento di uno straniero verso uno Stato, laddove possa comportare la violazione di uno dei diritti umani riconosciuti²³⁴. Tale linea di tendenza si attesterebbe come un orientamento generale, poiché, alla luce di un approccio comparato, essa appare compatibile con le pronunce degli altri organi di controllo dei trattati sui diritti umani, come i due Comitati dell'ONU per i diritti umani e contro la tortura, preposti alla sorveglianza rispettivamente del *Patto sui diritti civili e politici* e della *Convenzione contro la tortura*.

Sebbene tali strumenti convenzionali, come la CEDU, non prevedano alcun riferimento né al diritto di asilo né al divieto di *non-refoulement*, l'attività degli organi di controllo di tali strumenti ha ricavato indirettamente la previsione di un diritto di asilo, inteso come “*diritto a non essere respinto*”, dall'enunciazione di altri diritti fondamentali. Per quanto appartenenti a due dimensioni normative differenti, universale e regionale, tali organi, richiamandosi a vicenda nelle loro pronunce,

²³³ Cfr. ECRE, *Interview with Thorbjørn Jagland, Secretary General of the Council of Europe*, 2 Dicembre 2010, in: <www.coe.int/t/secretarygeneral/.../20101202_ECRE_interview_SG_en.doc>. Il Segretario generale ha inoltre specificato che “*all Council of Europe Member States are committed under the European Convention on Human Rights to protect those within their jurisdiction in need of international protection because they are in real danger of persecution, torture, inhuman or degrading treatment or punishment if returned to their home country. The role of the Council of Europe is to assist Member States to give full effect to this commitment*”.

²³⁴ Sul punto si veda BORELLI, *Allontanamento dello straniero dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani*, cit., p. 99 ss.

hanno sviluppato una giurisprudenza che autonomamente può costituire il *corpus* giuridico di un diritto di asilo in via d'affermazione sul piano normativo, ma già esistente *de facto* sul piano giurisprudenziale. Lo sviluppo di tale prassi giurisprudenziale, sia nei casi in cui l'individuo ha accesso diretto sia in quelli in cui non si riscontra tale possibilità, impone dei limiti sostanziali alla libertà degli Stati di agire nei confronti degli stranieri²³⁵.

In questa prospettiva, un ruolo particolarmente propulsivo, come noto, è rivestito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che non è tra l'altro, affatto estranea alla nozione di 'diritti impliciti', «*especially where such rights can be readily identified*²³⁶», i giudici di Strasburgo, infatti, sono stati progressivamente influenzati da quella che può essere definita «*the internal logic of the Convention and the status of the asserted right in domestic and international law generally*²³⁷».

Il principio pionieristico riconosciuto dai giudici di Strasburgo a proposito del caso *Soering* è stato, infatti, mutuato dalla prassi del Comitato contro la tortura, specialmente in *Balabou Mutombo c. Svizzera* e *Tala c. Svezia*²³⁸, e del Comitato dei diritti umani, il quale nel caso *Kindler c. Canada*, ha statuito che uno Stato incorrerà in una violazione del Patto sui diritti civili e politici, qualora respinga un richiedente asilo verso un paese in cui rischia di essere sottoposto a tortura²³⁹. In questa prospettiva, gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, come interpretati dai rispettivi organi di controllo, hanno assolto una duplice esigenza, rapportabile, anzitutto, all'affermazione di un diritto di asilo che si sostanzia del principio di *non-refoulement*, la cui portata è stata estesa oltre i limiti e le previsioni della Convenzione di Ginevra del 1951²⁴⁰.

Anche con riferimento al diritto a una vita 'privata e familiare', tutelato anche dall'art. 17 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, si è sviluppata una solida

²³⁵ Si veda in proposito PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 105, i quali riconoscono che «*those administering aliens law and those concerned with the protection of individuals must now keep abreast of this substantial body of new law: a body of law which regulates to a substantial degree the procedures connected with entry, refusal, stay, expulsion and detention*».

²³⁶ Si veda diffusamente EINARSEN, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*, cit., p. 364 ff., in cui si sostiene che la sentenza principale in cui la Corte ha considerato ed accettato il concetto di '*implied right*' risale al caso *Golder c. Regno Unito*, 21 Febbraio 1975.

²³⁷ MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, II ed., Manchester, 1993, p. 76 ss.

²³⁸ Cf. CAT/C/12/D/013/1993, *Balabou Mutombo v. Switzerland*, Comunicazione n. 13/1993, 27 Aprile 1994; CAT/C/17/D/43/1996, *Tala Kaveh Yaragh v. Sweden*, Comunicazione n. 43/1996, 15 Novembre 1996.

²³⁹ Cfr. CCPR/C/48/D/470/1991, *Kindler v. Canada*, Comunicazione n. 470/1991, 30 Luglio 1993; CCPR/C/49/D/469/1991, *Ng v. Canada*, Comunicazione n. 469/1991, 5 Novembre 1993.

²⁴⁰ Cfr. in proposito M. PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, p. 27 ss.

giurisprudenza e lo stesso Comitato per i diritti umani ha riconosciuto che tale diritto può essere violato da un'indebita interferenza da parte dello Stato²⁴¹.

Analogamente, le garanzie procedurali, di cui all'art. 13 CEDU e alla corrispondente norma, codificata nell'art. 2 paragrafo 3 del Patto, sono suscettibili di trovare applicazione nei casi di allontanamento²⁴². In *Hammel c. Madagascar*, in particolare, il Comitato per i diritti umani ha riconosciuto che non sussisteva alcun motivo di interesse nazionale tale da privare il ricorrente dell'opportunità di impugnare il suo ordine di espulsione²⁴³. Il Comitato, ha, tra l'altro, riconosciuto che uno straniero deve avere accesso a rimedi effettivi contro un provvedimento di espulsione²⁴⁴, e, come enfatizzato dalla Corte di Strasburgo, i rimedi a disposizione difficilmente possono ritenersi efficaci, se non prevedono la possibilità di sospendere il provvedimento di espulsione.

In sintesi, la prassi degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani attesta che la sussistenza di un rischio di gravi violazioni dei diritti fondamentali nello Stato di destinazione costituisce un limite assoluto all'allontanamento, lo sviluppo di tale corpus normativo colma le lacune del sistema internazionale circa la rilevanza del diritto di asilo. Tale previsione, sebbene non sottenda ancora un diritto individuale autonomo, ammette il diritto di asilo *de facto* come un diritto di natura complementare e sussidiaria nei confronti di altri diritti fondamentali espressamente codificati.

In questo senso, la prassi di tali organi contribuisce, dunque, ad innovare anche il regime internazionale di tutela dei rifugiati, permeandolo col più ampio approccio metodologico dei diritti umani, contribuendo a spostare il fulcro dell'istituto dell'asilo dall'alveo della sovranità territoriale alla prospettiva individuale. Tale prospettiva proietta in alcuni contesti regionali, particolarmente sensibili al fenomeno delle migrazioni, che, tuttavia, non dispongono di un sistema integrato di protezione dei rifugiati, quale l'area euro-mediterranea, l'aspettativa che i tentativi sul piano dell'edificazione giuridica includano la previsione e la garanzia di un diritto di asilo, come prerogativa dell'individuo.

²⁴¹ Cfr. CCPR/C/12/D/35/1978, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 Other Mauritian Women v. Mauritius*, Comunicazione n. 35/1978, 9 Aprile 1981, in cui il Comitato ha stabilito che «*the exclusion of a person from a country where close members of his family are living can amount to an interference...*»

²⁴² Si veda EINARSEN, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*, cit., p. 376 ss.; per un approccio di tipo comparato, cfr. PLENDER, MOLE, *Beyond the Geneva Convention*, cit., p. 101 ss.

²⁴³ Cfr. CCPR/C/OP/2 at 179 (1990), *Hammel v. Madagascar*, Comunicazione n. 155/1983, 3 Aprile 1987, par 19.

²⁴⁴ Si veda Comitato per i diritti umani, General Comment n. 15/27, *Status of Aliens under ICCPR*, 11 Aprile 1986.

CADRE DE SYNTHÈSE

La relevance du phénomène normatif des droits de l'homme a modifié la configuration du droit d'asile en droit international. Son développement humanitaire répond, en fait, à la nécessité de concevoir l'individu comme sujet du système international, en dépassant une structure ancrée à la prédominance de la souveraineté territoriale de l'État. Si le droit international coutumier a cristallisé l'asile comme une prérogative souveraine de l'État, exercée dans les limites imposées par les obligations internationales, des tentatives récentes dans la doctrine et dans certaines organisations internationales ne sont pas complètement manquées, en contribuant à consolider l'asile en tant que droit de l'homme et devoir de l'État à l'accorder.

Le processus de codification du régime international d'asile a en effet souffert d'une crise, liée à la prédominance de la notion de souveraineté territoriale de l'État. Si, au niveau universel, les principales conventions adoptées au sein des Nations Unies, n'ont pas achevé une reconnaissance explicite du droit de l'homme à l'asile, les conditions qui peuvent conduire à l'émergence de ce droit fondamental des étrangers d'être admis sur le territoire d'un autre État pour obtenir une protection contre la persécution ont produit des résultats plus avancés dans le contexte régional.

Dans cette perspective, la protection internationale du droit d'asile en tant que prérogative de la personne a fait l'objet de l'activité du Conseil de l'Europe et, en particulier, malgré l'absence d'une disposition spécifique dans la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a dérivé un droit de l'homme *de facto* à l'asile, ce qui correspond à une obligation de l'État de ne pas refouler un demandeur d'asile qui, autrement, aurait souffert de graves violations d'autres droits fondamentaux prévus par la CEDH. A l'absence des règles conventionnelles *ad hoc*, les tentatives d'affirmation d'un droit fondamental à l'asile ont contribué à concevoir l'asile en tant que droit à caractère subsidiaire, qui complète ou mieux définit la protection d'autres droits fondamentaux, tout d'abord le droit de ne pas être soumis à torture ou traitements inhumains et dégradants.

Il y a lieu aussi de distinguer le droit fondamental à l'asile selon deux volets. D'un côté, on peut reconnaître un droit de rechercher et demander asile, conçu comme un droit dont toute personne dispose vis-à-vis de l'État d'origine, sans imposer aucune obligation à l'État de destination. Dans cette perspective, l'individu, en conformité à la disposition de l'article 13 paragraphe 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, aurait le droit de quitter son propre Pays. D'autre côté, une deuxième approche, bien plus ambitieuse, aurait le but de reconnaître à l'individu un droit fondamental à l'asile dans l'État de refuge basé sur l'interprétation de l'article 14 paragraphe 1 de la même Déclaration universelle, qui précise que «*devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays*». Il faut dire à cet égard que cette formule avait été prévue quelques mois avant dans le contexte régional au sein de l'Organisation des États américains, où la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme à l'article XXVII inclut expressément le droit de l'individu de chercher et de bénéficier de l'asile.

L'affirmation d'une obligation de l'État de refuge conséquent à un droit fondamental de l'homme à l'asile, représente la pierre angulaire du droit international contemporain. Contrairement au droit de rechercher et de demander l'asile, le droit de bénéficier de l'asile suggère l'existence d'une norme minimale de protection résultant de l'admission d'un étranger sur le territoire d'un État. Toutefois, au sein de la Conférence mondiale des Nations Unies de 1993, les représentants de 171 États ont refusé d'élargir le champ d'application de certains droits, en réitérant, en ce qui concerne le droit d'asile, la disposition de l'article 14 de la Déclaration universelle de 1948. Pourtant, malgré un droit fondamental à l'asile pourrait découler d'une interprétation systématique de la Déclaration et des travaux préparatoires, la formule de l'article 14, en effet, a été purgé de toute référence au droit de l'homme à l'asile. On peut croire probablement que le droit d'asile avait été conçu «*en termes programmatiques, en tant qu'idéal commun à atteindre dans le futur*».

Toutefois, le travail de codification et production normative en matière d'asile au sein des Nations Unies a été plutôt stérile, visant à réaffirmer le sens traditionnel, qui donne à l'État le plein droit d'accorder ou refuser l'asile à une personne.

De 1949 à 1952 pendant les travaux de rédaction du Pacte international des droits civils et politiques de 1966, à cause la réticence des États à accepter l'existence d'un droit d'asile en tant que droit fondamental de l'individu, et en raison d'une vague et pas du tout consensuelle définition des bénéficiaires de ce droit, le Pacte n'a comportait aucune des propositions soumises, considérées

incompatibles avec le droit absolu des États de décider d'admettre ou d'exclure un étranger de son territoire.

La Commission du droit international seulement en 1962 a décidé d'inclure la problématique de l'asile dans son programme de travail, sans, toutefois, déterminer le moment pour le début d'un examen spécifique et systématique de la question. Les travaux de la Conférence des Nations Unies sur l'asile territorial afin d'élaborer une convention *ad hoc* n'a rien abouti, mais la majorité des États étaient favorables à un texte qui ne traduisait pas un droit de l'homme à l'asile. La Commission du droit international en 1977 a conclu que la question du droit d'asile ne semblait pas à l'heure actuelle d'exiger un examen attentif. Depuis 1977, aucun nouveau progrès n'a été réalisé à un niveau universel dans le domaine de l'asile. Cette insuffisance a connu, en revanche, des solutions régionales hétérogènes qui ont innové, dans certains cas, le droit international dans la perspective individuelle.

La perspective du droit international vis-à-vis du droit d'asile est changée, suite de deux phénomènes. Tout d'abord, on fait référence à la construction d'un système international universel pour la protection des réfugiés. Un deuxième phénomène découle de l'affirmation progressive de la protection internationale des droits de l'homme, qui a contribué à définir l'asile, en tant que prérogative qu'une personne peut avancer au niveau procédural afin d'obtenir la tutelle d'autres droits fondamentaux devant les tribunaux établis dans différents régimes conventionnels, cela est la cas, par exemple de la jurisprudence évolutive importante de la Cour de Strasbourg.

En ce qui concerne la protection internationale des réfugiés, la plate-forme juridique de référence est représentée par la Convention de Genève du 28 Juillet 1951 complétée par le Protocole de New York de 1967. Ce système a déterminé l'universalisation des principes qui caractérisent ses particularités. Il est donc possible de dégager certaines tendances qui militent en faveur d'une évolution du droit d'asile en tant que droit de l'homme. On peut affirmer que ces tendances sont toutes des manifestations d'un seul principe fondamental, tel que l'interdiction du refoulement. L'idée selon laquelle un État ne doit pas refouler des demandeurs d'asile dans des Pays, où ils peuvent risquer la vie ou leur intégrité physique faisait l'objet des accords préexistants à la Convention de Genève de 1951.

Certes, l'universalisation de la protection internationale des réfugiés mentionnée ci-dessus a donné au principe de non-refoulement une opérativité au-delà de l'article 33 de la Convention de Genève de 1951, étant codifié dans le cadre d'autres instruments de protection des droits de l'homme bien au niveau universel que régional, et il a constitué une pratique généralement acceptée par les États, à laquelle la jurisprudence des organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme a aussi attribué une valeur obligatoire. En protégeant l'individu contre le risque de persécution, le principe de non-refoulement reconnaît un droit à l'asile défini « en négatif » comme droit de toute personne à ne pas être refoulée dans Pays où il y a des risques réels de persécution.

Un deuxième élément visant à l'affirmation d'un droit de l'homme à l'asile en droit international découle de l'interprétation du principe de non-refoulement par la jurisprudence des organes de contrôle des traités sur les droits de l'homme. Bien que ces dispositifs conventionnels, tels que le Pacte des Nations Unies pour les droits civils et politiques, la Convention des Nations Unies contre la torture, ou, au niveau régional, la CEDH ne contiennent aucune référence au droit d'asile, la jurisprudence des organes de contrôle de ces instruments a indirectement confirmé l'existence de ce droit, conçu comme droit complémentaire d'autres droits fondamentaux, expressément contemplés. Bien qu'appartenant à deux différents niveaux normatifs, universels et régionaux, en se rappelant les uns aux autres dans leurs décisions, ils ont développé une jurisprudence qui peut représenter, en effet, le corpus juridique minimale d'un droit d'asile *in statu nascendi*, mais déjà opératif *de facto* au niveau jurisprudentiel.

Dans cette perspective, un rôle très significatif est joué par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui par une application « par ricochet » c'est-à-dire indirecte, de l'article 3 CEDH concernant le droit à la liberté de la torture ou des traitements inhumains et dégradants, à partir de l'arrêt de 1989 sur l'affaire Soering, a tiré non pas tant l'obligation d'un État d'accorder l'asile, mais une interdiction de refoulement, qui permet d'identifier un droit minimal de toute personne à ne pas être refoulée, qui serait la définition « en négatif » d'un droit de l'homme à l'asile.

Certaines dispositions de la CEDH ont également été interprétées par les juges de Strasbourg pour leur aptitude de produire *de facto* un droit de l'homme à l'asile. Les « moteurs principaux » (mais pas du tout exclusifs), par lesquels la Cour s'est aventurée sur un « *terrain glissant* » sont représentés par les dispositions contenues dans les articles 3, 8 sur le respect de la vie privé et familiale, et l'article 5 sur la détention des demandeurs d'asile.

On doit spécifier à cet effet que la jurisprudence de Strasbourg a également contribué à déterminer la portée absolue et indérogeable du principe de non-refoulement, rappelé récemment dans la célèbre affaire *Saadi c. Italie*, 28 Février 2008, dans laquelle la Cour a réitéré qu'une telle obligation existe même si la personne constitue une menace pour la sécurité de l'État, ce qui reflète, par conséquent, un examen de la relation entre la valeur de la souveraineté territoriale et la protection des droits l'homme dans la communauté internationale contemporaine.

Le principe reconnu par les juges de Strasbourg a également inspiré la pratique du Comité contre la torture et du Comité des droits de l'homme, qui, dans le cas de *Kindler c. Canada* a statué que l'État sera passible d'une violation du Pacte international des droits civils et politiques si refoule un demandeur d'asile dans un Pays où il risque d'être soumis à torture.

Le droit au respect de la vie privée et familiale, inscrit dans l'article 8 CEDH, à sa fois, points dans certaines situations typiques, parce que la garantie de cette disposition pourrait être prise en considération par rapport à toute ingérence de l'État dans la vie privée et familiale du demandeur d'asile par une décision d'expulsion, et en cas de réunification familiale avec la personne qui a déjà obtenu la protection demandée par un autre membre de la famille. En référence à la violation de l'article 3 CEDH et du droit à la vie privée et familiale, dont l'article 8 CEDH, la jurisprudence relative à l'affaire *Saadi* a été rappelé récemment dans l'arrêt *Italie c. Trabelsi* du 13 avril 2010. La Cour en particulier a réitéré les conclusions déjà exprimées, notant aussi qu'en ce qui concerne la violation de l'article 8 de la CEDH, alléguée par le requérant, parce que son expulsion en Tunisie l'aurait privé de liens affectifs avec sa femme et ses deux enfants mineurs résidants en Italie, a jugé qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément la violation du droit à la vie privée et familiale, ayant déjà conclu à une violation du droit absolu prévu dans l'article 3 CEDH.

Comme indiqué par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Thorbjørn Jagland, dans une interview du 2 décembre 2010 avec le Conseil européen pour les réfugiés et les exilés - ECRE, les décisions de la Cour de Strasbourg, tout en confirmant que les États membres ont droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'expulsion des étrangers, ce faisant, ils ne devraient pas miner les droits garantis par la CEDH.

Encore une fois, en référence au contexte régional on ne peut pas ignorer que la disposition de l'article XXVII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme a fait l'objet d'une affaire relative des réfugiés haïtiens, par rapport à laquelle la Commission interaméricaine en 1997 a constaté expressément la violation par les États-Unis du droit de l'homme « de chercher et de obtenir asile ».

Enfin, la réclamation d'un possible droit de l'homme à l'asile aurait besoin d'une nouvelle phase de production normative qui peut mettre en œuvre ces tendances de la communauté internationale. Il est donc compréhensible, que la reconstruction de ce droit ne peut pas dériver d'un système conventionnel daté, comme la Convention de 1951, sans le risque de préfigurer un droit imparfaite. On ne peut pas dépasser ce régime, car malgré les limites qui le caractérisent, il contient un standard élevé de protection et un caractère universel. Au contraire, ce système doit être intégré et mis à jour avec la pratique du HCR qui a permis une amplification de la protection internationale, notamment en assurant la protection d'un ensemble de situations non réglementées par la Convention de Genève. La sensibilité du HCR à l'élaboration d'un autonome droit de l'homme à l'asile est évidente dans l'évolution de son mandat et l'extension ultérieure du champ d'application *ratione personae* de ses activités. Certaines tendances récentes de la jurisprudence interne, en fait, ont confirmé le rôle clé joué par le HCR vis-à-vis de la protection des demandeurs d'asile. Cette reconnaissance a confirmé l'importance des directives et recommandations du HCR, au point que, comme on a observé en doctrine, leur « *disregard requires justification* ».

SECONDA PARTE

IL DIRITTO DI ASILO NELL'AREA EURO-MEDITERRANEA

PARTIE DEUXIEME

LE DROIT D'ASILE DANS LA REGION EURO-MEDITERRANEENNE

**LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO
COME «*SELF-CONTAINED REGIME*» NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE:
COMPATIBILITÀ E DIVERGENZE**

*“È necessario che la libertà
che comprende il diritto alla libera circolazione in tutta l'Unione,
possa essere goduta in condizioni di sicurezza e di giustizia accessibili a tutti
e sarebbe contrario alle tradizioni europee
negare tale libertà a coloro che sono stati legittimamente indotti
dalle circostanze a cercare accesso nel nostro territorio”.*

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo
Tampere (Finlandia), 15-16 Ottobre 1999.

**3.1. Regime internazionale di asilo e contesto europeo: prolegomeni alla teoria
dei «self-contained regimes».**

L'analisi del regime internazionale in materia di asilo assume una rilevante peculiarità nel contesto europeo, fortemente caratterizzato da costanti flussi migratori, che interessano soprattutto l'area euro-mediterranea¹.

¹ I dati elaborati dall'Ufficio statistico della Commissione europea (EUROSTAT), cfr. HERM, *Recent migration trends: citizens of EU-27 Member States become ever more mobile while EU remains attractive to non-EU citizens*, in *EUROSTAT Statistics in focus*, n. 98, Novembre 2008, in: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/product_details/publication?p_product_code=KS-SF-08-098>, rivelano una percentuale di immigrazione totale superiore al 5 per cento per ogni mille abitanti, registrando una crescita progressiva negli ultimi anni, soprattutto nel periodo compreso tra il 2002 ed il 2006, che è rallentata nel 2006, ma che ragionevolmente può essere ritenuta suscettibile di sensibili incrementi, a seguito delle crisi umanitarie ed alle catastrofi naturali che hanno originato ulteriori flussi di richiedenti asilo. Cfr. i dati e l'analisi di QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, Napoli, 2006, p. 143 ss.; HAILBRONNER, *Asylum Law in the context of a European Migration Policy*, in WALKER, *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, 2004, pp. 43-49. Inoltre, come riporta MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, p. 326, «l'Alto Commissariato delle Nazioni per i Rifugiati ha stimato che alle soglie del Terzo Millennio esistevano 22 milioni e mezzo di rifugiati nel mondo, del quale un decimo in Europa». Cfr. i recenti dati statistici dell'UNHCR, *Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, 2008, 16 June 2009, in: <<http://www.unhcr.org/4a375c426.html>>. Si veda inoltre WHITTAKER, *Asylum Seekers and Refugees in the Contemporary World*, London, 2006, p. 43 ss.

Se a livello universale, si è assistito ad una crisi nella codificazione del diritto di asilo e l’unico strumento normativo in vigore, generalmente vincolante, risulta la *Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status di rifugiato*, si può d’altra parte affermare che la disciplina dell’asilo, quale istituto giuridico condiviso tra l’ordinamento internazionale ed i vari sistemi giuridici interni, ha anche sollecitato l’evoluzione in alcuni contesti regionali, come quello europeo, di specifici strumenti normativi e regimi uniformi. Rilevano da questo punto di vista, non solo l’attività del Consiglio d’Europa, corroborata dalla giurisprudenza evolutiva della Corte europea dei diritti dell’uomo (CtEDU), ma soprattutto gli sforzi, ancora in prospettiva *de jure condendo*, verso la creazione di un “sistema europeo comune di asilo” (*Common European Asylum System*), nel quadro dell’Unione Europea (UE)²,

² Una oramai alquanto vasta letteratura esamina le tappe significative della costruzione del sistema europeo di asilo comune. Tra i contributi e le opere più rilevanti, cfr. ALLARD, *Casualties of Disharmony: The Exclusion of Asylum Seekers Under the Auspices of the Common European Asylum System*, in *Emory International Law Review*; vol. 24 (2010), n. 1, pp. 295 -330; BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell’ordinamento comunitario dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Padova, 2010; CIERCO, *A instituição de asilo na União Europeia*, Lisboa, 2010; GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell’Unione europea*, in GASPARINI CASARI, CORDINI (a cura di), *Il diritto dell’immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario, internazionale e comparato*, Modena, 2010, vol. I, pp. 45-90; NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, in *ISPI-Working Paper*, n. 25 (2008), pp. 1 ss.; SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo: le ragioni di una politica comune*, in DRAETTA, SANTINI (a cura di), *L’Unione europea in cerca di identità*, Milano, 2008, pp. 235 -272; FERNÁNDEZ ARRIBAS, *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Granada, 2007; JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le régime européen de l’asile*, in CHETAÏL (sous la direction), *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, vol. II, Bruxelles, 2007, p. 523 ss.; PARISI, *Ai confini d’Europa. Politiche migratorie e diritto di asilo*, in RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni. Fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, 2007, p. 45 ss.; SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System: Background, Current State of Affairs, Future Direction*, The Hague, 2007; BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, 2006; GUILD, *The Europeanization of Europe’s Asylum Policy*, in *International Journal Refugee Law*, vol. 18 (2006), pp. 630-651; PEERS, ROGERS (eds.), *EU Immigration and Asylum Law: Texts and Commentaries*. The Hague, 2006; TROIANIELLO, *Il diritto di asilo nell’Unione Europea*, in BILOTTA, CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d’asilo*, Padova, 2006, p. 81 ss.; ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d’asilo*, Padova, 2006; AFZAL, *Rethinking Asylum: The Feasibility of Human Security as New Ratione Personae Protection*, in *Journal of International Law & Policy*, vol. III (2005-2006), pp. 1-42; BADAR, *Asylum Seekers and the European Union: Past, Present and Future*, in *International Journal of Human Rights*, vol. 8 (2004), n. 2, pp. 159 -197; BYRNE, NOLL, VEDSTED-HANSEN, *Understanding Refugee Law in an Enlarged European Union*, in *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), n. 2, pp. 355-379; DIAS URBANO DE SOUSA, DE BRUYCKER, *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, 2004; KLUG, *Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System?*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 27 (2004), pp. 594 - 628; SAULLE, *L’immigrazione e l’asilo nell’Europa allargata*, in *Affari Sociali Internazionali*, vol. 32 (2004), n. 1, pp. 107-122; BOCCARDI, *Europe and Refugees: Towards an EU Asylum Policy*, The Hague, 2002; LIPPARINI, *Il diritto di asilo nel diritto comunitario: l’evoluzione dal 1958 sino alla comunitarizzazione dell’acquis di Schengen e le prospettive future*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 3 (2001), n. 1, pp. 47 -64; BERGER, *La politique européenne d’asile et d’immigration, enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2000; NOLL, *Negotiating Asylum: the EU acquis, extraterritorial protection, and the common market of deflection*, The Hague, Boston, 2000; VAN KRIEKEN (ed.), *The Asylum Acquis Handbook - The Foundation for a Common European Asylum Policy*, The Hague, 2000; COLOSIMO, *L’evoluzione delle politiche europee di immigrazione e*

“basato sull’applicazione della Convenzione di Ginevra in ogni sua componente³”, che, come ha recentemente confermato la stessa Corte di giustizia dell’UE, continua a costituire la “*pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati*”⁴.

Tale obiettivo, prospettato per la prima volta a Tampere nel 1999 dalla Presidenza finlandese del Consiglio europeo, presupponeva la creazione di un sistema pienamente conforme agli obblighi internazionali in materia di asilo, che discendono direttamente dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dagli altri strumenti di tutela dei diritti umani, tra cui la CEDU, rappresentando l’aspetto più dinamico di uno degli istituti più tradizionali del diritto internazionale⁵.

Gli Stati coinvolti nel processo d’integrazione europea conserverebbero, tuttavia, i vincoli derivanti dalla pregressa ratifica di trattati in materia di asilo e tutela dei rifugiati. La *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, infatti, codifica il principio generale, in base al quale un emendamento al regime giuridico, regolato da una convenzione, può essere apportato col consenso di tutti gli Stati-Parti⁶, i quali sono tenuti a rispettare gli obblighi assunti, in ossequio al principio “*pacta sunt servanda*”. Pertanto, un regime europeo in materia di asilo, eventualmente vincolante per un numero limitato di Stati, non può prescindere dagli obblighi già codificati sul piano internazionale generale, sebbene sia possibile constatare eventuali divergenze, che soltanto alla luce della specificità assunta dalla costruzione di un sistema europeo comune di asilo è possibile appianare⁷.

di asilo, in *Nuova Rassegna di Legislazione Dottrina e Giurisprudenza*, 1999, n. 2, pp. 129–138; GUILD (ed.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, The Hague, 1996; ROSSETTO, *Le droit d’asile en Europe: évolution contemporaine*, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 39 (1993), pp. 919-935.

³ Cfr. Consiglio europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, 15-16 Ottobre 1999, in: <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/00200-r1.i9.htm>. Il par. 13, nella misura in cui richiama il rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951, costituisce il cardine intorno al quale dovrebbe strutturarsi la creazione del sistema europeo di asilo. Sul punto cfr. le osservazioni di SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 28 ss., e, inoltre, EGAN, *European Asylum Policy: Reflections on the Tampere Conclusions*, in *Irish Human Rights Review*, 2000, pp. 176–205.

⁴ Corte di giustizia dell’Unione europea, *Aydin Salabadin Abdulla e altri c. Bundesrepublik Deutschland*, sent. del 2 Marzo 2010, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08, par. 52, in GUUE n. C 113 del 1 Maggio 2010, p. 4.

⁵ ALBRECHT, *Fortress Europe? – Controlling Illegal Immigration*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 10 (2002), n. 1, p. 12, in proposito ha osservato che «*Tampere meeting has sought to develop a co-ordinated European Union approach to asylum seekers and refugees*». Si veda anche CANNIZZARO, *L’armonizzazione del diritto d’asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 84 (2001), n. 2, p. 440 ss.; CONETTI, *La armonizzazione delle politiche in materia di asilo in Europa*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. I., Bari, 1995, pp. 277–285.

⁶ Cfr. *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati (Vienna Convention on the Law of Treaties)*, adottata il 23 Maggio 1969 ed in vigore dal 27 Gennaio 1980, ai sensi dell’art. 84 par.1, (Stati firmatari: 45; Stati-Parte: 110), in *UN Treaty Series*, vol. 1155, p. 331, il cui art. 26 dispone che “*every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*”.

⁷ Sul punto si rinvia alla significativa analisi di BATTJES, *op. cit.*, p. 59 ss.

La cooperazione tra gli Stati europei nel campo dell’immigrazione e dell’asilo si è affermata gradualmente, evolvendosi da una cooperazione di tipo intergovernativo ad un’attività di competenza prima della Comunità europea (CE) e poi dell’UE, acquisita nella prospettiva di stabilire uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, coerente con la realizzazione di un mercato interno, fondato sui quattro principi della libera circolazione di merci, capitali, servizi e persone⁸. La piattaforma giuridica internazionale costituisce, dunque, la base entro cui maturerà l’esigenza di sviluppare la costruzione del sistema europeo comune di asilo, avvalendosi, tuttavia, delle peculiarità, che contraddistinguono la realizzazione degli obiettivi prioritari del processo d’integrazione europea.

La costruzione di tale sistema comune può essere esplicitata conformemente alla teoria dei «*self-contained regimes*», delineata, in seno al gruppo di lavoro della Commissione di diritto internazionale (CDI) sulla frammentazione del diritto internazionale, da Martti Koskenniemi, il quale ha sostenuto che “*when such a regime seeks precedence in regard to the general law, we have a ‘self-contained regime’, a special case of lex specialis*”⁹. L’eventualità che il sistema europeo di

⁸ Tale obiettivo era chiaramente indicato dal disposto dell’art. 61 del *Trattato istitutivo della Comunità Europea* (TCE), nella versione consolidata, pubblicata in GUUE, n. C 321 E del 29 Dicembre 2006, il quale rapportava le politiche, disciplinate dal Titolo IV, in materia di “Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone”, “*allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*”. Tuttavia, come nota SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 21, «*there is no explicit definition to be found in the EU and EC Treaties on what is to be understood under the expression ‘area of freedom, security and justice’*», individuando, secondo un’interpretazione estensiva, una condivisibile corrispondenza con il disposto dell’art. 14 par. 2 TCE. Tale norma stabiliva che “*il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale, è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato*”, disposizione già introdotta a seguito della prima grande revisione del TCE, apportata dall’*Atto Unico Europeo* (AUE) del 28 Febbraio 1986, in vigore dall’1 Luglio 1987, in GUCE n. L 169 del 29 Giugno 1987, il cui art. 8A identificava chiaramente la finalità dell’Atto nell’instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che sarebbe scaduto il 31 Dicembre 1992. Sul tema in generale si veda DRAETTA, PARISI, RINOLDI (a cura di), *Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell’Unione Europea. Principi Fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007; PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, II ed. Oxford, 2006, cfr. in particolare l’analisi di WALKER, *In Search of the Area of Freedom, Security and Justice: A Constitutional Odyssey*, in WALKER (ed.), *op. cit.*, pp. 3 – 40.

⁹ Martti Koskenniemi, che ha presieduto il Gruppo di lavoro della CDI sulla funzione e lo scopo della regola della *lex specialis* e la questione dei ‘*Self-contained Regimes*’, ha elaborato la definizione di regime giuridico come «*a union of rules laying down particular rights, duties and powers and rules having to do with the administration of such rules, including in particular rules for reacting to brache*», ha specificato che “*when such a regime seeks precedence in regard to the general law, we have a ‘self-contained regime,’ a special case of lex specialis*». Cfr. CDI, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law*, testo adottato nel 2004 in seno alla 58^a Sessione della CDI e trasmesso all’Assemblea generale come parte del Rapporto della Commissione, UN Doc. A/61/10, in: <<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>>, [di seguito “Rapporto sulla frammentazione del diritto internazionale”]. Sulla delicata problematica dei «*self-contained regimes*» nel diritto internazionale, cfr. in particolare NOORTMANN, *Enforcing International Law – from Self-help to Self-contained regimes*, Hampshire, 2005, p. 141 ss.; FISCHER-LESCANO, TEUBNER, *Regime-Collisions:*

asilo possa rapportarsi al regime internazionale nei termini di *lex specialis* per gli attuali Stati membri costituisce una prospettiva d'indagine intrinsecamente connessa alla consapevolezza che, se alla luce del diritto internazionale classico la questione del diritto di asilo atteneva alla responsabilità dei singoli Stati sovrani, i notevoli flussi migratori che influenzano la regione euro-mediterranea dagli anni novanta, hanno evidenziato la debolezza dei sistemi nazionali ad applicare le norme internazionali in materia¹⁰.

L'implementazione delle regole internazionali nel contesto europeo ha reso necessaria, pertanto, la promozione di un regime uniforme di gestione dei flussi di richiedenti asilo su cui modellare una nuova identità europea¹¹. Nell'area comunitaria, infatti, coesistevano Stati con una lunga tradizione in materia di immigrazione e Paesi che, considerati generalmente aree di transito, in realtà sono divenuti essi stessi destinazioni finali, in cui per la prima volta emergeva la necessità di confrontarsi con la problematica del diritto di asilo¹². Tale istituto giuridico, senza peraltro trascendere la dimensione umanitaria che lo caratterizza, può trovare un'ulteriore regolamentazione giuridica nel contesto dell'UE per diversi fattori, quali «l'impatto di tipo regionale che il fenomeno comporta, sia per la sua incidenza sull'economia dei singoli Stati e dell'intera Comunità, sia, infine, per la serie di diritti economici, sociali e culturali¹³», rivendicati dai rifugiati che attraverso il Mediterraneo affluiscono nel territorio dell'Unione.

3.2. *Le origini della Cooperazione Politica Europea in materia di asilo e il «laboratorio Schengen».*

L'impostazione prettamente economica del processo d'integrazione europea e la logica funzionalista, che aveva caratterizzato le prime tappe di evoluzione delle Comunità europee aveva originariamente escluso competenze in materia di asilo¹⁴,

the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 25 (2004), pp. 999– 1046.

¹⁰ È indicativo, come rivela l'analisi di JOLY, *The porous dam: European Harmonization on Asylum in the Nineties*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 6 (1994), p. 159 ss., come l'incapacità di affrontare a livello nazionale la gestione di flussi di rifugiati e richiedenti-asilo abbia portato ad una paralisi nei regimi statali europei di asilo.

¹¹ BOCCARDI, *op. cit.*, p. 27 ss., evidenzia che «*in order to overcome the political stagnation of the early 80s EC countries decided to promote the creation of a European shared identity*».

¹² Come nota COLOSIMO, *L'evoluzione delle politiche europee di immigrazione e di asilo*, cit., p. 130, è questo il caso, «dei Paesi meridionali, quali la Grecia, l'Italia, il Portogallo, la Spagna, che da zone di transito si sono sempre più trasformati in destinazioni finali per i migranti extracomunitari».

¹³ SAULLE, *L'immigrazione e l'asilo nell'Europa allargata*, cit., p. 116.

¹⁴ Secondo la prospettiva di analisi di tipo funzionalista, di cui negli anni sessanta si fecero interpreti i primi *policy-makers* comunitari, la ragione principale dell'integrazione regionale consiste nella sua efficienza funzionale. Trasponendo tale prospettiva nell'alveo giuridico, il diritto comunitario si sostanzierebbe dei progressi economici apportati dal fenomeno dell'integrazione. In altre parole, come ha specificato GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007, p. 3, «l'istituzione della Comunità Europea del carbone e dell'acciaio (CECA)...avrebbe indotto gli Stati

la cui disciplina risultava ancora «troppo intrinsecamente correlata alla sovranità statale¹⁵», perché gli Stati membri potessero ammettere un'eventuale intrusione da parte della crescente sedimentazione giuridica comunitaria.

Come noto, il *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea* non contemplava alcuna disposizione su una eventuale competenza comunitaria, seppure di natura concorrente, nell'ambito del diritto di asilo¹⁶. La mancanza di competenze in materia, tuttavia, oltre ad attestare l'irrelevanza della tematica, attinente alla protezione dei diritti dell'uomo, nel cui contesto si ribadisce che è possibile ascrivere il diritto di asilo, contrastava con l'emergenza di un fenomeno che nell'area mediterranea assumeva dimensioni progressivamente più ampie. Inoltre, la realizzazione di un mercato interno senza frontiere, come previsto dall'*Atto Unico Europeo* del 1986, non poteva esulare dall'analisi delle questioni attinenti alla libera circolazione delle persone e all'ingresso nel territorio comunitario d'individui provenienti da Paesi terzi, inclusi soprattutto soggetti meritevoli di protezione¹⁷. I primi tentativi, di certo ambiziosi della Commissione, diretti a elaborare, sulla base delle disposizioni del trattato in materia di ravvicinamento delle legislazioni nazionali¹⁸, una piattaforma normativa comune per la regolamentazione del diritto di

membri a proseguire la cooperazione in altri campi; a sua volta, l'allargamento della cooperazione avrebbe determinato l'esigenza di compiere ulteriori passi nella stessa direzione».

¹⁵ LIPPARINI, *Il diritto di asilo nel diritto comunitario*, cit., pp. 47 – 48, nota, tuttavia, che «la delicatezza della materia relativa all'attraversamento dei confini nazionali e allo stabilimento sul territorio è del resto dimostrata anche dalla lentezza con cui la libertà di circolazione dei quattro fattori produttivi, persone, merci, servizi e capitali, già, prevista nel trattato istitutivo, ha trovato concreta realizzazione». Per tali ragioni, dunque, come ha notato NIESSEN, *The European Union's Migration and Asylum Policies*, in GUILD (ed.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, cit., p. 11, «Immigration from outside the Community has always been considered to be primarily a matter for the individual Member States. Therefore, there has been no development of a common policy on immigration and asylum, and for a long time, the need for it was not felt. The EC Treaty does not give European Institutions a clear mandate to enact legislation on matters relating to immigration and integration of non-EC nationals». Si veda anche BENEDETTI, *op. cit.*, p. 113 ss.

¹⁶ Una versione originaria del *Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea*, firmato a Roma il 25 Marzo 1957 ed entrato in vigore il 1 Gennaio 1958, è disponibile in: <<http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11957E/tif/11957E.html>>. L'Italia ha ratificato il trattato con L. 1203 del 14 Ottobre 1957, in GURI n. 317 s. lex, del 23 Dicembre 1957. Come nota tra gli altri SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 21, «there are no provisions referring to a person as a citizen, third-country National, an immigrant or an asylum seeker in this Treaty». Dello stesso parere è BATTJES, *op. cit.*, p. 26, il quale riconosce che «the Treaty on European Economic Community did not make any mention of asylum, immigration or even human rights».

¹⁷ A seguito del Consiglio europeo di Fontainebleu del 25-26 Giugno 1984, tale obiettivo era già prefigurato anche dalla Commissione delle Comunità europee nel Libro Bianco, elaborato da Jacques Delors, *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*, COM (85) 310 def., 14 Giugno 1985, che indicava la regolamentazione dell'ingresso di cittadini di Paesi terzi come «a matter of common concern».

¹⁸ Si fa riferimento in particolare all'art. 94 della versione consolidata del TCE, che sostituendo l'originario art. 100, disponeva la possibilità per il Consiglio di stabilire «direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune»,

asilo e lo status di rifugiati¹⁹, furono fallimentari, in quanto talmente osteggiati dagli Stati membri da rinviare il dibattito sulla competenza ad adottare misure in materia²⁰, anche a seguito di una procedura contenziosa, promossa da alcuni Stati contro la legittimità di una decisione della Commissione adottata l’8 Luglio 1985, relativa al metodo di notifica delle misure nazionali sull’ingresso, la residenza e l’impiego di cittadini di Stati terzi²¹, in cui la Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) ribadì che la problematica delle migrazioni esulava dalle competenze della Comunità²².

Sebbene inizialmente non abbia prodotto esiti rilevanti a livello strettamente comunitario, la tematica del diritto di asilo ha contribuito, tuttavia, a catalizzare gli sforzi degli Stati membri a considerare tale aspetto come una questione di comune interesse²³, fondata sulla consapevolezza che una concreta abolizione delle frontiere interne avrebbe richiesto quale misura di compensazione per controbilanciare il ‘deficit di sicurezza’, conseguente alla libera circolazione delle persone, all’armonizzazione delle politiche e della normativa riguardanti visti, asilo ed immigrazione.

3.2.1. Le strutture della cooperazione intergovernativa in materia di asilo e immigrazione.

Le primigenie strutture europee di cooperazione sul piano intergovernativo cominciarono a svilupparsi intorno agli anni settanta e ottanta per far fronte a

deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale.

¹⁹ In ottemperanza agli obiettivi delineati dal Libro Bianco del 1985, la Commissione elaborò una proposta di “*Direttiva per il coordinamento delle regole concernenti il diritto di asilo e lo status di rifugiati*”, basata, come ravvisava PLENDER, *Competence, European Community Law and Nationals of Non-Member States*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), n. 3, p. 600, sul citato art. 100. La direttiva prevedeva il coordinamento dei regimi interni in materia di asilo, regole inerenti alla responsabilità per l’esame delle richieste di asilo, provvedimenti riguardanti il periodo di esame di una richiesta di asilo e, infine, la libera circolazione dei rifugiati.

²⁰ Come nota, tra gli altri, BOCCARDI, *op. cit.*, p. 30, il livello di opposizione degli Stati alla bozza di direttiva della Commissione fu tale, da costringere la Commissione a rimandare la questione riguardante la disciplina di un regime comune di asilo, cfr. Commissione europea, *Communication of the Commission on the Abolition of Controls of Persons at Intra-Community Borders*, COM (88) 640 final, 7 Dicembre 1988.

²¹ Commissione europea, Decisione 85/381/CEE dell’8 Luglio 1985, *che istituisce una procedura di comunicazione preliminare e di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti degli stati terzi*, in GUCE n. L 217 del 14 Agosto 1985, pp. 25–26.

²² Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE), *Germania, Francia, Danimarca e Regno Unito c. Commissione*, sentenza del 9 Luglio 1987, cause riunite nn. 282, 283-285, 287/85, in *Raccolta 1987*, p. 3203. La Corte pur riconoscendo in capo alla Commissione alcuni poteri impliciti al fine di mantenere consultazioni con gli Stati Membri in tema di politiche migratorie, suscettibili di influenzare le condizioni di impiego dei lavoratori nel territorio comunitario, ha accolto la tesi dei ricorrenti che le questioni attinenti alle politiche migratorie ricadono al di fuori della sfera di competenza della Comunità.

²³ Come nota EGAN, *European Asylum Policy*, cit., p. 176, «*migration generally (both within and from outside the Community) has been a topic of mutual interest among the Member States*».

fenomeni di natura transnazionale come il terrorismo, il traffico di stupefacenti o il crimine organizzato, e stabilire misure di compensazione correlate a una maggiore libera circolazione delle persone²⁴. Le direttrici di sviluppo di tale cooperazione risultano, dunque, del tutto esterne alla dimensione comunitaria ed ancorate ai tradizionali modelli di collaborazione internazionale bilaterale o multilaterale.

Su iniziativa del governo inglese nel 1986, nel corso di una riunione dei Ministri dell'interno o della giustizia tenutasi a Londra, fu istituito il «*Gruppo ad hoc Immigrazione*»²⁵, composto dai Ministri responsabili per l'immigrazione degli Stati Membri, che seppure basato su una logica intergovernativa, prevedeva una forma di raccordo col sistema comunitario, in quanto la Commissione partecipava ai lavori ed il gruppo disponeva di un Segretariato permanente presso il Consiglio dei ministri della Comunità europea.

L'attività di tale organismo è stata affiancata dall'istituzione al Consiglio europeo di Rodi del 1988, del «*Gruppo di Coordinamento*», composto da dodici coordinatori nazionali in rappresentanza degli Stati membri e da un rappresentante della Commissione europea, col compito di coordinare le varie attività intergovernative di rilievo nel campo della libera circolazione delle persone. L'operatività di quest'ultimo gruppo ha consentito l'adozione di un rapporto, noto come «*Documento di Palma*», adottato dal Consiglio europeo di Madrid del 1989, contenente un programma concernente qualsiasi ulteriore iniziativa in materia di libera circolazione delle persone, inclusi vari aspetti inerenti al diritto di asilo ed elencava una serie di misure da adottare per la realizzazione di uno spazio senza frontiere interne, in conformità al Libro Bianco del 1985, indicando anche le sedi

²⁴ L'esigenza di stabilire misure di compensazione maturò soprattutto in seno al «Comitato Adonnino», istituito in seguito al Consiglio europeo di Fontainebleau, e incaricato di elaborare un piano finalizzato all'abolizione delle formalità concernenti l'attraversamento delle frontiere interne. Già il Consiglio europeo di Roma nel 1976 aveva deciso di istituire su iniziativa olandese una forma di cooperazione, relativa a questioni in materia di sicurezza rilevanti sul piano sovranazionale, e circoscritta ai Ministri competenti degli affari interni o della giustizia degli allora dodici Stati Membri, riuniti nel cosiddetto «Gruppo TREVI» (Terrorismo, Radicalismo, Estremismo e Violenza Internazionale), affinché avviassero periodici incontri per apprestare risposte ai temi concernenti la sicurezza in Europa. Il «Gruppo TREVI» era costituito da cinque sottogruppi di lavoro e, sebbene originariamente concepito come una cornice intergovernativa per la repressione del terrorismo, affrontò anche questioni relative alla possibilità di uniformare la disciplina dei visti ed evitare l'abuso del diritto di asilo. Dopo la costituzione di «Trevi III» nel 1985 e di «Trevi 1992», il Gruppo partecipa ormai ufficialmente all'elaborazione delle politiche europee nel settore della sicurezza interna. Sul punto si veda in particolare BOCCARDI, *op. cit.*, p. 28 ss.; COLOSIMO, *L'evoluzione delle politiche europee di immigrazione e di asilo*, cit., p. 131; PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'asilo e della sicurezza interna*, in NASCIMBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995, pp. 3-26; BEGHÈ LORETI, *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità Europea*, Milano, 1990, p. 71 ss.

²⁵ Il «*Gruppo ad hoc Immigrazione*» si articolava in cinque sottogruppi di lavoro, competenti in materia di controlli alle frontiere, politica dei visti, diritto di asilo, immigrazione clandestina, tecnologie informatiche. Per ulteriori riferimenti, si rinvia in particolare a MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2003, p. 41 ss.; BOCCARDI, *op. cit.*, p. 31 ss.

competenti a discutere le modalità di attuazione alla luce di un calendario prestabilito²⁶. Tale programma assicurava alla regolamentazione del diritto di asilo una priorità che scaturiva sia dall'emergenza della problematica dei flussi di rifugiati nell'area mediterranea ed orientale, sia dal conseguente interesse degli Stati a gestire in maniera coordinata tali questioni²⁷.

Tuttavia, queste primigenie strutture di cooperazione affrontavano la questione del diritto di asilo nel contesto del controllo dell'immigrazione, a detrimento di un pieno recepimento degli standard di protezione previsti dal diritto internazionale, comportando l'adozione di una legislazione restrittiva e superficiale²⁸. La stessa rilevanza giuridica di tali forme di collaborazione *ad hoc*, svincolate da specifiche previsioni del TCE, non poteva che limitarsi alla natura meramente programmatica, che ha reso piuttosto sterile la prima fase di sviluppo di una politica comunitaria di asilo, caratterizzata da scarsa coerenza e mancanza di rilevante efficacia giuridica²⁹, nonostante si sia riuscito a garantire continuità al tema del diritto di asilo nelle principali sedi diplomatiche e negoziali europee.

²⁶ Il «Documento di Palma» conteneva misure più specifiche e dettagliate, quali l'aggiornamento semestrale di un elenco comune dei visti per la Comunità, la predisposizione di una lista comune delle persone che non possono essere ammesse in territorio comunitario, adeguate misure per contrastare il fenomeno dell'«*asylum shopping*», procedure abbreviate per le richieste di asilo manifestamente infondate, misure comuni per il controllo delle frontiere esterne, lo stabilimento di un sistema informativo comune. Si veda MANCA, *op. cit.*, p. 43 ss.

²⁷ Come conferma EVANS, *European Asylum Policies*, cit., p. 177 -178, «*cooperative action amongst the Member States was seen as essential to meet the twin challenges of European integration and the perception of the Member States that more non-EC nationals were trying to gain access to the territory of the Union illegitimately through the asylum process*».

²⁸ Nota, infatti, BOCCARDI, *op. cit.*, pp. 33, che gli Stati membri «*appeared to lose sight of the fundamental aspect of protection and increasingly subjected the refugees to the same restrictive trends they imposed to on prospective migrants*». In questo senso LANG, *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, n. 2, p. 701, ha evidenziato che «legare l'immigrazione all'abolizione dei controlli alle frontiere interne denota l'esigenza di evitare gli effetti indesiderati della libera circolazione e comporta che solo quegli aspetti del fenomeno che siano funzionali all'instaurazione del mercato interno siano considerati meritevoli di costituire oggetto di cooperazione. In altre parole, solo la lotta all'immigrazione clandestina assume una dimensione e un impatto sufficiente da poter essere oggetto di considerazione tra gli Stati... Affiancare il controllo sull'immigrazione clandestina alla repressione della criminalità e del terrorismo contribuisce a caratterizzare il fenomeno in termini negativi». Sul punto si veda anche SAPIENZA, *Il difficile cammino verso una politica comunitaria dell'immigrazione*, in *Aggiornamenti Sociali*, vol. 50 (1999), n. 11, p. 773.

²⁹ Sui limiti della cooperazione intergovernativa in tema di diritto di asilo, ROSSETTO, *Le droit d'asile en Europe: évolution contemporaine*, cit., p. 922, ha ravvisato come sul piano politico, «*l'opacité des structures, la confidentialité des diverses négociations ont donné prise a de nombreuses critiques portant sur le caractère liberticide des textes en préparation*», mentre «*sur un sujet aussi sensible que le droit d'asile, le manque de transparence avait de fait tout lieu d'inquiéter les organisations humanitaires*».

3.2.2. *Il diritto di asilo nel sistema di Schengen e il paradigma delle “aree d’integrazione differenziata”.*

Della prima fase di cooperazione intergovernativa, fermentata negli anni ottanta, l’esito giuridicamente più rilevante è costituito dall’*Accordo di Schengen* del 14 Giugno 1985 tra i governi degli Stati dell’Unione del BENELUX (Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo) della Repubblica Federale Tedesca e della Francia, sulla progressiva soppressione delle frontiere comuni³⁰. L’accordo corona oltre un decennio di negoziati multilaterali e, pur configurandosi come uno dei classici strumenti di diritto internazionale convenzionale, presenta alcune innovative peculiarità.

La realizzazione del «sistema di Schengen», inteso come «un insieme di norme internazionali che trova la sua origine negli accordi stipulati a Schengen nel 1985 e nei successivi accordi e protocolli di applicazione e integrazione³¹», tra cui la Convenzione di applicazione del 19 Giugno 1990, effettivamente in vigore dal 26 Marzo 1995³², scaturisce dall’evoluzione di una linea di sviluppo parallela ma di

³⁰ Il testo dell’*Accordo fra i governi degli Stati dell’Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all’eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, definito “*Acquis di Schengen*”, è pubblicato in GUUE n. L 239 del 22 Settembre 2000, pp. 13 – 18. L’accordo consiste di 33 articoli, contenenti le principali misure per la realizzazione di un’area senza frontiere interne, riguardanti lo stabilimento di frontiere esterne comuni, la cooperazione di polizia, l’assistenza giudiziaria reciproca e accordi di estradizione, l’armonizzazione delle legislazioni nazionali. Si veda ADOBATI, *Considerazioni sull’entrata in vigore della Convenzione Schengen relativa alla soppressione dei controlli alle frontiere*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 9 (1995), nn. 3-4, pp. 995-998.

³¹ SAPIENZA, *Il difficile cammino verso una politica comunitaria dell’immigrazione*, cit., p. 774.

³² Cfr. *Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen del 14 Giugno 1985 tra i governi degli Stati dell’Unione economica del BENELUX, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all’eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, in GUUE n. L 239 del 22 Settembre 2000, pp. 19-62, [di seguito “Convenzione di applicazione”]. La Convenzione, resa necessaria al fine di attuare le misure a lungo termine, sottese all’Accordo di Schengen, consta di 142 articoli, di quali il primo espressamente chiarisce che “*le frontiere interne possono essere attraversate ovunque, senza che alcun controllo delle persone debba essere effettuato*”. La membership del sistema di Schengen con l’adozione della Convenzione di applicazione si è allargata all’Italia (Novembre 1990), Spagna e Portogallo (25 Giugno 1991), Grecia (6 Novembre 1992), Austria (28 Aprile 1995), Danimarca, Finlandia, Svezia (19 Dicembre 1996), si veda ADOBATI, *Considerazioni sull’entrata in vigore della Schengen*, cit., p. 996. Si rammenta che l’Italia, il 27 Novembre 1990, ha firmato a Parigi l’adesione al «sistema di Schengen», disposta con L. 388 del 30 Settembre 1993, in GURI del 2 Ottobre 1993, n. 232, tuttavia, il ritardo dell’Italia nell’approvazione di una legislazione adeguata sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione delle informazioni ha procrastinato l’effettiva entrata in vigore al 26 Ottobre 1997, dopo l’approvazione della L. 675 del 31 Dicembre 1996, *Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*, pubblicata in GURI dell’8 Gennaio 1997, n. 5, sul punto cfr. NASCIBENE, *Gli Accordi di Schengen e i problemi di applicazione in Italia*, in *Jus - Rivista di Scienze Giuridiche*, vol. 46 (1999), n. 1, pp. 421-428. Sebbene non abbiano deciso di entrare nello spazio di Schengen, Irlanda e Regno Unito godono di una particolare clausola di ‘*opting-in*’ che consente di applicare determinate parti dell’*acquis* di Schengen. Nel 1999, ad esempio, il Consiglio ha accolto, con Decisione 2000/365/CE del 29 Maggio 2000, in GUUE n. L 131 del 1 Giugno 2000, pp. 43-47, la richiesta del Regno Unito di collaborare nel contesto della cooperazione di polizia e

tipo ‘progressista’ rispetto allo sviluppo della libera circolazione in seno alla Comunità europea, capace di coinvolgere gli Stati più sensibili alla realizzazione di tale obiettivo. Questo percorso, infatti, avviato originariamente da Francia e Germania con l’*Accordo di Saarbrücken* del 13 Luglio 1984, che liberalizzava l’attraversamento delle frontiere tra i due Paesi³³, istituiva due “aree d’integrazione differenziata”, in quanto il sistema di Schengen per diversi fattori, quali la natura multilaterale classica dei negoziati e la partecipazione di solo alcuni Stati della Comunità, si collocava in un contesto avulso dal tradizionale ‘metodo comunitario’, pur costituendone un modello di sviluppo *ratione materiae*³⁴.

Il capitolo VII (artt. 28-38) del “*sistema o codice di Schengen*”, completato dalla *Convenzione di applicazione del 1990*, disciplinava in via del tutto pionieristica la responsabilità degli Stati per l’esame di una domanda di asilo, in ottemperanza agli obblighi di diritto internazionale ed in particolare alla Convenzione di Ginevra del 1951, a cui si richiamava lo stesso art. 28³⁵,

giudiziaria in materia penale. Con Decisione 2002/192/CE del 28 Febbraio 2002, in GUUE n. L 64 del 7 Marzo 2002, pp. 20–23, il Consiglio ha accolto anche la richiesta dell’Irlanda di cooperare negli ambiti corrispondenti dalla precedente richiesta del Regno Unito. Hanno accettato, inoltre, l’integrazione nel sistema di Schengen alcuni Stati non comunitari, quali Islanda e Norvegia (Dicembre 1996), la cui associazione è stata prorogata a seguito della Decisione del Consiglio dell’UE 1999/439/CE del 17 Maggio 1999, *relativa alla conclusione dell’accordo con la Repubblica d’Islanda e il Regno di Norvegia sulla loro associazione all’attuazione, all’applicazione e allo sviluppo dell’acquis di Schengen*, in GUUE n. L 176 del 10 Luglio 1999, pp. 35–35, e di recente la Svizzera, con cui l’UE ha concluso un *Accordo riguardante l’associazione della Confederazione elvetica all’attuazione, all’applicazione e allo sviluppo dell’acquis di Schengen*, in GUUE n. L 53 del 27 Febbraio 2008, pp. 52–79, e il Liechtenstein, con cui è stato sottoscritto il 20 Febbraio 2008 un Protocollo sulla partecipazione nello spazio di Schengen. Infine, occorre notare che tutti gli Stati che hanno aderito all’UE dopo il 1 Maggio 2004 sono vincolati dall’*acquis* di Schengen nella sua totalità, ma alcune disposizioni saranno applicate solo al momento della soppressione dei controlli alla frontiera.

³³ Allo stesso tempo, la Germania avviava analoghe trattative con i Paesi Bassi, codificando così il primo nucleo del sistema di Schengen, costituito dall’Accordo sottoscritto anche da Lussemburgo e Belgio. In verità, come nota SAPIENZA, *Il difficile cammino verso una politica comunitaria dell’immigrazione*, cit., p. 774, «si trattava di una dichiarazione di intenti con la quale i Paesi firmatari si impegnavano ad abolire progressivamente le restrizioni alle frontiere tra di loro». Sul «sistema di Schengen», cfr. BELLUCCI, *Schengen nel nuovo millennio: Europa senza frontiere*, IV ed., Roma, 2002, p. 22 ss.; YLI-VAKKURI, *Building upon the Schengen Acquis*, in *ERA-Forum*, vol. 2 (2001), n. 2, pp. 53-56; ROSSI, *Le convenzioni fra gli stati membri dell’Unione europea*, Milano, 2000, p. 80 ss.; NASCIBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, cit.; PAULY, *Les accords de Schengen: abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques?*, Maastricht, 1993; FRIDEGOTTO, *L’accordo di Schengen: riflessi internazionali ed interni per l’Italia*, Milano, 1992.

³⁴ In proposito nota SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 14, che «*the Community Institutions had no role to play in the framework of this cooperation. The cooperation at that stage was functioning only on an intergovernmental level*».

³⁵ L’art. 28 del codice di Schengen dispone che:

“*Le Parti contraenti riaffermano i loro obblighi ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, quale emendata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, senza alcuna restrizione geografica della sfera d’applicazione di tali strumenti, e ribadiscono il proprio impegno a collaborare con i servizi dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati per la loro applicazione*”.

costituendo, dunque, il ‘laboratorio’ per lo sviluppo di un sistema europeo di asilo³⁶. In generale, tre criteri, informati al principio della solidarietà³⁷, per evitare il fenomeno dei ‘rifugiati in orbita’³⁸, risultano codificati dal sistema di Schengen che identificava quale responsabile per la valutazione di una domanda di asilo, la Parte contraente che aveva autorizzato o rilasciato un visto o un titolo di soggiorno, dalle cui frontiere il richiedente asilo avesse fatto ingresso nell’area di Schengen, o presso cui la domanda fosse in esame o fosse stata precedentemente esaminata³⁹.

Nonostante implicasse uno schema di cooperazione di natura politica piuttosto che giuridica, intesa a eliminare i controlli sulla circolazione delle persone all’interno dell’area di cooperazione⁴⁰, il sistema di Schengen appariva particolarmente avanzato sul piano giuridico rispetto alla norma internazionale in vigore, nella misura in cui prevedeva non solo un generale e ampio sistema di coordinamento nella disciplina del diritto di asilo, ma anche per alcune disposizioni specifiche particolarmente innovative, quali la responsabilità della Parte contraente a esaminare la domanda di asilo dei membri della famiglia di un rifugiato residente nel suo territorio⁴¹, laddove né la Convenzione di Ginevra del 1951 né il Protocollo di New York del 1967 prevedono un diritto al ricongiungimento familiare⁴².

La realizzazione di un sistema comune nella disciplina del diritto di asilo poneva, dunque, alcuni problemi sulla compatibilità con la normativa internazionale, evidenziando la fragilità di un sistema che, per quanto lungimirante, in realtà non poggiava su una struttura giuridica capace di assicurare un uniforme recepimento e

³⁶ Il termine ‘laboratorio’ è stato utilizzato dalla stessa Commissione europea nella *Comunicazione sull’abolizione dei controlli sulle persone alle frontiere intracomunitarie del 7 Dicembre 1988*, COM (88) 640, p. 3.

³⁷ Secondo il principio della solidarietà, come evidenzia BOCCARDI, *op. cit.*, p. 37, «*the State bearing the biggest responsibility for the entry into the Schengen territory of an asylum seeker should also be the one in charge of processing his or her asylum application*».

³⁸ L’OIM, *International Migration Law, Glossary on Migration*, Geneva, 2004, p. 53, definisce ‘in orbita’ i rifugiati che «*although not returned directly to a country where they may be persecuted, are denied asylum or unable to find a State willing to examine their request, and are moved from one country to another in a search of asylum*».

³⁹ Cfr. *Codice di Schengen*, art. 30, par. 1, lett. a) ss.

⁴⁰ YLI-VAKKURI, *Building upon the Schengen Acquis*, cit., pp. 53-54, riconosce, ad esempio, che «*the Schengen acquis is...above all, a political notion. It refers to a set of rules or measures which aim at the abolition of controls on persons at internal borders, including the use of so-called “compensatory measures”*», ritenendo però che «*by the Treaty of Amsterdam, the Schengen acquis became, in the context of the Union, a legal notion as well*».

⁴¹ Cfr. *Codice di Schengen*, art. 35, par. 1:

“*La Parte contraente che ha riconosciuto ad uno straniero lo status di rifugiato e gli ha concesso il diritto di soggiorno è tenuta ad assumere la responsabilità dell’esame della domanda di asilo di un membro della sua famiglia, sempreché gli interessati siano consenzienti*”, al successivo par. 2 si specificava che per ‘membro della famiglia’ s’intendono “*il coniuge o il figlio non sposato di età inferiore ai diciotto anni oppure, se il rifugiato è celibe o nubile di età inferiore ai diciotto anni, il padre o la madre*”.

⁴² Con riferimento al diritto al ricongiungimento familiare nella prassi normativa internazionale si rinvia a CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in *La Comunità Internazionale*, vol. 61 (2006), n. 1, pp. 109 -119.

una comune interpretazione degli strumenti internazionali più rilevanti. In tale contesto, si comprende la reazione del Consiglio di Stato olandese, che espresse la propria opinione contraria alla ratifica della convenzione di Schengen, ritenendo che “*in so far as it leads to the transfer of responsibility to another State, which then decides according to its own law on asylum...has no basis in the Convention on Refugees*”, ed appariva, pertanto, incompatibile con gli obblighi internazionali, che vincolerebbero singolarmente ogni Parte contraente⁴³.

Ai richiedenti asilo, inoltre, non era assegnato uno specifico diritto individuale all’asilo, pur disponendo comunque del diritto a non essere respinti, fondato sul principio consuetudinario del *non-refoulement*. Al tal proposito, la Convenzione di Schengen, tuttavia, non sembrava offrire una soluzione adeguata al problema dei ‘rifugiati in orbita’, poiché lo stesso art. 29, par. 2, contemplava la possibilità per ogni Parte contraente di respingere o espellere, secondo le proprie disposizioni interne e gli obblighi internazionali, un richiedente asilo verso uno Stato terzo. Questa disposizione, corroborata dalla serie di accordi di riammissione tra i Paesi europei e i rispettivi vicini, avrebbe in realtà «trasferito l’orbita fuori dal territorio della Convenzione⁴⁴».

Nel complesso, il laboratorio di Schengen si configurava, comunque, come un paradigma d’interpretazione del trattato comunitario, giacché era riuscito a superare le divergenze concernenti la concreta realizzazione di “*uno spazio senza frontiere interne*”, permettendo ad alcuni Stati di realizzare un obiettivo comunitario, senza, tuttavia, trasferire ulteriori competenze alle istituzioni europee, creando piuttosto un’area di integrazione differenziata, aperta alla partecipazione degli Stati membri della CE⁴⁵.

L’attività promossa dal “gruppo di Schengen”, infatti, inquadrata nell’ottica del perseguimento di una politica di graduale abolizione dei controlli alle frontiere interne, costituiva un fattore propulsivo per lo sviluppo di una regolamentazione comunitaria della libera circolazione delle persone, constatata sia un’analogia teleologica, imputabile all’obiettivo di realizzare uno spazio senza frontiere interne, sia un’analogia metodologica, rappresentata dall’adozione di una serie di misure di sicurezza per compensare l’abolizione dei controlli alle frontiere. Questo duplice profilo consentirà la reciproca intersecazione tra le due aree d’integrazione differenziata, quale premessa all’assorbimento dell’*acquis di Schengen*

⁴³ Cfr. Consiglio di Stato dei Paesi Bassi, Parere Consultivo del 12 Febbraio 1990, n. WO2.91.0018, di cui al passaggio riportato e commentato in BOCCARDI, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁴ Si veda in proposito BENEDETTI, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁵ Cfr. *Codice di Schengen*, art. 140, par. 1, il quale disponeva che “*ogni Stato membro delle Comunità europee può divenire parte della presente Convenzione. L’adesione forma oggetto di accordo tra tale Stato e le Parti contraenti*”. In questo senso la dottrina, per tutti si veda NOLL, *Negotiating asylum*, cit., p. 121 ss., il quale definisce il sistema di Schengen come una «*Europe accélérée*», ha riconosciuto la nascita dell’Europa a due velocità.

nell’ordinamento giuridico comunitario, la cui prevalenza era tra l’altro assicurata dall’art. 134 della stessa Convenzione di applicazione⁴⁶.

3.2.3. *La Convenzione di Dublino del 1990 e l’impatto del “one-chance-only principle” sui diritti dei richiedenti asilo.*

Uno strumento che, seppure ancora di natura intergovernativa, si collocava ad un livello intermedio tra le due aree di integrazione differenziata, scaturì dall’attività del Gruppo ad hoc immigrazione, a cui fu demandato dal Consiglio europeo di Strasburgo del 1989 il compito di preparare “*an inventory...of national policies on asylum with a view to achieving harmonization*”⁴⁷. Il Gruppo ad hoc Immigrazione completò la bozza di una *Convenzione sulla determinazione dello stato competente per l’esame di una domanda di asilo presentata in uno degli stati membri delle Comunità Europee*⁴⁸, firmata a Dublino il 15 Giugno 1990 da undici Stati membri,

⁴⁶ Cfr. *Codice di Schengen*, art. 134, il quale sancisce che: “*le disposizioni della presente Convenzione sono applicabili nella misura in cui sono compatibili con il diritto comunitario*”.

⁴⁷ Consiglio europeo, *Conclusioni della Presidenza*, Strasburgo, 8-9 Dicembre 1989, DOC/89/3, da cui si apprende l’orientamento generale del Consiglio europeo, quale motore politico del sistema comunitario, a concludere entro il 1990 alcuni importanti strumenti in materia di asilo ed immigrazione, infatti “*the European Council calls upon the relevant bodies to conclude as soon as possible, and no later than the end of 1990, the conventions which are under examination on the right of asylum, the crossing of the Community’s external frontiers, and visas. In this context, an inventory will be made of national policies on asylum with a view to achieving harmonization*”. Nonostante il Comitato ad hoc immigrazione fosse stato incaricato di predisporre la bozza di una Convenzione sull’attraversamento delle frontiere esterne della Comunità, i negoziati durarono fino al 1991 ma la firma della Convenzione fu rinviata a causa di una controversia tra Regno Unito e Spagna sul regime di controllo alle frontiere da applicare a Gibilterra, la questione rimase aperta anche dopo l’entrata in vigore del trattato di Maastricht, nel 1993, e fu definitivamente superata con l’entrata in vigore del trattato di Amsterdam, nel 1999, quando l’esigenza di un’apposita Convenzione sull’attraversamento delle frontiere esterne non sembrò più necessaria a seguito della ‘comunitarizzazione’ dell’acquis di Schengen. Per ulteriori riferimenti, cfr. BOCCARDI, *op. cit.*, p. 34 ss.

⁴⁸ Cfr. *Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l’esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità*, in GUUE n. C 254 del 19 Agosto 1997, pp. 1–12, [di seguito “Convenzione di Dublino del 1990”]. La Convenzione è stata firmata da tutti gli Stati membri della Comunità. La Convenzione che, contrariamente a quanto si sostiene, ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una Costituzione per l’Europa*, in ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, p. 140, considera priva di quel carattere di ‘laboratorio comunitario’, proprio della Convenzione di Schengen, è entrata in vigore per i dodici Stati della CE il 1 Settembre 1997, e successivamente per i nuovi Stati membri, quali Austria e Svezia, il 1 Ottobre 1997, Finlandia, il 1 Gennaio 1998. Per gli altri Stati, allora appartenenti all’area di Schengen, che non erano, tuttavia, membri della CE, quali Islanda e Norvegia, è stato adottato l’*Accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d’Islanda e il Regno di Norvegia relativo ai criteri e meccanismi per determinare lo Stato competente per l’esame di una domanda d’asilo presentata in uno Stato membro oppure in Islanda o in Norvegia*, in GUUE n. L 93 del 3 Aprile 2001, pp. 40–47, contenenti disposizioni vincolanti in materia di diritto di asilo. Sulla *Convenzione di Dublino*, che in seguito sarà sostituita da uno strumento tipicamente comunitario, quale il Regolamento CE del Consiglio n. 343/2003, del 18 Febbraio 2003, si veda diffusamente DUBOLINO, *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo regolamento*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 9 (2004), n. 4, pp. 811–845; BLAKE, *The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union*,

ad eccezione della Danimarca che la firmerà un anno più tardi, il 13 Giugno 1991. Sebbene, al pari degli accordi di Schengen, tale Convenzione non si configuri come uno strumento giuridico tipicamente comunitario, essa riflette il crescente interesse degli Stati membri della CE a realizzare, come si evince dallo stesso Preambolo, “l’obiettivo di armonizzare le politiche in materia di asilo, fissato dal Consiglio europeo di Strasburgo dell’8 e 9 Dicembre 1989...nel rispetto della loro comune tradizione umanitaria, a garantire ai rifugiati un’adeguata protezione, come previsto dalla convenzione di Ginevra del 28 Luglio 1951 e dal Protocollo di New York del 31 Gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati...⁴⁹».

Con riferimento alle disposizioni sul diritto di asilo, come nel sistema di Schengen, che venne, tra l’altro, sostituito, a seguito di una risoluzione del Comitato esecutivo, per evitare eventuali conflitti tra i due sistemi in tema di asilo⁵⁰, la *ratio*

in GUILD, HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford/Portland, 2001, pp. 95-120; FARIA, *The Dublin Convention on Asylum: between Reality and Aspirations*. Maastricht, 2001; MARINHO (ed.), *The Dublin Convention on Asylum: its Essence, Implementation and Prospects*, Maastricht, 2000; HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention, a Comprehensive Assessment*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 11 (1999), n. 4, pp. 646–677; HAILBRONNER, THIERY, *Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum Applications in Europe*, in *Common Market Law Review*, vol. 34 (1997), pp. 951–989; ESCOBAR HERNÁNDEZ, *El convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria*, in *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, (1993), n. 1, pp. 53-100; STEFANINI, DOUBLET, *Le droit d’asile en Europe: la convention relative à la détermination de l’Etat responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée auprès d’un Etat membre des communautés européennes*, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 1991, n. 347, pp. 391-399. Un commentario alla Convenzione di Dublino è inoltre disponibile in VAN KRIEKEN (ed.), *op. cit.*, p. 272 ss.

⁴⁹ In proposito, VAN DER KLAUW, *The EU Asylum Acquis: History and Context*, in VAN KRIEKEN (ed.), *op. cit.*, p. 11, conferma che un approccio comune all’applicazione di alcuni aspetti procedurali relativi al diritto di asilo, «was considered necessary as a natural complement to the adoption of a common mechanism to determine responsibility for processing asylum applications in order to avoid ‘orbit’ situations in which no State would assume responsibility for a claim, or ‘forum shopping’ where asylum applicants, rejected by one Member State, would be able to reapply in another Member State». In questo senso, la Convenzione di Dublino richiamava le soluzioni codificate dal sistema di Schengen, che in materia di asilo sarebbero state sostituite dalla Convenzione, nota infatti, BOCCARDI, *op. cit.*, p. 54 che «even if the Dublin Convention was signed in Dublin four days before the Schengen Convention, its provisions broadly match those contained in Title II, Chapter 7 of the Schengen Convention». Si veda anche GUILD, *The Europeanization of Europe’s Asylum Policy*, cit., p. 636 ss. Per un approccio di tipo comparativistico ai due regimi convenzionali per la determinazione dello Stato responsabile per l’istruzione delle domande di asilo, si veda in particolare BARONTINI, *Sulla competenza per l’esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Schengen e di Dublino*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 75 (1992), n. 2, pp. 335–347, il quale ravvisa in proposito come entrambe le convenzioni lascino immutate sostanzialmente sia le procedure nazionali di ammissione dei richiedenti asilo sia i meccanismi interni per l’esame delle richieste di asilo, confermando la natura di attributo della sovranità territoriale dell’istituto dell’asilo.

⁵⁰ Con una risoluzione adottata nel 1994, trasposta nel *Protocollo relativo alle conseguenze dell’entrata in vigore della Convenzione di Dublino al riguardo di determinate disposizioni della convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen*, Bonn, 26 Aprile 1994, in vigore dal 1 Agosto 1997, il Comitato esecutivo di Schengen ha esplicitamente stabilito che il Capitolo VII della Convenzione di Schengen avrebbe cessato di avere applicazione, all’entrata in vigore della Convenzione di Dublino.

della Convenzione di Dublino s’identificava nel tentativo di precludere la possibilità che un individuo potesse presentare richieste multiple di asilo in diversi Stati, introducendo un metodo rapido e più efficace per l’individuazione dello Stato responsabile dell’esame di una richiesta di asilo, contro l’insufficienza dell’approccio unilaterale⁵¹, perseguito dai singoli Stati membri, che attribuivano spesso interpretazioni diverse alle stesse norme internazionali. Il vero scopo della Convenzione non mirava, tuttavia, tanto alla tutela dei diritti dei richiedenti asilo, quanto alla riduzione del numero di domande di asilo, ipotesi suffragata dalla spasmodica elaborazione di misure compensatorie, relative al controllo delle frontiere esterne⁵².

In questo senso, s’interpreterebbe il carattere pienamente esclusivo del “*one-chance-only principle*”⁵³, inteso ad assicurare che solo uno Stato membro fosse competente ad esaminare una richiesta di asilo, secondo il “criterio della preponderanza della responsabilità”, in base a cui, più uno Stato abbia consentito l’ingresso nel territorio della Comunità da parte di un richiedente asilo, maggiore sarà la sua competenza a esaminare la relativa domanda di asilo⁵⁴. Tale sistema, basato su un regime di reciproca fiducia tra gli Stati membri, tuttavia, non sembrava rivelare alcuna sensibilità nei confronti dei diritti dei richiedenti asilo, la cui possibilità di influire sulla determinazione dello Stato responsabile ad esaminare la propria richiesta di asilo appariva del tutto irrilevante⁵⁵, così come lo stesso concetto di asilo, oltre a non essere concepito come diritto soggettivo dell’individuo, risultava circoscritto alla mera indicazione dello Stato responsabile della richiesta⁵⁶.

⁵¹ Si veda diffusamente HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention, a Comprehensive Assessment*, cit., p. 648; DUBOLINO, *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo*, cit., p. 823.

⁵² La stessa Commissione europea, *Commission staff working paper, “Revisiting the Dublin Convention: developing Community legislation for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted in one of the Member States*, SEC (2000) 522, 21 Marzo 2000, ha ammesso che gli Stati membri volevano anche perseguire obiettivi diversi da quelli esplicitamente indicati nel testo. Sul punto cfr. le osservazioni critiche in COMAN, *European Union Policy on Asylum and Its Inherent Human Rights Violations*, in *Brooklyn Law Review*, vol. 64 (1998), n. 4, pp. 1217–1240.

⁵³ HAILBRONNER, THIERY, *Schengen II and Dublin*, cit., p. 964.

⁵⁴ Cfr. MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 329; si veda inoltre HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention, a Comprehensive Assessment*, cit., p. 648.

⁵⁵ Come notano infatti HAILBRONNER, THIERY, *Schengen II and Dublin*, cit., p. 964, «*in principle, the asylum application should only be examined and decided on by the responsible Member State, which is also responsible for ensuring that the asylum seeker leaves the Schengen/Dublin territory in the event of a negative decision*».

⁵⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, *El convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el convenio de Dublín*, cit., p. 57 ss, con riferimento sia alla Convenzione di Schengen sia a quella di Dublino, afferma che «*no es de extrañar que ambos textos guarden silencio sobre la definición del asilo y se limiten a enunciar el concepto de solicitud de asilo*». La Convenzione di Schengen si limitava a definire all’art. 1 la richiesta di asilo come “*ogni domanda presentata per iscritto, oralmente o in altra forma da uno straniero alla frontiera esterna o nel territorio di una Parte contraente allo scopo*”.

La Convenzione, inoltre, prevedeva un’applicazione in via residuale⁵⁷, conforme a una prassi sviluppatasi a seguito di una delle «*London Resolutions*», approvate a conclusione della riunione del Consiglio dei Ministri dell’Immigrazione, tenutasi a Londra nel 1992⁵⁸, secondo la quale, uno Stato potrebbe rifiutare di esaminare una domanda di asilo, qualora riesca ad identificare un «Paese di primo asilo», ossia uno Stato, in cui il richiedente abbia già trovato protezione, oppure un «Paese terzo sicuro», in cui il richiedente avrebbe potuto trovare protezione prima di raggiungere lo Stato in cui ha presentato la sua richiesta. Quest’ultima nozione, però, è stata suscettibile di differenti interpretazioni, che talvolta hanno reso sufficiente il semplice passaggio, anche in situazione di clandestinità, attraverso il

di ottenere il riconoscimento della sua qualità di rifugiato conformemente alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, quale emendata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, e di beneficiare, in tale qualità, di un diritto di soggiorno”, in termini analoghi, la Convenzione di Dublino all’art. 1, par. 1 lett. b), definisce la richiesta di asilo come la “domanda con cui uno straniero chiede ad uno Stato membro la protezione della convenzione di Ginevra invocando la qualità di rifugiato ai sensi dell’articolo 1 della summenzionata convenzione, modificata dal protocollo di New York”.

⁵⁷ Sul punto si veda D. DUBOLINO, *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo*, cit., p. 824.

⁵⁸ Cfr. Consiglio dei Ministri dell’Immigrazione (Londra, 30 Novembre - 1 Dicembre 1992), *Resolution on a Harmonized Approach to Questions concerning Host Third Countries*, la quale disciplinando la procedura per l’applicazione del concetto di “*host third country*”, esigeva, al par. 1, il trasferimento del richiedente asilo in un Paese terzo non solo prima dell’esame della relativa domanda, ma addirittura prima ancora che la Convenzione di Dublino trovasse applicazione. Il par. 3 lett. a) confermava, infatti, che:

“The Member State in which the application for asylum has been lodged will examine whether or not the principle of the host third country can be applied. If the State decides to apply the principle, it will set in train the procedures necessary for sending the asylum applicant to the host third country before considering whether or not to transfer responsibility for examining the application for asylum to another Member State pursuant to the Dublin Convention”.

Le altre «*London Resolutions*», il cui testo è riprodotto in VAN KRIEKEN (ed.), *op. cit.*, p. 179 ss., consistevano nella “*Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum*” e nella “*Decision establishing the Centre on Information, Reflection and Exchange on Asylum questions (CIREA)*”. Come nota tra gli altri BATTJES, *op. cit.*, p. 27 ss., pur non disponendo di un carattere normativo vincolante, tali risoluzioni hanno svolto un ruolo fondamentale di orientamento per gli Stati membri in materia di asilo, in quanto la prassi nazionale in materia si è uniformata in linea di massima ai criteri particolarmente restrittivi fissati in tali risoluzioni, configurando l’UE come una ‘fortezza’, difficile da penetrare. Il contenuto delle risoluzioni, dunque, tenderebbe a contraddire non solo gli obiettivi richiamati nel Preambolo della Convenzione di Dublino, ma anche le stesse Conclusioni “*On Countries in Which There is Generally no Serious Risk of Persecution*”, del Consiglio dei Ministri dell’Immigrazione di Londra, nella misura in cui si indicava lo scopo di “*ensure that refugees in genuine need of protection are not kept waiting unnecessarily long for their status to be recognized and to discourage misuse of asylum procedures*”. Come argomentano STERKX, *The External Dimension of EU Asylum and Migration Policy: expanding Fortress Europe*, in ORBIE (ed.), *Europe’s Global Role: External Policies of the European Union*, Aldershot, 2008, pp. 117-138, e PHUONG, *Enlarging ‘Fortress Europe’: EU Accession, Asylum, and Immigration in Candidate Countries*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), n. 3, pp. 641-664, tale modello sembrerebbe essere stato mutuato anche dai nuovi Stati membri, espandendo la «*Fortress Europe*», fino ad includere quei Paesi che pochi anni prima costituivano l’epicentro di flussi di richiedenti asilo.

territorio di un altro Stato per giustificare il respingimento, compromettendo la sicurezza dei diritti dei richiedenti asilo⁵⁹.

La Convenzione di Dublino, nella disciplina sottesa agli articoli tra 4 e 8, avrebbe trovato applicazione solo se per un richiedente asilo non fosse stato individuato un Paese terzo sicuro. In tal caso, il rigido sistema di priorità ‘gerarchica’ e successiva tra i criteri relativi alla determinazione dello Stato responsabile della richiesta di asilo⁶⁰, prevedeva, similmente al codice di Schengen, anzitutto una competenza in capo allo Stato, in cui fosse residente un membro della famiglia del rifugiato, di seguito rilevavano la circostanza che uno Stato avesse già rilasciato un permesso di soggiorno o un visto d’ingresso, il fatto che un richiedente asilo avesse varcato irregolarmente la frontiera di uno Stato, la competenza dello Stato responsabile dell’entrata del richiedente asilo nel territorio degli Stati membri, e, infine, se nessuno Stato poteva essere indicato come competente sulla base dei predetti criteri di precedenza, la responsabilità era deferita, ai sensi dell’art. 8, allo Stato in cui il richiedente asilo avesse presentato prima la sua domanda.

La natura restrittiva dei criteri codificati nella Convenzione di Dublino difficilmente assicurava, come ritenuto da parte della dottrina⁶¹, maggiori garanzie per i diritti dei richiedenti asilo, contenendo piuttosto alcune vistose criticità. Infatti, per quanto riguarda il principio di tutela dell’unità familiare, occorre evidenziare la portata circoscritta della Convenzione che all’art. 4 definisce membri della famiglia ‘esclusivamente’ il coniuge, i figli minorenni e i genitori del richiedente asilo⁶². Inoltre, come ha ravvisato la stessa Commissione europea, per quanto concerne il regime di responsabilità per l’ingresso dello straniero in territorio comunitario, il

⁵⁹ Cfr. HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention, a Comprehensive Assessment*, cit., p. 649. Sulla rilevanza del concetto di «Paese terzo sicuro» e con riferimento alla protezione dei diritti umani, si rinvia per tutti a SPATTI, *Richiedenti asilo e ‘Paesi sicuri’. La disciplina comunitaria a confronto con il diritto internazionale a tutela dei rifugiati e con i diritti fondamentali dell’individuo*, in RINOLDI (a cura di), *op. cit.*, p. 134.

⁶⁰ In questo senso e per un’esautiva esplicazione dei menzionati criteri, si veda HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention, a Comprehensive Assessment*, cit., p. 652 ss.

⁶¹ In particolare BOCCARDI, *op. cit.*, p. 55 ss., sottolinea la previsione di una maggiore libertà per gli individui nella determinazione dello Stato in cui poter presentare una richiesta di asilo, fondata sul disposto dell’art. 5 par. 4, nella misura in cui tale norma riconosce che “qualora il richiedente l’asilo sia titolare di uno o più titoli di soggiorno scaduti da più di due anni o di uno o più visti scaduti da più di sei mesi che gli hanno effettivamente consentito l’ingresso nel territorio di uno Stato membro e se lo straniero non è uscito dal territorio comune, è competente lo Stato membro in cui è presentata la domanda”. Tuttavia, come ha obiettato HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention, a Comprehensive Assessment*, cit., p. 675, «giving more freedom of choice to the asylum seeker would not undermine the relative efficiency of the system», perché in pratica soltanto una percentuale minima di richiedenti asilo avrebbe potuto invocare la sussistenza di legami più stretti con uno Stato membro.

⁶² Nota DUBOLINO, *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo*, cit., p. 828, come nella Convenzione non vi fosse alcuna disposizione, volta a garantire il ricongiungimento familiare, allorquando il familiare fosse residente o addirittura cittadino di uno Stato membro, pur non godendo dello status di ‘rifugiato’, né altrimenti si disponeva al fine di «prevenire la divisione della famiglia nel caso in cui diversi membri della stessa presentino domanda di asilo simultaneamente».

sistema d'identificazione dello Stato competente a esaminare la richiesta di asilo si poneva in funzione di scelte di natura meramente politica piuttosto che di una valutazione di tipo oggettivo, responsabilizzando gli Stati unicamente sul controllo delle frontiere esterne, allo scopo di evitare che le eventuali scelte relative all'ingresso di un richiedente asilo si ripercuotessero sugli altri Stati, ostacolando la creazione di un efficace sistema di «burden sharing», sui cui impiantare un regime comune di asilo, coerente con il divieto di *refoulement*⁶³.

3.3. Il graduale processo di 'comunitarizzazione' del diritto di asilo nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea.

La coesistenza tra due aree d'integrazione differenziata, sebbene avesse consentito lo sviluppo di una cooperazione tra gli Stati in materie strettamente connesse alla sovranità territoriale, d'altra parte aveva prodotto una serie disomogenea di soluzioni che reclamavano sul piano giuridico un inquadramento più coerente, capace d'interpretare con maggior vigore, quelle azioni che sul piano della prassi si configuravano come «una sommatoria di singoli provvedimenti interni»⁶⁴.

Il paradigma delle aree di integrazione differenziata sostanzialmente dietro lo spettro della cooperazione intergovernativa celava una tendenza all'esclusiva preservazione della sovranità territoriale, a discapito delle garanzie di protezione dei richiedenti asilo e della compatibilità con i relativi strumenti internazionali.

Due fattori hanno progressivamente influito sull'elaborazione di una rinnovata cooperazione degli Stati europei nel campo del diritto di asilo e dell'immigrazione⁶⁵. Da un lato, la ricerca da parte dell'individuo di un appropriato status giuridico, capace di prescindere dalla rilevanza in qualità di mero operatore economico, dall'altro, l'impatto dei più recenti esodi di massa, hanno comportato l'esigenza di una svolta radicale nel processo di integrazione europea, superando la logica del mercato interno⁶⁶.

⁶³ Cfr. European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Comments on the European Commission Staff Working Paper Revisiting the Dublin Convention: Developing Community Legislation*, 30 Giugno 2000, disponibile in: <http://www.ecre.org/resources/ECRE_actions/287>, in cui viene confermata la posizione della Commissione europea di creare un sistema unico di asilo, consapevole che «*if a mechanism for allocating responsibility for asylum applicants is to operate effectively, it must be accompanied by common standards in procedural and substantive areas of asylum law*». Il Commento dell'ECRE ha evidenziato infine i gravi rischi per la tutela dei diritti umani, conseguenti all'applicazione delle procedure elaborate nella Convenzione di Dublino, la quale «*encourages States to illegally refoule asylum seekers at their land and sea borders. It encourages EU States to impose visa requirements on States clearly experiencing civil wars and widespread abuses of human rights producing refugees and displaced persons*».

⁶⁴ LIPPARINI, *Il diritto di asilo nel diritto comunitario*, cit., p. 50.

⁶⁵ Sul punto cfr. le riflessioni di TROIANIELLO, *Il diritto di asilo nell'Unione Europea*, cit., p. 82.

⁶⁶ Si veda BENEDETTI, *op. cit.*, p. 142.; MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 332.

3.3.1. *Il regime ‘passerella’ previsto dal Titolo VI del Trattato di Maastricht.*

In ottemperanza agli auspici delle istituzioni comunitarie, e in particolare della Commissione e del Parlamento europeo, un più efficace metodo di coordinamento in materia di diritto di asilo e protezione dei rifugiati si è gradualmente realizzato a seguito dell’entrata in vigore, il 1 Novembre 1993, del trattato di Maastricht che istituisce l’Unione Europea (TUE)⁶⁷.

Il diritto di asilo nel contesto dell’Unione Europea rientra inizialmente, nei termini del trattato, fra le questioni che il Titolo VI, dedicato alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, definiva di “*interesse comune*”, “*ai fini della realizzazione degli obiettivi dell’Unione, in particolare della libera circolazione delle persone, fatte salve le competenze della Comunità europea*”⁶⁸, consacrando, formalmente in uno strumento giuridico di natura vincolante e fonte primaria del diritto, l’obbligo degli Stati membri di cooperare in materia di asilo e immigrazione⁶⁹.

La soluzione delineata dal trattato di Maastricht, pur predisponendo la base per l’intersecazione tra le due aree d’integrazione differenziata, si qualificava ancora come una misura intermedia tra la dimensione comunitaria e la cooperazione intergovernativa. Soltanto con riferimento alla politica dei visti si è prevista, infatti, l’assegnazione di nuove competenze alle istituzioni comunitarie⁷⁰, prevedendo

⁶⁷ Come noto, il *Trattato sull’Unione europea*, firmato a Maastricht il 7 Febbraio 1992 e pubblicato in GUCE n. C 191 del 29 Luglio 1992, istituisce l’Unione Europea (UE), concepita secondo una struttura ripartita in tre pilastri, costituiti dalla dimensione comunitaria e dai due pilastri intergovernativi, inerenti alla Politica estera e di sicurezza comune (PESC) e alla Cooperazione in materia di Giustizia e Affari Interni, denominata successivamente all’entrata in vigore del trattato di Amsterdam, nel 1999, Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Come ha affermato TIZZANO, *La personalità internazionale dell’Unione europea*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 2 (1998), nn. 2-3, p. 383, pur negando all’UE quella personalità giuridica che il TCE all’art. 281 aveva invece espressamente riconosciuto alla Comunità, «il TUE sceglie per l’Unione un’originale struttura, articolata su pilastri distinti e tuttavia in vario modo collegati tra loro all’interno di un impianto tendenzialmente unitario», dotando l’Unione, a norma dell’art. 3 TUE, di “*un quadro istituzionale unico che assicura la coerenza e la continuità delle azioni svolte per il perseguimento dei suoi obiettivi, rispettando e sviluppando nel contempo l’acquis comunitario*”. Soltanto il recente *Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull’Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea*, firmato a Lisbona il 13 Dicembre 2007, ed in vigore dal 1 Dicembre 2009, pubblicato in GUUE n. C 306 del 17 Dicembre 2007 e nella *Versione consolidata del trattato sull’Unione europea e del trattato sul funzionamento dell’Unione europea*, in GUUE n. C 83 del 30 Marzo 2010, il nuovo disposto dell’art. 47 esplicitamente attribuisce personalità giuridica all’UE. Sui profili evolutivi e gli aspetti più problematici relativi alla personalità giuridica dell’UE, si veda PARISI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell’Unione europea alla luce dei rapporti fra gli Stati membri e fra questi e l’organizzazione*, in DRAETTA, SANTINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 2 -56.

⁶⁸ Cfr. art. K.1 TUE.

⁶⁹ Come sostenuto da COLOSIMO, *L’evoluzione delle politiche europee di immigrazione e di asilo*, cit., p. 130, «in certa misura, si è – dunque - in presenza di un impegno formale che consolida e codifica una cooperazione già operante, per risolvere, attraverso un meccanismo più adeguato, questioni che richiedono una risposta omogenea piuttosto che reazioni isolate».

⁷⁰ Disponeva l’art. 100 C par. 1 TCE che:

l'estensione dello stesso regime giuridico ad alcuni settori concernenti la cooperazione in materia di giustizia e affari interni, tra cui il diritto di asilo e la politica d'immigrazione, previa delibera all'unanimità del Consiglio, su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro⁷¹. Attraverso la prefigurazione di tale regime di 'passerella', dunque, si rendeva possibile il trasferimento nel settore di competenza comunitaria degli aspetti e delle politiche, previste dal Titolo VI.

L'importanza di tale procedura per lo sviluppo di un sistema comunitario di asilo si comprende anche alla luce della *Dichiarazione n. 31 sull'asilo* annessa al TUE, la quale espressamente prevedeva che entro la fine del 1993 il Consiglio avrebbe esaminato la possibilità di applicare concretamente il regime di passerella alle questioni relative al diritto di asilo, circostanza che, sebbene accolta dalla Commissione, in realtà fu disattesa dal Consiglio, rinviando la 'comunitarizzazione' del diritto di asilo a successivi negoziati tra Stati membri e Comunità⁷².

Complessivamente, dunque, il contributo del TUE allo sviluppo di un sistema europeo di asilo può rapportarsi all'istituzionalizzazione nel quadro del terzo pilastro «dei precedenti sforzi di coordinazione congiunta dell'azione degli Stati Membri, attuata nella sfera classica del diritto internazionale⁷³», prevedendo un sinergico coinvolgimento delle istituzioni comunitarie, quali il Consiglio, che avrebbe potuto adottare, a seguito delle iniziative coordinate dal «Comitato K4»⁷⁴, posizioni comuni

“Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, determina quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri”.

⁷¹ Cfr. ex art. K.9 TUE.

⁷² La Dichiarazione sull'asilo annessa al TUE, come nota BOCCARDI, *op. cit.*, p. 69, ha rappresentato l'esito di un compromesso tra l'originaria proposta avanzata dalla Germania, volta ad assegnare piena competenza alla Comunità in materia di asilo e la tradizionale sensibilità e riluttanza degli altri Stati membri. Entro la fine del 1993, la Commissione ha concretamente valutato la possibilità di trovare in consenso in seno al Consiglio circa il trasferimento di competenza alla Comunità in merito al diritto di asilo, tuttavia, come si apprende, la Commissione europea, *Report to the Council on the possibility of applying Article K.9 of the Treaty on European Union to asylum policy*, SEC (93) 1687 final, 4 Novembre 1993, disponibile in *Archive of European Integration*: <<http://aei.pitt.edu/1276/>>, ha concluso che “*despite the advantages offered by Article 100 C as mentioned in paragraphs 8 and 9 above, the time not yet right to propose the application of Article K. 9 so soon after the entry into force of the Treaty on European Union, but also believes that those advantages demonstrate that the question of the possible application of Article K. 9 to asylum policy should be examined again in the light of experience*”. Di certo, se la proposta della Germania fosse stata accolta, il sistema comunitario avrebbe assegnato maggiore trasparenza e affidabilità alla protezione dei diritti fondamentali, corredata dall'impalcatura istituzionale dell'UE e dalla giurisdizione della Corte di Giustizia.

⁷³ LIPPARINI, *Il diritto di asilo nel diritto comunitario*, cit., p. 50.

⁷⁴ Il «Comitato K4» mutua la denominazione dall'art. K.4 del TUE, che istituiva un Comitato di coordinamento, composto di alti funzionari che, oltre a svolgere un ruolo di coordinamento, aveva il compito di “*di formulare pareri per il Consiglio, a richiesta di quest'ultimo o di propria iniziativa; di contribuire, ... alla preparazione dei lavori del Consiglio nei settori contemplati dall'articolo K.1 e, alle condizioni di cui all'articolo 100 D del trattato che istituisce la Comunità europea, nei settori contemplati dall'articolo 100 C di detto trattato*”. Sino al semestre di presidenza irlandese del 1996, l'attività istituzionale in seno al terzo pilastro si è articolata in differenti livelli decisionali e vari gruppi di lavoro, tra cui, il gruppo di lavoro sull'asilo, impegnato a uniformare le procedure di esame

o azioni comuni, generalmente non vincolanti per gli Stati Membri⁷⁵, o convenzioni, raccomandandone l’adozione agli Stati. La Commissione era associata ai lavori con un ruolo di ‘osservatore privilegiato’, mentre un obbligo d’informazione era previsto nei confronti del Parlamento europeo, nessuna competenza giurisdizionale era prevista in capo alla Corte di giustizia, essendo il terzo pilastro di natura essenzialmente intergovernativa e, dunque, avulso dal metodo comunitario.

L’*acquis* in materia di asilo che cominciava a sedimentarsi appariva piuttosto rarefatto, principalmente costituito da una legislazione di tipo non vincolante relativa ad aspetti procedurali attuativi della Convenzione di Dublino del 1990, come la *Risoluzione del Consiglio sulle garanzie minime per le procedure di asilo*⁷⁶.

In definitiva, il livello di attuazione del Titolo VI è apparso alquanto precario, perché impregnato delle lacune strutturali del terzo pilastro, plasmato con ‘arenaria giuridica’, a differenza del primo pilastro edificato su ‘solido granito giuridico’⁷⁷.

3.3.1.a. Preliminari rilievi di (in)compatibilità con il regime internazionale: la posizione comune del Consiglio sulla definizione armonizzata della nozione di rifugiato.

Una prima valutazione sui rilevi di compatibilità dell’esperienza comunitaria con la normativa internazionale scaturisce dall’elaborazione della posizione comune del Consiglio “Giustizia e Affari Interni” sulla definizione armonizzata della nozione di rifugiato, codificata nell’art. 1 A (2) della Convenzione di Ginevra del

delle domande di asilo e di assicurare un’armonizzata interpretazione della Convenzione di Ginevra del 1951, il gruppo di lavoro sulle ‘migrazioni’, impegnato a curare l’ammissione e l’allontanamento dei cittadini di Paesi terzi, il gruppo per le ‘frontiere esterne’, volto al contrasto dell’immigrazione clandestina, infine, il gruppo ‘visti’ e quello ‘documenti falsi’. Per ulteriori riferimenti su tale complessa articolazione istituzionale si rinvia tra gli altri a SAULLE, *L’immigrazione e l’asilo nell’Europa allargata*, cit., p. 114 ss.; BOCCARDI, *op. cit.*, p. 115 ss.; COLOSIMO, *L’evoluzione delle politiche europee di immigrazione e di asilo*, cit., p. 130.

⁷⁵ In genere le ‘posizioni comuni’ esprimono l’orientamento dell’Unione su aspetti specifici dei settori contemplati dal Titolo VI, mentre le ‘azioni comuni’ sono adottate, qualora gli obiettivi non possono essere realizzati attraverso azioni dei singoli Stati membri, secondo il principio di sussidiarietà. In proposito, NOLL, *Negotiating asylum*, cit., p. 49 ss., ha confermato la natura non vincolante delle azioni comuni, mentre l’efficacia delle posizioni comuni sarebbe circoscritta all’obbligo di rispettare il loro contenuto nelle conferenze internazionali, a cui gli Stati avrebbero preso parte. Si veda STAPLES, *Decision-making in Justice and Home Affairs*, in VAN KRIEKEN (ed.), *op. cit.*, p. 39 ss.; SAULLE, *L’immigrazione e l’asilo nell’Europa allargata*, cit., p. 113 ss.

⁷⁶ Consiglio dell’UE, *Risoluzione sulle garanzie minime per le procedure di asilo*, 20 Giugno 1995, in GUUE n. C 274 del 19 Settembre 1996, pp. 13–17. L’atto, in realtà, declina una serie di disposizioni dal contenuto pressoché generico, fondato sul richiamo della normativa internazionale ed in particolare del principio del *non-refoulement*, a garanzia dei diritti dei richiedenti asilo. Per un’esauritiva analisi della risoluzione si veda BOELES, TERLOUW, *Minimum Guarantees for Asylum Procedures*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 9 (1997) n. 3, pp. 472- 491; cfr. anche BOCCARDI, *op. cit.*, p. 101 ss. Sulla natura dell’*acquis* in materia di diritto di asilo cfr. VAN DER KLAUW, *The EU Asylum Acquis*, cit., p. 12 ss.

⁷⁷ MÜLLER-GRAFF, *The Legal Bases of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty*, in *Common Market Law Review*, vol. 31 (1994), p. 495.

1951⁷⁸. Tale scelta perseguita dal Consiglio sin dal 1994 ha sicuramente rappresentato un primo segno di affrancamento del diritto di asilo dalla logica funzionalista del mercato interno⁷⁹.

La normativa internazionale, come noto, ha elaborato una definizione specifica del soggetto che può ottenere lo status di rifugiato, affidando tuttavia agli ordinamenti dei singoli Stati la predisposizione delle modalità per il relativo riconoscimento⁸⁰. Tale circostanza ha comportato differenti approcci nazionali e regionali all’interpretazione della nozione di rifugiato e del concetto di persecuzione. È in tale ambito che si comprende la rilevanza di un primo impegno degli Stati membri dell’UE a ricostruire una nozione uniforme di rifugiato, al fine di garantire un’interpretazione comune dei criteri relativi all’attribuzione di tale status giuridico, in ottemperanza alla stessa Convenzione di Ginevra del 1951, richiamata già nel Preambolo.

Sebbene per la prima volta in un documento ufficiale gli Stati abbiano, inoltre, riconosciuto il ruolo preminente dell’UNHCR, le cui linee guida sono espressamente considerate come “*un utile strumento per determinare lo status di rifugiato*”, il testo della posizione comune sembrava attestare in alcuni punti una flagrante discrasia con il regime internazionale, risultando, in realtà, esclusivamente dipendente dalle legislazioni nazionali⁸¹. Questa clausola di salvaguardia della sovranità degli Stati si

⁷⁸ Consiglio dell’UE, *Posizione comune del 4 marzo 1996 definita dal Consiglio in base all’articolo K.3 del trattato sull’Unione europea relativa all’applicazione armonizzata della definizione del termine «rifugiato» ai sensi dell’articolo 1 della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati*, 96/196/GAI, in GUUE n. L 63 del 13 Marzo 1996, pp. 2–7. Il Consiglio “Giustizia e Affari Interni” ha indicato la base giuridica della posizione comune nella disposizione dell’art. K.3 par. 2, lett. a), il quale dispone la possibilità del Consiglio di “*adottare posizioni comuni e promuovere, nella forma e secondo le procedure appropriate, ogni cooperazione utile al conseguimento degli obiettivi dell’Unione*”.

⁷⁹ In proposito BOCCARDI, *op. cit.*, p. 107, enfatizza che la posizione comune del 1996 «*was the first indication that asylum matters had slowly started to acquire an importance of their own, not always directly connected to the necessities of the Internal Market objective*».

⁸⁰ Sul punto si rinvia diffusamente a GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, III ed., Oxford, 2007, p. 35 ss., i quali rammentano la posizione americana, (*Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, United States of America: Memorandum on the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees (and stateless Persons)*), 18 Gennaio 1950, UN Doc. E/AC.32/L.4, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c164.html>>), secondo la quale una definizione ‘*too vague*’ avrebbe comportato problemi reali e divergenze di interpretazione ed applicazione. In senso critico SITAROPOULOS, *Refugee: A Legal Definition in Search of a Principled Interpretation by Domestic Fora*, in *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 52 (1999), p. 158, nota che «*this is a fact that has established the international refugee definition as a really nebulous one, but with many potential advantages of elasticity and adjustment to circumstances unforeseeable at the age of its drafting*».

⁸¹ Nella posizione comune si dichiara, infatti, che gli orientamenti per l’applicazione dei criteri di riconoscimento e ammissione del rifugiato “*saranno comunicati agli organi amministrativi competenti per il riconoscimento dello status di rifugiato, i quali sono invitati ad ispirarvisi, fatta salva la giurisprudenza degli Stati membri in materia di asilo e le loro disposizioni costituzionali al riguardo*”, specificando, inoltre che “*la presente posizione comune è adottata nei limiti dei poteri*

deduce dalle modalità di interpretazione degli stessi criteri per il riconoscimento dello status di rifugiato, che risultano ancora una volta dipendenti dagli ordinamenti nazionali⁸².

La posizione comune mantiene, inoltre, un approccio di tipo individuale all’esame delle domande di asilo anche in caso di esodi di massa, nonostante, in simili circostanze, sarebbe più opportuno che l’esame della richiesta di asilo si limitasse alla determinazione dell’appartenenza dell’interessato ad un gruppo di individui soggetti allo stesso fattore di rischio⁸³. Anche per quanto attiene a tale concetto, nessun contributo a un’auspicabile interpretazione evolutiva della nozione accolta dalla Convenzione di Ginevra del 1951, viene suffragata dagli Stati membri, i quali confermano una portata diretta e personale del concetto di persecuzione e la relativa natura statale⁸⁴.

Questo primo documento sul diritto di asilo nell’UE non apportava, dunque, alcuna novità di rilievo al regime internazionale, caratterizzandosi per le sue divergenze piuttosto che per la richiamata compatibilità con gli strumenti giuridici più rilevanti. Sul piano pratico la stessa armonizzazione della definizione di rifugiato soggiaceva alle disposizioni legislative interne degli Stati⁸⁵, sminuendo il rilievo del processo d’integrazione europea. Infine, piuttosto labile sul piano della prassi degli Stati è risultata l’efficacia giuridica della posizione comune, richiamata molto raramente dalla prassi giurisprudenziale interna, configurandosi piuttosto come un documento politico «*in the nature of a set of unilateral statements still to be reconciled*»⁸⁶.

costituzionali dei governi degli Stati membri; essa non vincola gli organi legislativi e non incide sulle decisioni delle autorità giudiziarie degli Stati membri”.

⁸² La posizione comune “*lascia – infatti - impregiudicate le condizioni alle quali uno Stato membro può, secondo il proprio diritto interno, autorizzare a restare nel proprio territorio una persona la cui sicurezza o integrità fisica sarebbero minacciate in caso di ritorno nel suo paese per motivi cui non si applica la convenzione di Ginevra, ma che costituiscono una controindicazione al rinvio nel paese d’origine*”.

⁸³ Previsione inclusa a titolo di eccezione al punto 2 del testo della posizione comune.

⁸⁴ Al punto 5.1 la posizione comune conferma, infatti, che “*la persecuzione è in genere opera di un organo dello Stato (Stato centrale o Stati federati, poteri regionali e locali), a prescindere dal suo status ai sensi del diritto internazionale, o di partiti o di organizzazioni che si sono impadroniti dello Stato*”.

⁸⁵ In proposito BOCCARDI, *op. cit.*, p. 110, ha ritenuto che in realtà la posizione comune «*represented a summary of the current legal interpretations and practices concerning the definition of ‘refugee’*», notando come le linee guida contenute nella posizione comune hanno avuto un impatto molto limitato sulle autorità nazionali «*leaving the disparities in national interpretations virtually intact*» e concludendo che l’importanza di tale misura «*rested in its ‘irrelevance’ to the Internal Market project, than on any impact it might have had*». La stessa accettazione uniforme di tutti gli elementi di rilievo per la qualifica dello status di rifugiato, se da un lato può costituire un progresso, cfr. in proposito MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 331, d’altra parte, assume un valore meramente declaratorio, essendo già gli Stati, parti della Convenzione di Ginevra del 1951, e pertanto ad essa vincolati.

⁸⁶ GOODWIN-GILL, *The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam*, in GUILD, HARLOW (eds.), *op. cit.*, p. 155, nota anche come «*divergences in interpretation reveal not*

I progressi sul piano della cooperazione nell’ambito del terzo pilastro dell’UE sembravano generare, dunque, direttrici di sviluppo divergenti rispetto agli standard di protezione, previsti del regime internazionale, e, in particolare, dal rispetto non solo del “sistema di Ginevra”, ma anche della CEDU. In sostanza, se era resa obbligatoria la cooperazione degli Stati sul diritto asilo, i mezzi di realizzazione apparivano ancora troppo dipendenti dalle potestà sovrane degli Stati membri e da un approccio restrittivo ai diritti dei richiedenti asilo⁸⁷, che hanno reso necessaria un’ulteriore riforma.

3.3.2. *Il Titolo IV del Trattato di Amsterdam e la ‘comunitarizzazione’ dell’acquis sul diritto di asilo.*

La cooperazione in materia di diritto di asilo e protezione dei rifugiati ha certamente ricevuto un notevole slancio a seguito dell’entrata in vigore del TUE, nonostante maggiori perplessità continuavano a persistere circa la tutela dei diritti dei richiedenti asilo⁸⁸.

L’impalcatura giuridica, che supportava la cooperazione in materia di giustizia e affari interni, si caratterizzava per una flagrante discrasia tra le materie, incluse nel terzo pilastro ed esplicitamente elencate nel corredo normativo del TUE, e gli obiettivi che si volevano perseguire a livello comunitario, laddove si attestava la riluttanza degli Stati a cedere competenze in campi molto delicati, quali l’immigrazione e il diritto di asilo⁸⁹. L’assenza di una specifica competenza dell’UE, l’inadeguatezza degli strumenti giuridici affidati a un complesso processo

only the constructive possibilities in different legal cultures, but also the deficiencies in a system of protection which, both regionally and internationally, remains without a body competent to promote consistency by ruling authoritatively on the meaning of words». Come nota BOCCARDI, op. cit., p. 110, solamente le Corti tedesca e olandese hanno richiamato la posizione comune del 1996, mentre il Conseil d’Etat francese ha riconosciuto la mancanza di carattere vincolante alle risoluzioni di Londra del 1992, caratteristica che presumibilmente avrebbe riconosciuto anche alla posizione comune del 1996.

⁸⁷ MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 330, conferma in proposito che si trattava di un approccio pragmatico, in quanto «la cooperazione e l’armonizzazione a livello europeo venivano considerate necessarie solo come strumenti per realizzare più efficaci politiche nazionali di asilo, ma non ancora a delineare una politica europea dell’asilo».

⁸⁸ In questo senso, cfr. BOCCARDI, op. cit., p. 69 ss., la quale nota che «whether this new framework implied better protection and stronger guarantees for refugees remained, however, highly arguable».

⁸⁹ Cfr. TIZZANO, *Brevi note sul Terzo Pilastro del Trattato di Maastricht*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 1 (1996), n. 2, p. 392, il quale appunto osserva come «sono bensì indicate all’art. KI le materie per le quali si istituisce la cooperazione, ma non lo sono gli obiettivi che rispetto ad esse si intende perseguire al livello dell’Unione». BOCCARDI, op. cit., p. 122, conferma che «the lack of a coherent definition of the common goals of the JHA co-operation stemmed directly from the resistance of some Member States to the idea of formalising the previous EPC into the treaty framework»; parimenti, COLOSIMO, *L’evoluzione delle politiche europee di immigrazione e di asilo*, cit., p. 136, ha riconosciuto che «la cooperazione in materia di affari interni e giustizia è stata la parte meno efficace del Trattato di Maastricht».

decisionale, regolato dal requisito dell’unanimità nei meccanismi di votazione, aveva comportato un’eccessiva burocratizzazione che aveva frustrato le iniziative intraprese dalla Commissione e disattese dal Consiglio⁹⁰, e resero necessaria una revisione del TUE.

La Conferenza intergovernativa del 1996, che portò all’approvazione del *Trattato di Amsterdam*⁹¹ del 2 Ottobre 1997, dietro gli auspici della presidenza irlandese⁹², attuò quella rivoluzione che il sistema comunitario attendeva circa

⁹⁰ In particolare si fa riferimento in proposito alla Comunicazione della Commissione sull’asilo e l’immigrazione, cfr. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Immigration and Asylum Policies*, COM (94) 23 final, 23 Febbraio 1994, documento disponibile in *Archive of European Integration*: <<http://aei.pitt.edu/1262/>>, con la quale la Commissione aveva ritenuto fondamentali per lo sviluppo di un efficace sistema di asilo alcune condizioni rapportabili sul piano generale ad una interpretazione armonizzata dell’art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 ed allo sviluppo di standard comuni per le procedure di asilo, ed in particolare all’approfondimento di alcuni istituti giuridici rilevanti in materia di diritto di asilo, quali, il concetto di «Paese terzo sicuro», lo strumento della ‘protezione temporanea’ e il principio del ‘burden-sharing’, lo sviluppo di un sistema di monitoraggio per una maggiore gestione degli esodi di massa. La Comunicazione, come nota MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 330 ss., era stata preceduta da altre importanti iniziative, riguardanti l’attraversamento delle frontiere e le politiche dei visti, come il progetto di una Convenzione ed un Regolamento sui Paesi terzi, i cui cittadini devono essere muniti di visto nell’attraversamento delle frontiere interne del territorio comunitario. A differenza della Convenzione, il Regolamento (CE) n. 2317/95 del Consiglio, del 25 Settembre 1995, *che determina quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l’attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri*, in GUUE n. L 234 del 3 Ottobre 1995 pp. 1–3, è stato approvato ma successivamente annullato dalla Corte di Giustizia per omissione di seconda consultazione del Parlamento europeo, cfr. sentenza C-392/95 del 10 Giugno 1997, *Parlamento europeo c. Consiglio dell’Unione europea*, in GUUE n. C 252 del 16 Agosto 1997, p. 4.

⁹¹ *Il Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull’Unione Europea, i Trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni Atti connessi*, in GUUE n. C 340 del 10 Novembre 1997, è il risultato della Conferenza intergovernativa aperta il 29 Marzo 1996 in occasione del Consiglio europeo di Torino, con il duplice scopo di rivedere le disposizioni del trattato di Maastricht, la cui attuazione risultava problematica e preparare il futuro allargamento geografico dell’Unione, e conclusasi con il Consiglio europeo di Amsterdam del 16 Giugno 1997, con l’approvazione di un progetto di trattato di revisione che sarà firmato dai rappresentanti degli Stati membri il 2 Ottobre 1997 ed entrerà in vigore il 1 Maggio 1999. In realtà, il progetto di revisione del trattato di Maastricht risale già al Consiglio europeo di Corfù del 24 Giugno 1994, che aveva istituito un apposito gruppo formato da rappresentanti dei Ministri degli Esteri degli Stati membri col compito di redigere un rapporto sulle questioni ed i punti suscettibili di revisione. Tale rapporto fu trasmesso al Consiglio europeo di Madrid del 16 Dicembre 1995, risultando particolarmente critico nei confronti della cooperazione istituita nell’ambito del terzo pilastro. Sulle modifiche istituzionali apportate dal trattato di Amsterdam al terzo pilastro, per tutti si veda GUILD, HARLOW (eds.), *op. cit.*, p. 47 ss. e le osservazioni di HAILBRONNER, *The Treaty of Amsterdam and Migration Law*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 1 (1999), n. 1, p. 8 ss.; SIMPSON, *Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam*, in *European Public Law*, vol. 5 (1999), n. 1, pp. 91–124; HAILBRONNER, *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, in *Common Market Law Review*, vol. 35 (1998), pp. 1047–1067.

⁹² Durante il Vertice di Dublino del 16 Dicembre 1996, la Presidenza irlandese presentò un ambizioso piano di revisione dell’intera struttura del terzo pilastro, includendo la ‘comunitarizzazione’ delle materie attinenti al diritto di asilo e all’immigrazione. La proposta irlandese ha rappresentato il cardine intorno al quale si sono svolti i negoziati, in particolare, il governo irlandese aveva insistito sulla necessità di istituire un’area di “libertà, sicurezza e giustizia”,

l’attribuzione di specifiche competenze normative in materia di asilo, trasferendo al pilastro comunitario, attraverso l’introduzione dell’apposito Titolo IV, non solo le attribuzioni relative a visti, asilo e immigrazione, precedentemente assegnate al Titolo VI del TUE, ma anche l’*acquis* di Schengen, mediante un Protocollo di integrazione allegato al trattato⁹³. Con il *Trattato di Amsterdam*, dunque, il codice di Schengen è stato incorporato nell’*acquis* comunitario, ossia nell’insieme dei diritti ed obblighi che i Paesi dell’UE condividono⁹⁴, divenendo condizione preliminare per l’adesione all’UE da parte degli Stati candidati⁹⁵.

cfr. Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri, *The European Union Today and Tomorrow - Adapting the European Union for the Benefit of its Peoples and Preparing It for the Future - A General Outline for a Draft Revision of the Treaties - Dublin II*, CONF 2500/96 CAB, Bruxelles 5 Dicembre 1996, disponibile fra i documenti della Conferenza intergovernativa del 1996, in: <<http://www.consilium.europa.eu/App/Cig/Cig1996.aspx?lang=en&cmsid=908&modeCIG=4>>, p. 11 ss., in cui richiedeva addirittura l’assegnazione di una specifica competenza giurisdizionale alla Corte di Giustizia, poiché “*the large number of cases which come before national courts in the areas of asylum and immigration suggests that many applications for interpretation of provisions in this area by way of preliminary ruling would be submitted to the Court of Justice by national courts at the request of parties involved in such cases. This would lead to a considerable increase in the workload of the Court and delay national proceedings. In this respect, specific modalities should be contemplated regarding the role of the Court of Justice*”. Per ulteriori riferimenti si veda BOCCARDI, *op. cit.*, p. 130 ss.; EGAN, *European Asylum Policy*, cit., p. 180 ss.

⁹³ Cfr. *Protocollo sull’integrazione dell’acquis di Schengen nell’ambito dell’Unione europea*, allegato al *Trattato di Amsterdam*, il cui art. 2 par. 1 dispone che:

“*a decorrere dall’entrata in vigore del trattato di Amsterdam, l’acquis di Schengen, incluse le decisioni del Comitato esecutivo istituito dagli accordi di Schengen che sono state adottate anteriormente a tale data, si applica immediatamente ai tredici Stati membri di cui all’articolo 1, fatte salve le disposizioni del paragrafo 2 del presente articolo. A decorrere dalla medesima data, il Consiglio si sostituirà al suddetto comitato esecutivo*”.

In seguito con un atto derivato, quale la Decisione del Consiglio dell’UE 1999/435/CE del 20 Maggio 1999, *che definisce l’acquis di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull’Unione europea, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l’acquis*, in GUUE L 176 del 10 Luglio 1999, pp. 1–16, il Consiglio dell’UE ha inteso definire puntualmente la consistenza giuridica e la portata sostanziale dell’*acquis* di Schengen, costituito non solo dagli accordi del 1985 e dalla Convenzione di applicazione del 1990, ma anche da tutti gli accordi di adesione dei singoli Stati, dalle dichiarazioni comuni, dai documenti adottati dal Comitato esecutivo e dagli organi ad esso collegati. Si veda ADOBATI, *L’acquis di Schengen viene « incorporato » nel quadro dell’Unione Europea: una nuova ipotesi di « cooperazione rafforzata »*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 13 (1999), n. 1, pp. 195-200. Si rammenta, infine, che a seguito della revisione apportata dal trattato di Lisbona nel 2007, il Protocollo sull’*acquis* di Schengen, rivisto secondo la nuova struttura dell’UE, è inserito come Protocollo n. 19 allegato al TUE e al TFUE.

⁹⁴ L’*acquis* comunitario comprende non solo i trattati, che costituiscono il diritto originario dell’UE, ma anche tutta la legislazione derivata in vigore, ossia gli atti normativi, le dichiarazioni e le risoluzioni, gli accordi internazionali con Stati terzi e le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia, includendo anche le iniziative di matrice intergovernativa in materia di “Giustizia e Affari Interni” e di Politica estera e di sicurezza comune. Sul concetto di “*acquis* comunitario”, cfr. MURAVIOV, *The Acquis Communautaire as a Basis for the Community Legal Order*, in *Miskolc Journal of International Law*, vol. 4 (2007), n. 2, pp. 38 – 45; CURTI GIALDINO, *Some Reflection on the Acquis Communautaire*, in *Common Market Law Review*, vol. 32 (1995), n. 5, pp. 1089-1121. Come osserva, inoltre, DELCOURT, *The Acquis Communautaire: Has The Concept Had Its Day?*, in *Common Market Law Review*, vol. 38 (2001), n. 4, p. 835, «*the creation of the European Union, founded on the Communities, did not lead to the notion acquis communautaire being rendered obsolete, and that*

La comunitarizzazione del diritto di asilo e delle materie ad esso connesse ha consentito la sedimentazione di uno specifico corpus normativo, che include tutti gli strumenti adottati sia nel contesto del terzo pilastro del TUE sia anteriormente all’istituzione dell’UE⁹⁶. Poiché, come si è già osservato, tutti gli strumenti giuridici adottati in materia di asilo richiamano il regime internazionale di protezione dei rifugiati nel più ampio contesto dei diritti umani, si può anche ritenere che la Convenzione di Ginevra del 1951, il relativo Protocollo del 1967, la CEDU e per certi versi le linee guida dell’UNHCR, rientrino nell’*acquis* sul diritto di asilo⁹⁷.

3.3.2.a. La compatibilità delle ‘misure minime’ in materia di asilo con il diritto internazionale.

Sebbene il trattato di Amsterdam abbia tentato di uniformare le due aree d’integrazione differenziata, l’impianto strutturale del Titolo IV risulta imperniato sul principio di flessibilità, volto a preservare la sovranità degli Stati membri nella realizzazione delle norme relative al diritto di asilo⁹⁸. Tale impostazione scaturisce dall’assenza di una specifica competenza comunitaria di tipo generale in materia⁹⁹ e

*notion is still not about to become a museum piece. It has a future, in the sense that it has acquired an independent existence and can therefore continue to be used even in a Union which is no longer explicitly based on the three Communities». Con riferimento al trattato di Lisbona si veda DELCOURT, *Traité de Lisbonne et acquis communautaire*, in *Revue du Marché Commune et de l’Union Européenne*, 2008, n. 518, pp. 296-297.*

⁹⁵ Nei termini dell’art. 8 del Protocollo di integrazione, infatti, “*ai fini dei negoziati relativi all’adesione di nuovi Stati membri all’Unione europea, l’acquis di Schengen e le ulteriori misure adottate dalle istituzioni nell’ambito del suo campo d’applicazione sono considerati un acquis che deve essere accettato integralmente da tutti gli Stati candidati all’adesione*”.

⁹⁶ Si veda la definizione di “*asylum acquis*” in VAN DER KLAAUW, *The EU Asylum Acquis*, cit., p. 13, il quale osserva con riferimento agli strumenti adottati prima dell’istituzione del terzo pilastro che «*applicant States are nevertheless required to become a party to them ‘in the same way as the Member States have done in the past’*». La determinazione dell’*acquis* di Schengen, in realtà, come ha osservato BOCCARDI, *op. cit.*, p. 151, ha rappresentato una delle questioni più dibattute, poiché, a causa del principio di segretezza che caratterizzava le decisioni del Comitato esecutivo di Schengen, «*by the time of the signature of the Amsterdam Treaty in October 1997, the extent of the acquis was still not clear*», costituendo un ostacolo rilevante, poiché contrastava con il principio di trasparenza codificato nel nuovo trattato di revisione.

⁹⁷ Sul punto si rinvia anche alle osservazioni di GOODWIN-GILL, *The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam*, cit., p. 141 ss.

⁹⁸ D’altra parte come sottolinea BOCCARDI, *op. cit.*, p. 143, «*the need to accommodate Member States’ different pace of integration had been a constant factor in the life of the European Community*».

⁹⁹ Cfr. CELLAMARE, *La disciplina dell’immigrazione nell’Unione europea*, Torino, 2006, p. 51 ss.; ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 145 ss.; MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 332. Parlano, inoltre, di «comunitarizzazione anomala», CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003, pp. 233-234, mentre CREPEAU, CARLIER, *Intégration régionale et politique migratoire. Le “Modèle” européen entre coopération et comunitarisation*, in *Journal de Droit International*, 2004, pp. 964- 965, definiscono il Titolo IV un «Primo pilastro bis».

dall’introduzione di clausole di salvaguardia, comportanti un’applicazione differenziata delle norme, incluse nel Titolo IV.

Quanto al primo profilo, il trattato di Amsterdam, codificava nel disposto dell’art. 61 TCE un piano operativo di durata quinquennale, assegnando al Consiglio il compito di adottare entro il 2004 misure di accompagnamento, relative alla libera circolazione delle persone e più specificamente al diritto di asilo, secondo quanto stabilito dall’art. 63 TCE, interamente dedicato ai cittadini di Paesi terzi. Tale norma costituirebbe la prima disposizione di diritto originario, capace di stabilire un vincolo di conformità tra l’ordinamento comunitario e il regime internazionale¹⁰⁰, ponendosi a fondamento di una particolare forma di protezione, costituita dal riconoscimento di un diritto di asilo alle categorie d’individui che lo stesso ordinamento internazionale potrebbe qualificare come potenziali beneficiari. Questo esplicito riferimento nel testo del TCE, assegnava al regime internazionale in materia di asilo la funzione di fonte del diritto, in base a cui la Convenzione di Ginevra e gli altri strumenti rilevanti possono servire da “*source of legal knowledge*” per identificare i principi generali del diritto comunitario¹⁰¹.

In particolare, l’art. 63 TCE enucleava i tre aspetti peculiari intorno a cui si sarebbe articolato il quadro normativo per la realizzazione di un sistema comune di asilo. In primo luogo, la norma in esame al par. 1 richiamava il diritto di asilo, concepito coerentemente con la disciplina declinata nella Convenzione di Ginevra¹⁰². Gli aspetti più innovativi assumevano, invece, come base giuridica il successivo par. 2 che consentirà di sviluppare particolari istituti, quali la ‘protezione temporanea’, che troverebbe applicazione in situazioni di emergenza, come gli esodi

¹⁰⁰ BATTJES, *op. cit.*, p. 97, afferma che «*International law on asylum may have effect within the Community legal order by virtue of the direct references to it in article 63 TEC*». L’art. 63 TCE specifica al punto 1 che in materia di asilo, il Consiglio entro un periodo di cinque anni dall’entrata in vigore del trattato di Amsterdam adotta:

“a) criteri e meccanismi per determinare quale Stato membro competente per l’esame delladomanda 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”.

Con riferimento specifico alla protezione dei rifugiati, il successivo punto 2 prevede, invece, l’adozione da parte del Consiglio di:

“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”.

Per un commento ed un esame specifico delle misure fondate sull’art. 63 TCE, si veda DI PASCALE, *Art. 63*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, pp. 442 – 450.

¹⁰¹ BATTJES, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰² In questo senso, TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, in *Common Market Law Review*, vol. 43 (2006), pp. 1508–1509, definisce tale protezione «*conventional in reference to the Geneva Convention since it involved determining the criteria “for granting and for withdrawing refugee status”*».

di massa¹⁰³, e la 'protezione sussidiaria' che assumerebbe portata residuale, trovando applicazione per le categorie di individui che non potrebbero godere delle altre forme di protezione.

Le misure fondate sulle disposizioni dell'art. 63 TCE appaiono, comunque, ispirate al principio del *minimum standard*, in base a cui si mira ad osservare il livello minimo di protezione stabilito dall'ordinamento internazionale relativamente al trattamento degli stranieri¹⁰⁴. In questo senso, non si precludeva agli Stati la facoltà di mantenere o introdurre nei settori in questione disposizioni compatibili con il TCE e gli accordi internazionali¹⁰⁵. La problematica sembra slittare lungo un duplice livello di compatibilità, attinente rispettivamente alla misura in cui gli Stati membri possono garantire un diverso livello di protezione rispetto all'ordinamento comunitario e alla stessa compatibilità delle misure minime previste dal TCE con il regime internazionale in materia di asilo.

Dal primo punto di vista, gli Stati membri avrebbero potuto eccedere il livello di protezione minimo stabilito a livello comunitario a favore dei richiedenti asilo, purché non fosse stata inficiata l'unità del sistema comunitario e fossero stati rispettati gli obblighi derivanti dal TCE. Ciò consentiva agli Stati membri, vincolati autonomamente agli obblighi di diritto internazionale, di sanare a livello interno l'eventuale insufficienza di protezione riscontrata a livello comunitario¹⁰⁶. Tale conclusione può essere suffragata per analogia dalla *ratio* seguita dalla Corte di Giustizia nel parere 2/91 sulla compatibilità della Convenzione n. 170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) con il TCE. Nel parere, i giudici comunitari hanno riconosciuto che gli Stati nell'applicazione della disciplina contenuta nella Convenzione dell'ILO possono adottare misure più stringenti rispetto a quelle decise a livello comunitario¹⁰⁷.

¹⁰³ Si veda la definizione elaborata dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), *International Migration Law, Glossary on Migration*, Geneva, 2004, p. 64, secondo la quale si intende per 'protezione temporanea' la «*procedure of exceptional character to provide, in the event of a mass influx or imminent mass influx of persons from third countries who are unable to return to their country of origin, immediate and temporary protection to such persons, in particular if there exists also a risk that the asylum system will be unable to process this influx without adverse effects for its efficient operation, in the interests of the persons concerned and other persons requesting protection*».

¹⁰⁴ L'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 33, riconosce che in base al principio del *minimum standard* «*a State is required to observe minimum standards set by international law with respect to treatment of aliens present on its territory*».

¹⁰⁵ Art. 63 par. 4 TCE.

¹⁰⁶ Sul punto BATTJES, *op. cit.*, pp. 164 ss., conclude che «*Community legislation that sets minimum standards cannot require Member State conduct in breach of International law*».

¹⁰⁷ Cfr. CGCE, Parere 2/91 del 19 Marzo 1993 - *Parere emesso ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del trattato CEE, concernente la Convenzione n. 170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, in *Racc.* 1993 pp. I-1061, par. 18, il ragionamento della Corte è giunto a sostenere che «*if, on the one hand, the Community decides to adopt rules which are less stringent than those set out in an ILO convention, Member States may, in accordance with Article 118a(3), adopt more stringent*

Per quanto attiene al secondo profilo, si nota come, con riferimento alla compatibilità delle misure minime in materia di asilo con il regime internazionale, lo stesso art. 63 TCE richiedeva che la normativa in esame fosse applicata in ossequio al regime internazionale, senza pregiudicare a sua volta la facoltà da parte del Consiglio di fissare un livello di protezione superiore a quello degli Stati membri¹⁰⁸. Il diritto internazionale diventa, dunque, un parametro d’interpretazione della prassi normativa comunitaria sulle misure minime che per loro stessa definizione devono essere compatibili col principio del *minimum standard* stabilito dal diritto internazionale e specificamente dalla Convenzione di Ginevra.

Quest’aspetto sembrerebbe essere stato richiamato recentemente dalla Corte di giustizia dell’UE nella sentenza sul caso *Petrosian* del 29 Gennaio 2009,

measures for the protection of working conditions or apply for that purpose the provisions of the relevant ILO convention. If, on the other hand, the Community decides to adopt more stringent measures than those provided for under an ILO convention, there is nothing to prevent the full application of Community law by the Member States under Article 19(8) of the ILO Constitution, which allows Members to adopt more stringent measures than those provided for in conventions or recommendations adopted by that organization”.

¹⁰⁸ BATTJES, *op. cit.*, p. 168, afferma in proposito che l’impostazione assegnata dall’art. 63 TCE agli strumenti normativi comunitari in materia di asilo «*simply means that those instruments should be interpreted in a way that makes their application in accordance with relevant international law possible...Community legislation containing minimum norms must be interpreted in accordance with international asylum law*». Sebbene, secondo l’opinione prevalente, dalla formulazione letterale dell’art. 300 par. 7 TCE, arricchita da una costante prassi giurisprudenziale (in questo senso, cfr. *Commissione c. Germania*, sent. del 10 Settembre 1996, causa C-61/94, in *Racc.* p. I-3989, punto 52 e *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Rotterdam*, sent. del 12 Gennaio 2006, causa C-311/04, in *Racc.* p. I-609, punto 25), possa desumersi il principio della superiorità del diritto internazionale rispetto al diritto comunitario derivato, alcune recenti attestazioni giurisprudenziali della Corte di Lussemburgo sembrano destare profili problematici. In particolare, si fa riferimento al recente affare *Intertanko*, CGCE, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri c. Secretary of State for Transport*, sent. del 3 Giugno 2008, causa n. C-308/06, non ancora pubblicata in *Racc.*, disponibile sul sito web della Corte: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/>. In tale pronuncia, la Corte ha dichiarato che “*la natura e la struttura della convenzione di Montego Bay ostano a che la Corte possa valutare la validità di un atto comunitario alla luce di tale convenzione*”, discostandosi dalle conclusioni dell’Avvocato generale, Juliane Kokott, presentate il 20 Novembre 2007, in cui si riteneva che “*la convenzione sul diritto del mare...costituisce un criterio per valutare la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie*”. La Corte ha comunque richiamato la cospicua giurisprudenza, da cui scaturisce che le competenze della Comunità devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale, “*comprese le disposizioni delle convenzioni internazionali quando codificano norme consuetudinarie sancite dal diritto internazionale generale*”, (cfr. in questo senso i casi *Poulsen e Diva Navigation Corp.*, sent. del 24 Novembre 1992, causa C-286/90, in *Racc.* p. I-6019, punti 9 e 10; *Mondiet*, sent. del 24 Novembre 1993, causa C-405/92, in *Racc.* p. I-6133, punti 13-15; *Racke*, sent. del 16 Giugno 1998, causa C-162/96, in *Racc.* pag. I-3655, punto 45). Sulla portata dell’affare *Intertanko*, cfr. in particolare VEZZANI, *Pacta sunt servanda? La sentenza della Corte di giustizia nell’affare Intertanko (caso C-308/06) e l’adattamento dell’ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio*, in *Studi sull’integrazione europea*, vol. 4 (2009), n.1, pp. 233-252; CANNIZZARO, *Il diritto internazionale nell’ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza Intertanko*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 13 (2008), n. 4, pp. 645-653. Per ulteriori riferimenti in dottrina sui rapporti tra diritto internazionale ordinamento dell’UE e sulla derogabilità del diritto internazionale generale nel diritto comunitario si rinvia ampiamente a GIANELLI, *Unione Europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004.

concernente una famiglia di cittadini armeni interessata da un provvedimento di trasferimento dalla Svezia verso la Francia in applicazione del ‘Regolamento Dublino II’, in cui i giudici di Lussemburgo hanno ribadito la portata della protezione garantita a livello comunitario¹⁰⁹. La Corte, a cui veniva richiesto sostanzialmente di pronunciarsi sulla disposizione del regolamento concernente il *dies a quo* per individuare esattamente la decorrenza dei sei mesi entro cui procedere al trasferimento, ha sottolineato come la tutela garantita dallo stato membro deve comunque informarsi a dei principi di carattere generale a livello comunitario. Se, dunque, la tutela giurisdizionale non è garantita nell’ordinamento del Paese membro, essa deve essere garantita secondo il diritto comunitario e se non fosse garantita, come non lo è, dalla Convenzione di Ginevra, che non contiene principi procedurali, devono intervenire i principi generali dell’ordinamento comunitario ad assicurare tale garanzia.

Tuttavia, se, da una parte, la competenza ad adottare ‘misure minime’ nei settori concernenti il diritto di asilo, a norma della Convenzione di Ginevra del 1951 e degli altri trattati pertinenti, si sarebbe potuta rapportare all’esigenza di ottemperare agli obblighi derivanti dal diritto internazionale, l’evoluzione della prassi normativa, fondata sul disposto dell’art. 63 TCE, confermerà, d’altra parte, come tale norma, anziché riflettere un rinnovato approccio alla problematica dell’asilo, intendeva fornire una base giuridica alle misure già esistenti¹¹⁰.

Inoltre, le competenze assegnate alla Comunità venivano condizionate da alcuni fattori, quali, l’obiettivo, sotteso all’art. 61 TCE, di definire uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, un limite d’ordine temporale per l’adozione delle misure minime da adottare entro il 1 Maggio 2004, ai sensi dell’art. 63, e il parametro fondamentale del rispetto degli strumenti internazionali in materia¹¹¹. In definitiva, la prassi delle misure minime tendeva a salvaguardare la potestà

¹⁰⁹ CGUE, *Migrationsverket c. Edgar Petrosian, Nelli Petrosian, Svetlana Petrosian, David Petrosian, Maxime Petrosian*, sent. del 29 Gennaio 2009, causa C-19/08, parr. 15 ss. I membri della famiglia Petrosian proponevano il 22 Marzo 2006 domanda di asilo in Svezia, Paese in cui si trovavano all’epoca dei fatti. L’esame di dette richieste ha rivelato, tuttavia, che gli interessati avevano già presentato altre domande, in particolare in Francia. L’Ufficio per l’immigrazione del Ministero degli Interni ha pertanto chiesto alle autorità francesi di riprendere in carico i membri della famiglia Petrosian, ai sensi dell’art. 16, n. 1, lett. e), del Regolamento n. 343/2003, cfr. *infra* par. 3.6.2. Avverso la decisione di trasferimento la famiglia Petrosian presentava ricorso, dichiarando la volontà che le loro richieste di asilo fossero esaminate in Svezia. Dopo alterne vicende giudiziarie che più volte hanno annullato la sospensione del trasferimento in Francia, il *Migrationsverket* ha proposto ricorso in appello contro la sentenza del tribunale inferiore, dinanzi al *Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen*, sostenendo che, in seguito all’adozione di una decisione sospensiva, il termine di esecuzione del trasferimento era sospeso cosicché esso decorreva per un periodo di sei mesi a partire dal giorno in cui la decisione sospesa fosse divenuta nuovamente esecutiva. In tale contesto, il *Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen*, ha deciso di sospendere il giudizio e rinviare la questione alla Corte di Lussemburgo.

¹¹⁰ In questo senso, cfr. BATTJES, *op. cit.*, p. 146.

¹¹¹ *Ivi*, p. 140.

legislativa degli Stati, confermando la riluttanza a cedere la propria sovranità a favore di un sistema comune in materia di asilo nell’UE¹¹².

La prevalenza della sovranità degli Stati nell’applicazione delle misure basate sull’art. 63 TCE era confermata anche dalla previsione di una procedura decisionale complessa, vincolata alla delibera all’unanimità da parte del Consiglio, su una proposta della Commissione o dietro iniziativa di uno Stato membro, e previa consultazione del Parlamento europeo. Piuttosto controversa, perché condizionata dall’adozione in via preliminare da parte del Consiglio di una normativa che definisse “*le norme comuni e i principi essenziali che disciplinano tali materie*”, appariva anche la possibilità di ricorrere, ai sensi del nuovo par. 5 aggiunto all’art. 67 dal trattato di Nizza, al beneficio della votazione a maggioranza qualificata¹¹³.

La disposizione risulta di complessa interpretazione soprattutto se rapportata alla circostanza per la quale sia le norme comuni sia i principi in materia di asilo potrebbero in realtà considerarsi acquisiti dal diritto comunitario originario attraverso un’attività estranea all’intervento del Consiglio, competente a definire ed emanare principalmente la legislazione di diritto derivato in applicazione dei trattati. A seguito dell’introduzione del Titolo IV, infatti, le norme comuni dovrebbero risultare dal codice di Schengen e dall’*acquis* sul diritto di asilo. Ancora più ambigua potrebbe essere la competenza del Consiglio a definire i principi che regolano la materia per almeno due ordini di ragioni. *In primis*, il TCE contiene una parte prima (artt. 1–16), espressamente dedicata ai principi dell’azione comunitaria e già lo stesso art. 3 opera un rinvio alla disciplina, sottesa dal Titolo IV, disponendo

¹¹² Il disposto dell’art. 63 TCE prevedeva lo sviluppo di una legislazione di diritto derivato relativo alle particolari forme di protezione definite dal trattato, qualificando gli Stati membri come soggetti deputati alla concessione delle varie forme di protezione. Sul punto BATTJES, *op. cit.*, p. 166, evidenzia che «*the Community merely issues standards on reception, qualification and procedures; the reception, qualification and processing are done by the Member States*». Cfr. inoltre SIDORENKO-FERGUSON, *The European Union Immigration and Asylum Law in the Light of International Security Concerns*, in *Ius Gentium*, vol. 10 (2004), pp. 163-178.

¹¹³ Cfr. *Trattato di Nizza che modifica il Trattato sull’Unione Europea, i Trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti connessi*, in GUUE n. C 80 del 10 Marzo 2001, in vigore dal 1 Febbraio 2003. I meccanismi procedurali relativi all’elaborazione della legislazione relativa a quanto disposto dall’art. 63, sono codificati nel successivo art. 67 TCE, il cui disposto al punto 5, primo alinea, stabilisce che:

“*In deroga al paragrafo 1, il Consiglio adotta secondo la procedura di cui all’art. 251:- le misure previste all’articolo 63, punto 1) e punto 2), lettera a), purché il Consiglio abbia preliminarmente adottato, ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo, una normativa comunitaria che definisca le norme comuni e i principi essenziali che disciplinano tali materie*”.

Sul punto si rammenta che al trattato di Nizza si accompagnano un Protocollo relativo all’art. 67 TCE, il quale stabilisce la delibera a maggioranza qualificata a partire dal 1 Maggio 2004 sulle misure previste dall’art. 66, attinente alla cooperazione tra i pertinenti servizi delle amministrazioni degli Stati membri nelle materie disciplinate dal Titolo IV, e una Dichiarazione relativa all’art. 67 TCE, con cui gli Stati membri convenivano sull’opportunità di applicare la procedura di codecisione alle delibere sulle altre materie del Titolo IV. Sulle limitate novità, principalmente di natura procedurale, introdotte dal trattato di Nizza, cfr. più in dettaglio BENEDETTI, *op. cit.*, p. 161 ss.; ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 147 ss.; LIPPARINI, *Il diritto di asilo nel diritto comunitario*, cit., p. 60 ss.

che ai fini enunciati nell’art. 2, l’azione della Comunità comporta, “*alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato*” l’adozione di *misure riguardanti l’ingresso e la circolazione delle persone, come previsto dal titolo IV*”. La disciplina prevista dall’art. 67 par. 5, primo alinea, si giustificherebbe automaticamente alla luce di un’interpretazione sistematica del trattato, e non si comprende a fondo l’attribuzione al Consiglio della competenza a emanare norme comuni e principi in materia di asilo. Tra l’altro, considerato il costante richiamo della legislazione comunitaria in materia, nonché dello stesso art. 63 TCE, al regime internazionale, la disciplina contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951 dovrebbe poter fornire il corredo di principi capace di informare l’attività del Consiglio nell’adozione delle misure minime¹¹⁴.

Gli ostacoli di natura procedurale e l’ambiguità delle disposizioni, inserite nel Titolo IV hanno, dunque, impedito la piena applicazione del metodo comunitario alle materie relative al diritto di asilo, all’immigrazione e al controllo delle frontiere esterne, il semplice passaggio alla maggioranza qualificata, d’altra parte non comportava alcun obbligo degli Stati verso l’evoluzione di una effettiva politica comune di asilo¹¹⁵.

3.3.2.b. L’applicazione differenziata del Titolo IV e il principio di flessibilità.

Il secondo profilo, in cui s’è manifestata la tendenza a preservare la sovranità degli Stati, secondo il principio di flessibilità, declinato in svariati Protocolli e clausole di salvaguardia, allegati ai Trattati¹¹⁶, inaugurando una prassi negoziale che raggiungerà il culmine nella recente riforma di Lisbona, è rappresentato dall’applicazione differenziata del Titolo IV.

In questa prospettiva, la revisione del TCE, operata ad Amsterdam, ha previsto un regime di applicazione flessibile, che rappresenta uno dei tanti esempi «*of a specific à la carte participation*»¹¹⁷. Il contrappeso giuridico alla comunitarizzazione delle materie concernenti il diritto di asilo è rappresentato dall’introduzione di strumenti normativi imperniati sul principio di flessibilità, che hanno consentito ad

¹¹⁴ In questo senso, cfr. anche TROIANIELLO, *Il diritto di asilo nell’Unione Europea*, cit., p. 86 ss., il quale riconosce che «principio generale...è che le questioni relative all’asilo devono essere trattate nel rispetto dei diritti fondamentali della persona e nel rispetto del regime internazionale in materia», come stabilito dall’art. 63 punto 1 TCE.

¹¹⁵ Cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 216 ss. In proposito osserva, inoltre, SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., p. 236, che «la comunitarizzazione di queste materie non è, tuttavia, coincisa con un definitivo passaggio al metodo comunitario» e l’ambiguità della disciplina prevista dal Titolo IV «si traduce in criticità, che si riflettono, conseguentemente, sugli atti derivati».

¹¹⁶ In questo senso, SIMPSON, *Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam*, cit., p. 99 parla di «‘protocolarization’ which has the potential of providing many headaches for even the experts on the Community’s variable geometry».

¹¹⁷ BOCCARDI, *op. cit.*, p. 146.

alcuni Stati membri, quali Danimarca, Irlanda e Regno Unito, particolarmente reticenti verso ulteriori forme di integrazione, di svincolarsi (*opt-out*) dall’*acquis* in materia di asilo attraverso due specifici Protocolli allegati al trattato di Amsterdam¹¹⁸. Sulla base delle disposizioni contenute in tali strumenti giuridici, Irlanda e Regno Unito in qualsiasi momento possono accettare di vincolarsi al Titolo IV attraverso due “tecniche di partecipazione differita”, consistenti nella possibilità di partecipare entro tre mesi al procedimento di formazione e all’adozione di un atto o di notificare la partecipazione ad un atto già adottato¹¹⁹.

Ancor più radicale è la disciplina contenuta nel Protocollo sulla posizione della Danimarca, che può essere definita di “*complete opt-out*”¹²⁰, senza alcuna possibilità di partecipazione differita¹²¹. La condizione della Danimarca è risultata ancora più complessa perché a differenza di Irlanda e Regno Unito, pur avendo partecipato al sistema di Schengen, ne rifiutava l’incorporazione nell’ordinamento dell’UE. Dunque, sebbene l’*acquis* di Schengen sia stato comunitarizzato, nelle relazioni tra la Danimarca e gli altri Stati membri, esso produrrà obblighi giuridici al pari di un trattato internazionale «*with no direct effect and no priority over national*

¹¹⁸ Cfr. *Protocollo (n. 4) sulla posizione del Regno Unito e dell’Irlanda (1997)* e *Protocollo (n. 5) sulla posizione della Danimarca (1997)*, allegati al trattato di Amsterdam. Per un’analisi di tali strumenti giuridici cfr. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 57 ss.; HAILBRONNER, *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, cit., pp. 1057 ss.

¹¹⁹ Dispone in proposito l’art. 3 del Protocollo (n. 4):

“*Il Regno Unito o l’Irlanda possono notificare per iscritto al presidente del Consiglio, entro tre mesi dalla presentazione di una proposta o un’iniziativa al Consiglio, a norma del titolo III bis del trattato che istituisce la Comunità europea, che desiderano partecipare all’adozione ed applicazione di una delle misure proposte; una volta effettuata detta notifica tali Stati membri sono abilitati a partecipare...*”.

Mentre il successivo art. 4 prevede che:

“*Il Regno Unito o l’Irlanda, in qualsiasi momento dopo l’adozione di una misura da parte del Consiglio a norma del titolo III bis del trattato che istituisce la Comunità europea, possono notificare al Consiglio e alla Commissione la loro intenzione di accettarla...*”.

Sulla base dell’art. 8, inoltre, l’Irlanda “*può notificare per iscritto al presidente del Consiglio che non desidera più essere vincolata dai termini del presente protocollo*”. In tal caso le disposizioni del Titolo IV si applicheranno integralmente anche all’Irlanda, la cui posizione, però risulta singolare. In realtà, non si comprenderebbe un’applicazione differenziata del Titolo IV nei confronti di uno Stato membro che, durante i negoziati inerenti al trattato di Amsterdam, aveva insistito con vigore sulla necessità di comunitarizzare la materia relativa al diritto di asilo e alla libera circolazione delle persone. Come nota HAILBRONNER, *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, cit., p. 1057 ss., la disposizione dell’art. 8 «*reflects the fact, that Ireland was not opposed to communitarization. Its participation in the Protocol reflects its wish to maintain its Common Travel Area with the United Kingdom. Ireland will make use of the possibility of participating in the adoption of measures pursuant to the new title to the maximum extent compatible with the maintenance of this Common Travel Area.*».

¹²⁰ Cfr. BOCCARDI, *op. cit.*, p. 148.

¹²¹ Analogamente all’Irlanda, la Danimarca, ai sensi dell’art. 7 del *Protocollo (n. 5)* “*può in qualunque momento, secondo le proprie norme costituzionali, informare gli altri Stati membri che non intende più avvalersi, in tutto o in parte, del presente protocollo. In tal caso la Danimarca applicherà pienamente tutte le misure pertinenti in vigore a quel momento nell’ambito dell’Unione europea*”.

*law*¹²²». Bisogna osservare, che nessuna delle varie clausole di salvaguardia è stata riservata a tutti gli Stati che hanno aderito successivamente all’UE, i quali hanno dovuto accettare l’acquis di Schengen come condizione per l’adesione, senza alcuna possibilità di *opt-out* o *opt-in*. Un’impostazione talmente complessa e diversificata ha creato infine una base labile e poco armonizzata per la realizzazione di un efficace regime di asilo.

3.3.3. *La cittadinanza europea come status giuridico discriminante per la richiesta di asilo nell’Unione Europea.*

Il complesso sistema giuridico - istituzionale comunitario oltre a rendere il diritto di asilo l’esempio peggiore del livello d’integrazione europea e di convergenza col diritto internazionale, rispetto a quest’ultimo ordinamento, ha addirittura introdotto delle ‘anacronistiche’ restrizioni di natura geografica.

Il Protocollo di New York del 1967, come noto, cancellava l’aspetto di natura contingente che caratterizzava la Convenzione di Ginevra del 1951, originariamente concepita per garantire protezione ai rifugiati del continente europeo, a seguito delle destabilizzazioni innescate dai due conflitti mondiali. Al contrario, il *Protocollo n. 29 sull’asilo per i cittadini degli Stati membri dell’Unione europea*, allegato al trattato di Amsterdam e confermato tra gli innumerevoli protocolli allegati al trattato di Lisbona¹²³, nell’unico articolo di cui consta, introduce come regola generale l’impossibilità per un cittadino di uno Stato membro di beneficiare del diritto di asilo in un altro Paese dell’UE, contraddicendo lo stesso regime stabilito dalla Convenzione di Dublino del 1990, il cui art. 2, richiamando espressamente il Protocollo di New York, escludeva qualsiasi restrizione di tipo geografico nell’applicazione degli strumenti preposti alla protezione dei rifugiati¹²⁴. Risulta, inoltre, evidente, la consapevolezza degli Stati della discrasia evidenziata dal Protocollo in esame sia per il mancato riferimento al Protocollo di New York del 1967 sia per il richiamo piuttosto generico alla Convenzione di Ginevra, limitato solo alle relative finalità¹²⁵.

¹²² HAILBRONNER, *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, cit., p. 1066.

¹²³ Cfr. *Protocollo n. 24 sull’asilo per i cittadini degli Stati membri dell’Unione europea* allegato al Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE).

¹²⁴ Cfr. in particolare il disposto dell’art. 2 della *Convenzione di Dublino del 1990*, il quale stabiliva che “*gli Stati membri riaffermano i propri obblighi ai sensi della convenzione di Ginevra, modificata dal protocollo di New York, senza alcuna limitazione geografica della sfera di applicazione di questi strumenti, e il loro impegno a cooperare con i servizi dell’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati ai fini dell’applicazione di questi strumenti*”.

¹²⁵ L’unico riferimento al regime internazionale di protezione dei rifugiati si può vagamente rinvenire nell’ultimo considerando che precede il testo dell’articolo unico del Protocollo, dal quale si apprende che “*il presente protocollo rispetta la finalità e gli obiettivi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati*”. Sul punto si veda BOCCARDI, *op. cit.*, p. 142.

Sul piano sostanziale, il principio che informerebbe il regime comunitario in materia di asilo per i cittadini di altri Stati membri è fondato su una “presunzione assoluta di sicurezza”, secondo cui tutti gli Stati dell’UE possano considerarsi ‘Paesi sicuri’, in quanto il rispetto dei diritti fondamentali, riconosciuti dalla CEDU è un requisito indispensabile per l’adesione all’UE, e, pertanto, le eventuali richieste di asilo dovrebbero essere ritenute manifestamente infondate¹²⁶. Sebbene la regola della presunzione assoluta di sicurezza sia stata fondata sul rispetto dell’obbligo di *non-refoulement*, disciplinato dall’art. 33 della Convenzione di Ginevra, in base a cui nessun individuo può essere respinto verso un Paese in cui possono essere pregiudicate la propria vita e la libertà, essa non solo esime gli Stati dalla verifica della sussistenza del rischio reale di persecuzione¹²⁷, ma assegna di conseguenza alla

¹²⁶ Dispone infatti l’articolo unico del *Protocollo sull’asilo per i cittadini degli Stati membri dell’UE* che:

“Gli Stati membri dell’Unione europea, dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente paesi d’origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l’asilo”.

Tale documento, che è stato adottato nel quadro della politica dei ‘Paesi terzi sicuri’, inaugurata dalla Risoluzione del Consiglio del 1992 sulle richieste di asilo manifestamente infondate, è noto anche come «Protocollo Aznar» e costituisce l’esito della proposta, avanzata dal governo spagnolo durante i negoziati per l’elaborazione del trattato di Amsterdam, di introdurre fra le disposizioni relative alla cittadinanza europea, una norma che escludesse la possibilità per i cittadini europei di ottenere lo status di rifugiati in un altro Stato membro. L’originaria proposta spagnola, cfr. *Proposal of Spain on Justice and Home Affairs*, 25 Settembre 1996, Doc. CONF/3925/96, p. 6, mirava, infatti, ad inserire un’ulteriore alinea all’art. 17 TUE, relativo all’introduzione della cittadinanza europea, volto a considerare ogni cittadino dell’Unione, quanto agli effetti giuridici e giudiziari legati alla concessione dello status di rifugiato e al diritto di asilo, come cittadino dello Stato membro nel quale egli chieda asilo, specificando che, di conseguenza, nessuno Stato membro dell’Unione accetta di trattare una richiesta di asilo o di concessione dello status di rifugiato, presentata da un cittadino di un altro Stato membro. La *ratio* di tale proposta spagnola assumeva natura prettamente occasionale, volta a impedire che membri del movimento separatista basco, *Euzkadi ta Askatasuna* (ETA), potessero sottrarsi alla giustizia spagnola, attraverso la richiesta di asilo in alcuni Stati dell’UE, quali, in particolare, Belgio e Francia, che avevano spesso rifiutato di estradare i membri dell’ETA in Spagna. Sulla proposta spagnola cfr. in particolare WEYEMBERGH, BRIBOSIA, *Le citoyen européen privé du droit d’asile?*, in *Journal des Tribunaux–Droit Européen*, vol. 6 (1997), p. 204, sul punto si veda inoltre JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le régime européen de l’asile*, cit., p. 528 ss. Sul Protocollo in esame cfr. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 153 ss.; TROIANIELLO, *Il diritto di asilo nell’Unione Europea*, cit., pp. 88-89; SPATTI, *La disciplina comunitaria relativa all’allontanamento dei richiedenti asilo verso “Paesi sicuri”*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007, n. 1, p. 238 ss.; BOCCARDI, *op. cit.*, p. 140; NOLL, *Negotiating Asylum*, cit., p. 236 ss.; LANDGREN, *Deflecting International Protection by Treaty: Bilateral and Multilateral Accords on Extradition, Readmission and the Inadmissibility of Asylum Requests*, in *UNHCR Working Paper* n. 10, 1999, disponibile in: <<http://www.unhcr.org>>. Sul contesto storico-normativo che ha preceduto la proposta del «Protocollo Aznar», si veda CARRERA HERNÁNDEZ, *El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 22 (1995), n. 3, pp. 837-860.

¹²⁷ Già in fase di negoziato l’UNHCR, *Position on the Proposal of the European Council Concerning the Treatment of Asylum Applications from Citizens of European Union Member States*, allegata alla lettera del Direttore dell’UNHCR del 3 Febbraio 1997 a Michiel Patijn, Segretario di Stato olandese, aveva espresso le proprie perplessità, descrivendo la proposta di limitare sul piano geografico la portata del diritto di asilo ‘a cause of concern’ ed una deviazione degli obblighi internazionali assunti dagli Stati membri.

cittadinanza europea il valore di status giuridico discriminante per la richiesta di asilo nell’UE, prefigurando una “anomala discriminazione alla rovescia”¹²⁸.

Per quanto l’impatto di tale Protocollo possa sortire limitati rilievi pratici, in seno ad un consorzio giuridico caratterizzato da forti tradizioni nel campo della tutela dei diritti umani, non è da escludere del tutto la possibilità che un cittadino europeo si trovi nella fondata circostanza di richiedere asilo, poiché, per quanto sofisticato, nessun sistema di protezione giurisdizionale potrà eliminare ogni eventuale rischio di persecuzione¹²⁹. Inoltre, si rammenta che, secondo quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza sul caso *Micheletti*¹³⁰, può considerarsi cittadino europeo anche chi dispone di una doppia cittadinanza, comprensiva della cittadinanza di un Paese terzo e di quella di uno Stato membro dell’UE. Nell’ipotesi di un respingimento alla frontiera, senza l’identificazione del richiedente, la norma sottesa dal Protocollo precluderebbe pertanto anche la possibilità che un cittadino di un Paese terzo, che magari non vanti una consolidata tradizione in materia di tutela dei diritti umani, nonostante un fondato timore di persecuzione, possa fare valere il relativo status di cittadino europeo.

Sebbene, la presunzione di sicurezza sembri riposare sulle disposizioni del TUE preposte alla tutela dei diritti umani, compresa la nuova competenza della Corte di Giustizia a giudicare l’eventuale conformità di tutti gli atti delle istituzioni comunitarie con la CEDU¹³¹, essa contrasta con quest’ultimo strumento normativo anche per quanto concerne il diritto dell’individuo a un ricorso effettivo, contemplato dall’articolo. In questo senso, infatti, si negherebbe la possibilità di contestare la presunzione di sicurezza del proprio Stato, nell’ipotesi in cui l’individuo ritenga che l’allontanamento verso il ‘Paese d’origine’ comporti il rischio di violazione di uno dei diritti codificati dalla CEDU¹³². Inoltre, il principio della “presunzione assoluta di sicurezza” non consente l’esame di un fondato timore

¹²⁸ Come osserva SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 27, «it is interesting to observe that the EU Member States in fact placed their own nationals in a less favourable position than the citizens of third countries, raising claims of discriminatory treatment».

¹²⁹ In questo senso WEYEMBERGH, BRIBOSIA, *Le citoyen européen privé du droit d’asile?*, cit., p. 204, confermano che «le système le plus perfectionné de protection légale et judiciaire ne parviendra jamais à éliminer tout risque de persécution et ne fera donc nullement disparaître l’intérêt du droit d’asile».

¹³⁰ CGCE, *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, sent. del 7 Luglio 1992, causa riunite n. C-369/90, in *Racc.* 1992, p. I – 4239.

¹³¹ Tale competenza risulterebbe fondata sullo stesso disposto dell’ex art. 6 par. 2 (attuale art. 6 par. 1), il quale afferma che:

“L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”.

¹³² Si veda in proposito SPATTI, *Richiedenti asilo e “Paesi sicuri”*, cit., p. 136, la quale nota come la presunzione assoluta di sicurezza contrasti anche col divieto di espulsioni collettive, previsto dall’art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, nella misura in cui l’impedimento ad esaminare richieste di protezione riguardi contemporaneamente più cittadini di uno stesso Paese.

di persecuzione e prescinde dalla circostanza che la stessa Corte europea per i diritti dell’uomo ogni anno riceve e ritiene ammissibili innumerevoli casi di violazioni dei diritti fondamentali anche da parte di Paesi membri dell’UE¹³³. Si può fare riferimento, ad esempio, alle indagini che hanno colpito lo stesso governo spagnolo con riferimento alla presunta copertura di attività di gruppi, accusati di avere violato ripetutamente i diritti dei prigionieri politici dell’ETA, attraverso l’impiego di metodi di tortura e la negazione dei diritti di difesa, giungendo anche a commettere omicidi mirati dei principali esponenti dell’organizzazione indipendentista¹³⁴.

La forte limitazione all’esercizio del diritto di asilo, prevista dal *Protocollo n. 29*, oltre a ridimensionare il valore della cittadinanza europea, costituisce una modifica indiretta della Convenzione di Ginevra del 1951 e, dunque, una deviazione dal regime internazionale in materia di asilo. Non si può, infatti, ritenere come valida giustificazione di tale deroga la circostanza, richiamata nel lungo preambolo del Protocollo, secondo la quale ogni cittadino europeo “*gode di uno status e di una tutela speciali*”, garantiti dagli Stati membri a norma delle disposizioni del TCE. Parimenti non si ritiene accettabile la giustificazione di carattere teleologico del Protocollo, diretto a “*evitare che l’istituto dell’asilo sia travisato per conseguire finalità diverse da quelle cui tende*”. Tale espressione appare generica, pretestuosa e non suffragata da una prassi rilevante in materia.

Appare opportuno richiamare utilmente la disciplina generale degli “accordi che modificano trattati multilaterali”, codificata dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. Tale strumento, corrispondente al diritto consuetudinario, prevede all’art. 41 la possibilità per due o più parti a un trattato multilaterale di concludere un accordo che modifichi il trattato nelle loro relazioni reciproche, solo se tale modifica è prevista dallo stesso trattato o non sia comunque proibita, a condizione che essa non pregiudichi i diritti e gli obblighi delle altre Parti contraenti

¹³³ Una cospicua giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo attesta la condanna di vari Stati membri dell’UE per violazione dei diritti fondamentali, alcuni dei quali di natura inderogabile, come lo stesso diritto alla vita. Cfr. in proposito alcune rilevanti sentenze: *Giuliani et Gaccio c. Italie*, sent. del 25 Agosto 2009, ricorso n. 23458/02; *McCann et al. c. Regno Unito*, ricorso n. 18984/91, sentenza del 27 Settembre 1995; *Case of Kaya c. Turkey*, sent. del 19 Febbraio 1992, ricorso n. 22729/93. Sebbene la prassi più consistente risalga al periodo precedente l’adozione del trattato di Amsterdam, a cui è stato allegato il Protocollo n. 29, la Corte di Strasburgo ha giudicato anche successivamente casi di fondato rischio di persecuzione in uno Stato membro dell’UE, cfr. in particolare *Irruretagoyena c. France*, sent. del 12 Gennaio 1998, ricorso n. 32829/96, riguardante un membro dell’ETA che, pur temendo la repressione della polizia qualora fosse stato rimandato in Spagna, fu rimpatriato, non ritenendo che al momento dell’espulsione sussistessero dei seri motivi di temere dei trattamenti a cui in precedenza era stato sottoposto in violazione dell’art. 3 CEDU. Poiché, comunque il soggetto interessato non aveva depositato una domanda di asilo in Francia, è singolare la conclusione della Corte, la quale ha sostenuto che tale procedura sarebbe stata superflua, in quanto il richiedente poteva già disporre del diritto di soggiorno in un altro Stato comunitario sulla base della cittadinanza europea. Si veda in particolare MOLE, *Le droit d’asile et la Convention européenne des Droits de l’Homme*, IV éd., Strasbourg, 2008, pp. 49-50.

¹³⁴ Si veda in proposito BENEDETTI, *op. cit.*, p. 154.

e non riguardi una disposizione, la cui modifica risulterebbe incompatibile con l’oggetto e lo scopo del trattato. Il *Protocollo sull’asilo per i cittadini degli Stati membri*, nella misura in cui introduce tramite il filtro della cittadinanza europea una discriminazione fondata sulla nazionalità, costituirebbe una modifica incompatibile con l’oggetto e lo scopo della Convenzione di Ginevra del 1951, il cui art. 42 proibisce addirittura l’apposizione di riserve al disposto degli artt. 1 e 3, che obbligano gli Stati ad applicare le disposizioni della convenzione “*without discrimination as to race, religion or country of origin*”¹³⁵. Tutti gli obblighi internazionali in materia di asilo scaturiscono da strumenti giuridici anteriori al trattato di Amsterdam, il cui impianto normativo, pertanto, non può alterare lo scopo e il contenuto di tali vincoli normativi. In tal senso depone la stessa lettera dell’art. 307 par. 1 TCE (ora art. 351 TFUE), nella misura in cui riconosce che le disposizioni del trattato “*non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958*”, specificando al paragrafo successivo che gli Stati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le eventuali incompatibilità constatate¹³⁶.

Anche le condizioni sospensive, codificate dal Protocollo, risultano scarsamente suscettibili di reale applicazione. Secondo il Protocollo, la domanda d’asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro può essere presa in esame o dichiarata ammissibile all’esame in un altro Stato membro, nella misura in cui sussista una delle condizioni di espressamente codificate. Si tratta, in sostanza, della possibilità che un richiedente asilo sia cittadino di uno Stato, il quale, ai sensi dell’art. 15 CEDU, abbia adottato misure che derogano, nel proprio territorio, agli obblighi previsti dalla convenzione¹³⁷, o dalla possibilità che sia stato avviato il

¹³⁵ Per ulteriori osservazioni si rinvia a WEYEMBERGH, BRIBOSIA, *Le citoyen européen privé du droit d’asile?*, cit., p. 205.

¹³⁶ Sebbene alcuni importanti strumenti, quali il *Protocollo di New York del 1967*, il *Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966* e la *Convenzione contro la tortura del 1984*, di cui erano già parte tutti gli Stati membri dell’UE, sembrano essere esclusi dal principio di compatibilità, da un’interpretazione sistematica della disposizione del TCE in esame si evince che tutti gli accordi antecedenti il trattato di Amsterdam del 1997 assumono precedenza. Sul punto si veda l’analisi di BATTJES, *op. cit.*, p. 64 ss.

¹³⁷ Si tratta della condizione prevista dal Protocollo alla lett. a) dell’articolo unico, la quale rinvia alla clausola di eccezione per motivi di emergenza, secondo cui gli obblighi derivanti dalla CEDU possono essere derogati da misure, adottate “*in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*”, ma “*a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale*”. Come nota ZAGATO, *L’eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile*, vol. 5-6 (2006), pp. 137-156, la formulazione della norma non è chiarissima, soprattutto perché non si specifica la nozione di “*altro pericolo pubblico alla vita della nazione*”, che nell’era della globalizzazione potrebbe eventualmente includere anche la calamità naturale o la grave crisi economica. Al di là di tale eventuale interpretazione estensiva della «clausola di eccezione», nel contesto dell’UE non sembra allo stato attuale di integrazione immaginare uno stato di guerra anche di tipo interno che coinvolga gli Stati membri, tale da giustificare l’eccezione prevista dal Protocollo alla lett. a) dell’articolo unico.

meccanismo di controllo, previsto dall’art. 7 TUE, o che il Consiglio, in conformità a tale norma, abbia adottato una decisione contro lo Stato membro, di cui il richiedente asilo è cittadino¹³⁸. Tali condizioni sospensive della regola dettata dal Protocollo assumono, tuttavia, un valore meramente teorico, che rende la prima condizione, relativa all’accoglimento di richieste di asilo a seguito dell’adozione di misure derogatorie *ex art. 15 CEDU*, priva di rilievo pratico nel contesto attuale, mentre, nell’ipotesi *ex art. 7 TUE*, rende il diritto di asilo dipendente da decisioni soggette a valutazioni di natura politica¹³⁹.

L’unica condizione, prevista dal Protocollo, che, sebbene anch’essa di natura politica, potrebbe sottrarre rilevanza al principio della presunzione assoluta di sicurezza, consiste nella possibilità che uno Stato membro decida unilateralmente di esaminare la domanda di un cittadino di un altro Stato membro¹⁴⁰. In questo caso, sebbene la domanda debba essere ritenuta ‘manifestamente infondata’, non si pregiudica il potere decisionale dello Stato disposto a esaminare la richiesta di asilo, riducendo l’obbligo contemplato dal Protocollo in un «mero dovere di cortesia»¹⁴¹. Particolarmente significativa, in tal senso, è la *Dichiarazione (n. 5) del Belgio sul Protocollo sull’asilo per i cittadini degli Stati membri dell’Unione europea*, anch’essa allegata al trattato di Amsterdam, con la quale il Belgio ha inteso assicurare precedenza agli obblighi derivanti dall’ordinamento internazionale in

¹³⁸ Si tratta delle condizioni specificate dalle lettere b) e c) dell’articolo unico del Protocollo, le quali considerano ammissibili le richieste di asilo di cittadini europei rispettivamente “*se è stata avviata la procedura di cui all’articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull’Unione europea e finché il Consiglio o, se del caso, il Consiglio europeo non prende una decisione al riguardo, nei confronti dello Stato membro di cui il richiedente è cittadino*”, e “*se il Consiglio ha adottato una decisione conformemente all’articolo 7, paragrafo 1 del trattato sull’Unione europea nei riguardi dello Stato membro di cui il richiedente è cittadino ovvero se il Consiglio europeo ha adottato una decisione conformemente all’articolo 7, paragrafo 2 di detto trattato riguardo allo Stato membro di cui il richiedente è cittadino*”. Il trattato di Amsterdam ha introdotto alla lettera dell’art. 7, confermato dalla riforma di Lisbona, una procedura ‘aggravata’ di accertamento dell’eventuale violazione grave e sistematica dei diritti umani da parte di uno Stato membro dell’UE. La nuova procedura prevede la possibilità di sanzionare lo Stato, con delibera a maggioranza qualificata del Consiglio, decidendo “*di sospendere, alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall’applicazione del...trattato, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio*”. La norma specifica al par. 3 che comunque “*lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dal presente trattato*”.

¹³⁹ Come nota LANDGREN, *Deflecting International Protection by Treaty*, cit., p. 14, lo stesso Protocollo «*is itself the product of a political decision-making process*», evidenziando, ad esempio, come il governo austriaco fu incapace di osteggiare la proposta spagnola, perché aveva bisogno del sostegno politico della Spagna nei negoziati per l’implementazione della Convenzione di Schengen da parte dell’Austria.

¹⁴⁰ Cfr. la condizione *sub lett. d)* dell’articolo unico del Protocollo, la quale dispone che “*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*”.

¹⁴¹ LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L’evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale* Milano, 2009, p. 133.

materia di protezione dei rifugiati e diritto di asilo¹⁴², richiamando il diritto di ogni Stato membro di adottare le misure necessarie per adempiere agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1951, come affermato nell'allegata *Dichiarazione (n. 48) sul Protocollo sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea*.

L'UNHCR ha particolarmente criticato l'adozione di un parametro restrittivo del diritto di asilo sul piano geografico, sostenendo che esso può rappresentare un pericoloso precedente¹⁴³, capace di influenzare negativamente Stati con standard di protezione dei diritti umani meno trasparenti e garantisti. La questione dell'incompatibilità con il regime internazionale è stata sollevata anche all'interno delle stesse istituzioni dell'UE, ed in particolare, in una interrogazione scritta del Parlamento europeo alla Commissione è stata richiesta la possibilità per quest'ultima istituzione di esortare anche gli altri Stati membri "in modo da limitare i danni arrecati dal «protocollo Aznar» al rispetto della Convenzione relativa allo status dei rifugiati"¹⁴⁴.

Infine, l'analisi del Protocollo sull'asilo conduce ad una triplice conclusione. Tale strumento comporta una discriminazione sulla base della nazionalità, evade gli obblighi derivanti dal diritto internazionale e costituisce una flagrante recisione del legame sussistente tra il cittadino europeo e il peculiare consorzio giuridico rappresentato dall'UE, intaccando non solo l'istituto della cittadinanza europea, che assumerebbe il valore di uno status giuridico discriminante per gli stessi

¹⁴² Il testo della Dichiarazione recita infatti che "nell'approvare il protocollo sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, il Belgio dichiara che, in base agli obblighi che gli incombono in forza della convenzione di Ginevra del 1951 e del protocollo di New York del 1967, procederà, secondo quanto stabilito alla lettera d) dell'articolo unico di tale protocollo, all'esame individuale di ogni domanda d'asilo presentata da un cittadino di un altro Stato membro".

Si osserva, inoltre, come tale dichiarazione si ponga in antitesi rispetto alla citata proposta spagnola, che, come osserva F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le régime européen de l'asile*, cit., p. 528 ss., intendeva soprattutto interdire le continue richieste di asilo presentate in Belgio da parte di individui di origine basca. Altri Stati membri, quali Paesi Bassi e Svezia, sebbene in forma meno solenne, hanno affermato la stessa decisione espressa dal Belgio. Si veda TROIANIELLO, *Il diritto di asilo nell'Unione Europea*, cit., pp. 88- 89; COLVIN, NOORLANDER, *Human Rights and Accountability after the Treaty of Amsterdam*, in *European Human Rights Law Review*, 1998, p. 198.

¹⁴³ Cfr. UNHCR, *Press Release*, 20 Giugno 1997, disponibile in: <<http://www.unhcr.org>>. Il portavoce del Commissariato ha affermato in particolare: «We are very concerned at the EU decision. If the EU applies limitations to the Convention, others can follow and could weaken the universality of the instrument for the international protection of refugees. We do not, therefore, share the position taken in the preamble stating that the Protocol respects the Convention». In proposito ha affermato BOCCARDI, *op. cit.*, p. 142, che «the introduction of a 'geographical restriction clause' clearly appeared to run contrary to the spirit of the 1967 Agreement».

¹⁴⁴ Interrogazione Scritta n. E-3441/97 dell'on. Nel van Dijk (V) alla Commissione, 31 Ottobre 1997, in GUUE n. C 174 dell'8 Giugno 1998, p. 58. La Commissione, nella risposta espressa da Mrs. Gradin in data 8 Dicembre 1997, ha ribadito tuttavia che "pur rammaricandosi dell'inserimento del protocollo in questione nel trattato di Amsterdam, essa ha rilevato con soddisfazione l'esplicito riferimento, nel preambolo del protocollo, alla volontà di rispettare la finalità e gli obiettivi della convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status dei rifugiati".

beneficiari¹⁴⁵, ma contrastando anche il contenuto della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*. Tale documento, che con l’entrata in vigore del trattato di Lisbona ha assunto la stessa efficacia giuridica dei trattati, contiene nel disposto dell’art. 18 il riferimento al diritto di asilo, senza, tuttavia, specificare, se gli unici beneficiari siano i cittadini di Paesi terzi¹⁴⁶.

3.3.4. *I diritti dei richiedenti asilo nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”.*

L’art. 61 TCE, con cui si apriva il Titolo IV, incardinava il diritto di asilo in un alveo teleologico, orientato alla realizzazione di uno spazio di “libertà, sicurezza e giustizia”¹⁴⁷, quale condizione indispensabile per la creazione di un’area senza frontiere interne. In tale prospettiva, si amplifica la portata dell’originario art. 14 par. 2 TCE (attuale art. 26 TFUE), il quale stabiliva che “*il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali...*”, prevedendo la possibilità di includere non solo le richieste di asilo presentate nel territorio comunitario, ma anche le richieste di asilo diplomatico o territoriale presentate presso le ambasciate o le rappresentanze diplomatiche degli Stati membri in Paesi terzi¹⁴⁸.

Tale interpretazione appare condivisibile soprattutto se rapportata alla duplice accezione con cui nella tradizione giuridica dei diritti umani è percepito il concetto di ‘libertà’, inteso non solo in senso fisico come libera circolazione e fruizione dei diritti fondamentali, ma anche come libertà da ogni discriminazione¹⁴⁹. La mancanza

¹⁴⁵ Si veda WEYEMBERGH, BRIBOSIA, *Le citoyen européen privé du droit d’asile*, cit., p. 204 ss.

¹⁴⁶ Sul punto si rinvia a CARLIER, *La place des ressortissants de Pays tiers dans la Charte*, in CARLIER, DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’homme en Europe. Hommage à Silvio Marens Helman*, Bruxelles, 2002, p. 179 ss.

¹⁴⁷ A suffragare, in questo senso, la natura strumentale della comunitarizzazione delle materie relative a visti, asilo e immigrazione, recentemente SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., pp. 235–236, ha affermato che «la motivazione di detta comunitarizzazione risiedeva nel carattere strumentale delle politiche di immigrazione, asilo e controllo alle frontiere, rispetto al raggiungimento di un’effettiva libertà di circolazione delle persone, funzionale, a sua volta, all’istituzione di un mercato interno e alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia». In generale sulla portata dell’art. 61 TCE in relazione all’ambizioso obiettivo di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia si veda BATTJES, *op. cit.*, p. 139 ss.; BOELES, *Introduction: Freedom, Security and Justice for All*, in GUILD, HARLOW (eds.), *op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁴⁸ Cfr. sul punto BALDACCINI, GUILD, TONER (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, 2007; SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 22. In questo senso BOELES, *Introduction: Freedom, Security and Justice for All*, cit., p. 4, suggerisce di interpretare il concetto di ‘spazio’ non tanto in senso meramente territoriale, ma come ‘giurisdizione’, poiché sottende il nesso giuridico sussistente tra gli Stati membri e le persone fisiche che intendono richiedere visti o altri tipi di permessi per l’ammissione o la residenza in territorio comunitario.

¹⁴⁹ Cfr. a tal uopo la portata degli art. 12 e 13 TCE, i quali fanno rispettivamente riferimento al divieto di discriminazioni, fondate sulla nazionalità e ai provvedimenti necessari per combattere ogni

di specifici riferimenti nel TCE circa i destinatari delle libertà, a cui accenna l’art. 6 TUE, lascia presumere che potenziali fruitori possano configurarsi tutti i soggetti che per diversi motivi rientrino nella giurisdizione degli Stati membri¹⁵⁰.

Il Piano di azione del Consiglio “Giustizia e Affari Interni”¹⁵¹ del 1998, ha ribadito che “*il trattato di Amsterdam consente anche di dare al termine «libertà» un significato che va oltre la libera circolazione delle persone...*”, richiamando anche la libertà di vivere in un contesto di legalità, in cui le autorità pubbliche utilizzano tutti i mezzi per evitare e reprimere ogni discriminazione e “*per combattere e limitare l’azione di chi cerca di negare tale libertà o abusarne*”¹⁵². Tuttavia, appare sintomatico come gli strumenti giuridici adottati per la realizzazione di una politica di asilo e immigrazione siano risultati duplicemente inadeguati, perché fondati su una ‘legislazione debole’, costituita da risoluzioni o raccomandazioni esenti da effetti giuridicamente vincolanti, e non hanno previsto meccanismi di controllo adeguati.

Il Piano di azione del 1998 ha confermato, inoltre, che “*non si potrà mai usufruire appieno dei vantaggi offerti da uno spazio di libertà se non in uno spazio in cui i cittadini possano sentirsi sicuri*”¹⁵³. Con riferimento ai diritti dei richiedenti asilo, il concetto di ‘sicurezza’ risulterebbe completato dall’interpretazione dell’art. 63 lett. b) TCE. Infatti, laddove si prevedeva l’adozione di misure “*nei settori dell’asilo, dell’immigrazione e della salvaguardia dei diritti dei cittadini dei paesi terzi*”, appare evidente che il concetto di ‘sicurezza’ si applica a soggetti che necessitano di protezione internazionale¹⁵⁴. Sul piano della prassi tale aspetto tuttavia sembra contrastare spesso con l’esigenza di preservare la sicurezza nazionale degli Stati membri e certamente non si concilia con una rigida politica di

eventuale discriminazione fondata sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali. Rileva in questo senso, inoltre, l’importanza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dei diritti codificati nella CEDU, a cui espressamente si richiama il TUE.

¹⁵⁰ Cfr. BOELES, *Introduction: Freedom, Security and Justice for All*, cit., p. 5.

¹⁵¹ Consiglio dell’UE, *Piano d’azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 3 Dicembre 1998, in GUUE n. C 19 del 23 Gennaio 1999, pp. 1–15, par. 8, dal quale si apprende “*l’impegno contenuto nel trattato di Amsterdam di usare in futuro gli strumenti comunitari consente di colmare se del caso tali carenze*”. Una versione commentata del testo è disponibile in PEERS, ROGERS (eds.), *op. cit.*, p. 989 ss.

¹⁵² Consiglio dell’UE, *Piano d’azione*, cit., par. 6, il quale conferma che “*il concetto di libertà deve anche essere integrato dalla totalità dei diritti fondamentali dell’uomo, inclusa la protezione da qualsiasi forma di discriminazione, come previsto dagli articoli 12 e 13 del TCE e dall’articolo 6 del TUE*”. Si veda in proposito BATTJES, *op. cit.*, p. 142, il quale osserva, come aveva già sostenuto lo stesso Antonio Vitorino, Commissario competente per l’elaborazione di tutte le proposte della Commissione in materia di asilo, che la creazione di un’area di libertà oltre a favorire la libera circolazione delle persone, «*serves...also the respect for fundamental human rights of third country nationals*».

¹⁵³ Consiglio dell’UE, *Piano d’azione*, cit., par. 6.

¹⁵⁴ SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 23.

controllo alle frontiere, né parimenti dimostra un pieno rispetto degli obblighi derivanti dal regime internazionale di protezione dei rifugiati¹⁵⁵. Nonostante, negli anni più recenti l’esigenza di assicurare un elevato livello di sicurezza nazionale sia considerata come una priorità, essa non può comunque costituire una deroga agli obblighi derivanti dal diritto internazionale circa la protezione di determinati soggetti particolarmente vulnerabili¹⁵⁶.

Nella stessa prospettiva si concepisce la realizzazione di uno spazio di ‘giustizia’, a garanzia della libertà e della sicurezza, in cui la fruizione dei diritti fondamentali sia egualmente assicurata a tutti gli individui. Queste tre nozioni appaiono strettamente complementari poiché *“la libertà perde molto del suo significato se non la si può godere in un ambiente sicuro, pienamente sostenuti da un sistema giudiziario che riscuota la fiducia dei cittadini dell’Unione e delle persone che vi risiedono”*¹⁵⁷. I richiedenti asilo, dunque, dovrebbero ottenere accesso alla giustizia¹⁵⁸ ed avere la certezza che alla luce del principio dello *“stato di diritto”*, comune all’esperienza giuridica di tutti gli Stati membri, ogni richiesta di asilo possa essere soggetta a ricorso innanzi ad un tribunale, con la possibilità per il richiedente asilo di permanere nel territorio dello Stato presso cui è in esame la relativa richiesta, finché non sopraggiunga una sentenza definitiva¹⁵⁹.

Da quanto detto, il punto di svolta per lo sviluppo dell’*acquis* sul diritto di asilo è la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che si può intendere come uno spazio di democrazia¹⁶⁰, fondato su una rinnovata definizione

¹⁵⁵ La *Convenzione di Ginevra del 1951* contempla specifiche circostanze in cui è possibile esonerare un determinato soggetto dal regime di protezione disciplinato, qualora sussistano *“reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country”*, cfr. in questo senso gli artt. 9; 32 par. 1 e 33 par. 3.

¹⁵⁶ Si veda in proposito il Documento di lavoro della Commissione europea, *La relazione tra la salvaguardia della sicurezza interna ed il rispetto degli obblighi e strumenti internazionali in materia di protezione*, COM (2001) 743 def., 5 Dicembre 2001, dal quale si evince la necessità di un equilibrio tra la politica di sicurezza nazionale e la politica di asilo, per evitare una flagrante violazione non solo degli obblighi internazionali ma soprattutto dei diritti umani fondamentali.

¹⁵⁷ Consiglio dell’UE, *Piano d’azione*, cit., par. 5.

¹⁵⁸ In questo senso il Piano di azione del Consiglio del 1998, par. 15, conferma *“l’intento ...di infondere nei cittadini un sentimento comune di giustizia in tutta l’Unione. Compito della giustizia è facilitare la vita quotidiana dei cittadini e far sì che quanti mettono a repentaglio la libertà e la sicurezza dei singoli e della società rendano conto dei loro atti. Ciò implica la possibilità di accedere alla giustizia e che gli Stati membri instaurino una piena cooperazione giudiziaria tra loro”*. Sul punto si veda LENZERINI, MORI, *Accesso alla giustizia per i migranti a rischio di violazione dei diritti fondamentali*, in FRANCONI, GESTRI, RONZITTI, SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell’individuo nel diritto internazionale e dell’Unione Europea*, Milano, 2008, pp. 149–174.

¹⁵⁹ In proposito enfatizza SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 24, che *«a just asylum procedure should counterbalance the injustice suffered by asylum seekers in their countries of origin or previous residence»*.

¹⁶⁰ Cfr. Commissione europea, *Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Comunicazione del 14 Luglio 1998, COM(98) 459 def. Per la dottrina cfr. PARISI, *Ai confini d’Europa. Politiche migratorie e diritto di asilo*, in RINOLDI (a cura di), *op. cit.*, p. 52. In questo senso, come nota CELLAMARE, *op. cit.*, p. 3, si comprende come lo «spazio di cui si tratta costituisca un’evoluzione del concetto di “spazio senza frontiere interne”», come descritto dall’art. 14 par. 2 TCE.

della libertà di circolazione, corroborata dal rispetto dei diritti fondamentali non solo dei ‘cittadini europei’, ma anche dei ‘cittadini di Paesi terzi’, categoria giuridica, che può essere definita *a contrario* rispetto alla nozione di ‘cittadinanza europea’, volta ad includere i diversi *status* soggettivi, in cui si troverebbe in rapporto all’ordinamento comunitario lo straniero¹⁶¹. L’introduzione, prima a livello giurisprudenziale¹⁶² e successivamente tramite il disposto dell’art. 6 TUE, dei diritti umani nel «terreno desertico ed ostile delle norme scritte¹⁶³» del diritto comunitario, e la progressiva estensione di tali diritti ai cittadini di Paesi terzi, che intendono accedere al territorio dell’UE¹⁶⁴, rappresenta, infatti, un fattore propulsivo, per

¹⁶¹ Ai sensi dell’art. 17 TUE (attuale art. 20 par. 1 TFUE), “è cittadino dell’Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro”. Per quanto il concetto possa essere di semplice interpretazione, una definizione di ‘cittadino di Paese terzo’ nel contesto comunitario può ricavarsi *a contrario* dal disposto dello stesso art. 17, sarebbe, pertanto, da considerarsi ‘cittadino di Paese terzo’ chiunque non disponga della cittadinanza di uno Stato membro dell’UE, salvo i casi di doppia cittadinanza, a prescindere dalla sussistenza di un *genuine link* con un Paese terzo rispetto ad uno Stato dell’UE. In questo senso si veda STAPLES, *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*. The Hague-London-Boston, p. 11, la quale riconosce che il concetto di “third country national” «excludes all nationals of the Member States of the European Union», specificando che quest’ultima nozione «includes individuals who are simultaneously a national of a Member State and a national of a third country, irrespective of how and when either of the nationalities was acquired». In proposito si è pronunciata chiaramente la Corte di Lussemburgo nella sentenza relativa al noto caso ‘Micheletti’, in cui i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che “le disposizioni di diritto comunitario in materia di libertà di stabilimento ostano a che uno Stato membro neghi ad un cittadino di un altro Stato membro, che è simultaneamente in possesso della cittadinanza di uno Stato terzo, il diritto di avvalersi di detta libertà per il solo motivo che la legislazione dello Stato ospitante lo considera come cittadino dello Stato terzo”. La giurisprudenza comunitaria sull’irrelevanza del *genuine link* rappresenterebbe, dunque, una prima forma rivisitazione della regolamentazione della cittadinanza sul piano internazionale, sul punto cfr. in particolare SLOANE, *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 50 (2009), n. 1, pp. 1–59; PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008. Per ulteriori riferimenti sullo status giuridico dei cittadini di Paesi terzi nell’UE si veda anche CARLIER, *La condition des personnes dans l’Union européenne*, Bruxelles, 2007, pp. 109 e 168 ss.

¹⁶² Come ha affermato ALSTON, WEILER, *An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy*, in *European Journal of Human Rights*, vol. 9 (1998), p. 709, «the ECJ deserves immense credit for pioneering the protection of fundamental human rights within the legal order of the Community when the Treaties themselves were silent on this matter». Si fa sostanziale riferimento alla cospicua giurisprudenza sviluppata dalla Corte di giustizia a partire dalla prima sentenza in materia, relativa al caso *Stauder*, causa C- 29/69 del 12 Novembre 1969, in *Racc.* p. 419, con la quale la Corte ha ritenuto che i diritti fondamentali sono tutelati nella Comunità come parte integrante dell’ordinamento comunitario, in quanto principi generali di diritto. In seguito, la Corte ha anche chiarito che la tutela dei diritti fondamentali è “informata alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”, cfr. sent. sul caso *Internationale Handelsgesellschaft*, causa C- 11/70 del 17 Dicembre 1970, in *Racc.* p. 1125, e sent. sul caso *Nold*, causa C- 4/73 del 14 Maggio 1974, in *Racc.* p. 491. Per un rapido *excursus* in materia si rinvia a ZANGHI, *Les droits de l’homme et l’Union Européenne après Lisbonne 2007*, in *Mélanges à la mémoire de Dali Jazi*, La Manouba, 2009, pp. 455–468.

¹⁶³ BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *Introduzione*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001, p. 12.

¹⁶⁴ BOELES, *Introduction: Freedom, Security and Justice for All*, cit., p. 6, ha affermato in proposito che «there may be more freedom in this area than we can imagine now. But it should at least include... freedoms applicable to both EC citizens and third country nationals».

favorire l’armonizzazione delle politiche e delle pratiche nazionali in materia di asilo¹⁶⁵.

3.4. Il diritto di asilo nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Con particolare riferimento alla protezione dei diritti umani, il quadro giuridico tracciato dal trattato di Amsterdam, completato dalle modifiche introdotte dal trattato di Nizza, non può prescindere dal rilevante contributo apportato dalla *Carta dei diritti Fondamentali dell’Unione Europea*, adottata in forma solenne a Nizza il 7 Dicembre 2000¹⁶⁶ e adattata il 12 Dicembre 2007 a Strasburgo¹⁶⁷, coerentemente con l’adozione del trattato di Lisbona. Sebbene fino all’entrata in vigore di quest’ultimo strumento, il cui art. 6 par. 1 assegnerà alla Carta “*lo stesso valore giuridico dei Trattati*”, tale atto normativo abbia rappresentato soltanto «una dichiarazione comune o, al massimo, un accordo interistituzionale delle tre

¹⁶⁵ Sul punto cfr. DE JONG, *Harmonisation of Asylum and Immigration Policies*, in VAN KRIEKEN (ed.), *op. cit.*, p. 21 ss.

¹⁶⁶ Parlamento europeo, Consiglio, Commissione europea, Dichiarazione solenne, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in GUUE n. C 364 del 18 Dicembre 2000, pp. 1 – 22. La Carta è stata solennemente proclamata al vertice tenutosi a Nizza dal 7 al 9 Dicembre 2000, chiudendo i lavori della «*Convention*», avviati nel 1999. In dottrina, sulla Carta dei diritti fondamentali oramai esiste un’ampia bibliografia, alla quale si rinvia per un approccio più esaustivo: NAPOLI, MARI (a cura di), *La Carta di Nizza: i diritti fondamentali dell’Europa*, Milano, 2006; TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario: dal silenzio dei trattati alla Carta di Nizza*, Napoli, 2004; VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 9 (2004), n. 1, p. 73 ss.; CARLIER, DE SCHUTTER, *op. cit.*; ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e costituzione europea*, Milano, 2002; BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *op. cit.*; BOND, *A Charter of Fundamental Rights: Text and Commentaries*, London, 2001; FERRARI BRAVO, DI MAJO, RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell’uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001; GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1201 ss.; LEANERTES, DE SMIJTER, *A Bill of Rights for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 273 ss.; LUCARELLI, *L’Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001; MANZELLA, MELOGRANI, PACIOTTI, RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001; PACHE, *Die Europäische Grundrechtscharta - ein Ruckschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?*, in *Europarecht*, 2001, p. 475 ss.; POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’unione europea*, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, p. 1178 ss.; TELESE, *Dal Trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei diritti dell’Unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, n. 1, p. 100 ss.; ZANGHÌ, *Prime osservazioni sulla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2001, n. 7, p. 12 ss.; SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall’Europa degli Stati all’Europa dei cittadini*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, n. 4, p. 1389 ss.; WATHELET, *La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue*, in *Cahiers de droit européen*, 2000, p. 585 ss.

¹⁶⁷ *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in GUUE n. 303 del 14 Dicembre 2007 pp. 1 - 16. Il testo della Carta è stato modificato per renderlo compatibile con il trattato di Lisbona, e dalla cui entrata in vigore, il nuovo testo ha sostituito la versione precedente.

istituzioni che l’hanno proclamata¹⁶⁸», privo di efficacia giuridica vincolante, esso ha, tuttavia, costituito un ‘catalizzatore’ dello sviluppo dei diritti fondamentali¹⁶⁹.

Tale aspetto assume rilievo anche con riferimento ai diritti dei cittadini di Paesi terzi, poiché la Carta accoglierebbe quella stessa interpretazione del concetto di ‘libertà’, inteso come speculare alla protezione dei diritti fondamentali e funzionale alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza distinzione tra cittadini europei e stranieri¹⁷⁰. Le ultime disposizioni, quali gli artt. 18 e 19, del capitolo II della Carta, che declina i diritti rapportabili al valore della libertà, sono dedicate, infatti, rispettivamente al diritto di asilo, garantito in conformità al regime internazionale di riferimento, al TUE e al TFUE, e al divieto di espulsioni collettive e di *refoulement*¹⁷¹.

L’introduzione di un diritto di asilo nel corredo normativo della Carta dei diritti fondamentali rappresenta una «*originalité technique*» per un duplice motivo: da una parte, intende richiamare un obbligo di diritto comunitario, ma allo stesso

¹⁶⁸ VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza*, cit., p. 78.

¹⁶⁹ Per quanto si fosse tentato di ricostruire in dottrina un’efficacia giuridica obbligatoria e vincolante, come ha osservato VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza*, cit., p. 81, «una volontà di dare vita ad una codificazione giuridicamente obbligatoria dei diritti fondamentali è contraddetta dalle dichiarazioni (dei Consigli europei e della stessa conferenza di Nizza) che hanno preceduto e seguito l’adozione della Carta». Sul valore giuridico della Carta di Nizza, anche con riferimento all’entrata in vigore del trattato di Lisbona, si rinvia inoltre a: MOCK, DEMURO, *Human rights in Europe: Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010; PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 14 (2009), n. 3, p. 668 ss.; ROSSI, *Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, in BRONZINI, GUARRIELLO, PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell’Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, pp. 73–88; BARONCELLI, *Le fonti del diritto nell’UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un’accresciuta complessità del sistema*, in BARONCELLI, *La partecipazione dell’Italia alla governance dell’Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un’analisi sulle fonti del diritto nell’ottica della fase ascendente e discendente*, Torino, 2008, p. 21 ss.; DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 13 (2008), n. 4, pp. 655–669; POLLICINO, SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, pp. 101–124; PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell’Unione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, p. 1723 ss.

¹⁷⁰ Per un esame delle disposizioni della Carta che conferiscono diritti agli stranieri, cfr. CARLIER, *La place des ressortissants de Pays tiers dans la Charte*, in CARLIER, DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 179 ss.; PEERS, *Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2001, n. 3, p. 141 ss., il quale nota come «*all the provisions of the Charter which are not expressly limited in personal scope must apply equally to EU citizens and non-citizens alike*».

¹⁷¹ L’art. 18 della Carta, nel testo emendato nel Dicembre 2007, sancisce che:

“Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato sull’Unione europea e il trattato sul funzionamento dell’Unione europea”.

Dispone, invece, l’art. 19 che:

“1. Le espulsioni collettive sono vietate.

2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”.

tempo, attesta la consapevolezza della scarsa armonizzazione in materia fra le legislazioni nazionali¹⁷². Il fondamento della norma sottesa all’art. 18 della Carta può essere, dunque, identificato nell’art. 63 TCE che ne fissa il quadro generale e sostanzia il contenuto materiale della disposizione.

Quanto alla titolarità del diritto contemplato, il disposto dell’art. 18 che, alla luce di un’interpretazione letterale, formula un obbligo di protezione senza specificare i potenziali beneficiari del diritto di asilo¹⁷³, non sembrerebbe innovare il diritto internazionale giungendo a riconoscere la sussistenza di un diritto dell’individuo ad ottenere l’asilo. Tuttavia, la semplice interpretazione letterale non appare sufficiente, al fine di definire se la disposizione in esame faccia riferimento a un diritto di asilo di natura individuale o confermi la natura di prerogativa statale dell’istituto, il significato logico e letterale della norma, infatti, come ha chiarito la giurisprudenza comunitaria, dovrebbe prevalere “*in assenza di lavori preparatori atti a manifestare chiaramente le intenzioni degli autori della disposizione*”¹⁷⁴.

In questo senso, assumerebbero rilievo i lavori preparatori relativi all’elaborazione della Carta dei diritti fondamentali, i quali, invece, appaiono imperniati sulla necessità di definire la portata *ratione personae* del catalogo di diritti da codificare¹⁷⁵. La prima bozza presentata dal Praesidium, in realtà, nel testo ufficiale in francese dell’allora art. 17, faceva esplicito riferimento al riconoscimento di un diritto di asilo per gli individui che non potevano essere considerati ‘cittadini europei’, impostazione confermata fino alla terza bozza del testo della Carta¹⁷⁶, quando il Praesidium raggiunse il compromesso sulla redazione della norma sul diritto di asilo nei termini generici della versione definitiva. Si è, pertanto, soppresso il riferimento ai beneficiari, dietro gli auspici dell’UNHCR che, critico nei confronti

¹⁷² In questo senso, cfr. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, a cura dell’EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, istituita dalla Commissione europea (DG Giustizia, Libertà e Sicurezza), su richiesta del Parlamento europeo ed i cui documenti sono consultabili in: <http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm>.

¹⁷³ BRUNELLI, *Art. 18 Diritto di asilo*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, p. 154, più recentemente anche in MOCK, DEMURO, *op. cit.*, pp. 117-122.

¹⁷⁴ Cfr. CGCE, *Gabriel Simon c. Corte di Giustizia delle Comunità europee*, sent. dell’1 Giugno 1961, causa n. 15/60, in *Raccolta* 1961, p. 220 ss.

¹⁷⁵ Per una meticolosa ricostruzione dei lavori preparatori, dai quali emergerebbe un diritto individuale ad ottenere l’asilo, si veda ampiamente GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union’s Law*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 3, pp. 34- 52.

¹⁷⁶ Cfr. Doc. CHARTE 4137/00 CONVENT 8, 24 Febbraio 2000, draft art. 17. La stessa impostazione è stata confermata dalla seconda bozza presentata dal Praesidium, cfr. Doc. CHARTE 4284/00 CONVENT 28, 5 Maggio 2000, draft art. 21. Il 12 Maggio 2000 il Praesidium ha invitato i membri della *Convention* a presentare degli emendamenti alla seconda bozza, sulla cui base, il mese successivo è stato presentato un nuovo testo che non faceva alcun riferimento all’ambito soggettivo del diritto di asilo, cfr. Doc. CHARTE 4333/00 CONVENT 36, 4 Giugno 2000, draft art. 21, così come nel testo definitivo, cfr. Doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, 28 Settembre 2000, trasmesso al Presidente della *Convention*, Roman Herzog, e al Presidente del Consiglio, Jacques Chirac, i quali dichiararono il loro consenso in una lettera del 5 Ottobre 2000, cfr. Doc. CHARTE 4960/00 CONVENT 55, 26 Ottobre 2000.

del *Protocollo n. 29* sul diritto di asilo per i cittadini di Stati dell’UE, perseverò affinché si evitasse un testo, dal quale risultasse una limitazione del diritto di asilo sulla base della nazionalità. Questa circostanza potrebbe essere superata da un’eventuale evoluzione in senso federale dell’UE¹⁷⁷, prospettiva che nel disegno istituzionale tracciato a Lisbona con il prepotente recupero della sovranità degli Stati, appare piuttosto velleitaria.

Secondo un approccio sistematico alla Carta, inoltre, si può desumere anzitutto, in sintonia con quanto espresso nel Preambolo, l’intenzione di riaffermare i “*diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri*”¹⁷⁸. Il riferimento alle costituzioni degli Stati membri rivela, infatti, come nella maggior parte dei casi sul piano interno è assegnato all’individuo un diritto ad ottenere asilo¹⁷⁹, così come, alcuni strumenti internazionali, specialmente di natura regionale, depongono a favore di un’affermazione di un diritto umano all’asilo¹⁸⁰.

In questa prospettiva, la portata individuale del diritto sancito all’art. 18, risulterebbe evidente anche dall’analisi delle fonti interpretative della Carta. A tal fine, occorre fare riferimento anzitutto all’art. 52 della Carta, compreso fra le disposizioni generali, il cui par. 3 dispone che “*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*”¹⁸¹. Come noto, i diritti contenuti nella CEDU sono stati interpretati da una costante giurisprudenza evolutiva della Corte di Strasburgo, la quale ha ricavato l’esistenza di un implicito diritto umano all’asilo *de facto* nella tutela di altri diritti espressamente

¹⁷⁷ Questa è la conclusione piuttosto prematura a cui giunge CARRERA HERNÁNDEZ, *El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE*, cit., p. 857, accettando che «*tanto la institución de la Ciudadanía de la Unión como la propia definición del término refugiado contenida en los textos internacionales...debe hacer jurídicamente imposible la admisión a trámite de una demanda o solicitud de asilo presentada por un ciudadano de la Unión en otros Estados miembros diferentes al de su nacionalidad. La comparación de la UE con lo que ocurre en el interior de Estados federales sólo vendría a corroborar dicha premisa*». Sul punto si veda CARLIER, *La place des ressortissants de Pays tiers dans la Charte*, in CARLIER, DE SCHUTTER, op. cit., p. 184.

¹⁷⁸ In proposito P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law: text, cases, materials*, IV ed., Oxford, 2008, p. 413, definiscono la Carta «*a creative distillation of the rights container in the various European and international agreements and national constitutions on which the ECJ had for some years already been drawing*».

¹⁷⁹ Si rinvia in particolare all’analisi di LAMBERT, MESSINEO, TIEDEMANN, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany: Requiescat in Pace?*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 3, p. 16 ss.

¹⁸⁰ Cfr. *supra* cap. II.

¹⁸¹ Anche la *Dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, allegata al TFUE ribadisce infatti che: “*La Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*”.

enunciati, come il diritto a non essere sottoposto a tortura e trattamenti inumani e degradanti, il diritto alla vita privata e familiare.

Anche tale impostazione appare supportata dai lavori preparatori, dai quali si evince, tra l’altro, l’intenzione di non limitare il contenuto di tale diritto alla semplice istanza procedurale, identificata nella richiesta di asilo. La possibilità di ricostruire degli obblighi positivi in capo agli Stati relativi al diritto di asilo, come codificato dalla Carta, potrebbe estendere il senso di protezione, insito nella stessa Convenzione di Ginevra del 1951, poiché il disposto dell’art. 18 non è semplicemente applicativo dello strumento internazionale a tutela dei rifugiati, che impone alle Parti contraenti il dovere di *non-refoulement* dei richiedenti asilo, ma contiene un obbligo ben più ampio¹⁸².

Particolarmente sintomatica appare, comunque, la penuria di riferimenti ermeneutici relativi all’interpretazione dell’art. 18, contenuta nel testo delle «Spiegazioni», che fanno riferimento soltanto alla base giuridica della norma, identificata nell’art. 63 TCE, ora sostituito dall’art. 78 TFUE, il quale impone all’Unione di rispettare la Convenzione di Ginevra sui rifugiati, che notoriamente non codifica alcun diritto di asilo¹⁸³. Tale strumento interpretativo, con riferimento al diritto di asilo, sembrerebbe quasi proiettare la predominanza della sovranità degli Stati contro ogni possibile interpretazione in senso individuale del diritto di asilo.

¹⁸² BATTJES, *op. cit.*, p. 113, riconosce che tale diritto di asilo «*applies to refugees, and may apply to others in need of protection as well*», sul punto cfr. anche CARLIER, *La place des ressortissants de Pays dans la Charte*, in CARLIER, DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 184.

¹⁸³ Cfr. *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, elaborate dal Praesidium della Convenzione, incaricato di redigere la stessa Carta, cfr. la versione aggiornata all’adozione del trattato di Lisbona in GUUE n. C 303 del 14 Dicembre 2007, pp. 17–35, in cui si afferma a proposito del diritto di asilo, che “*il testo dell’articolo è stato basato sull’articolo 63 del trattato CE, ora sostituito dall’articolo 78 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, che impone all’Unione di rispettare la convenzione di Ginevra sui rifugiati. Occorre far riferimento alle disposizioni dei protocolli relativi al Regno Unito e all’Irlanda, allegati ai trattati, nonché di quello sulla Danimarca, per determinare in quale misura tali Stati membri applichino il diritto dell’Unione in materia e in quale misura il presente articolo sia loro applicabile. Tale articolo rispetta il protocollo sull’asilo allegato ai trattati*”. Tali ‘Spiegazioni’, come si evince dal Preambolo della Carta, nella misura in cui si afferma che essa “*sarà interpretata dai giudici dell’Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l’autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea*”, costituiscono il principale strumento d’interpretazione. Inoltre, sebbene il rinnovato art. 6 par. 1 del TUE affermi che “*i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati...tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni*”, il valore e l’efficacia giuridica di tali Spiegazioni risulta alquanto ambiguo. Sul punto, DI STASI, *Brevi Osservazioni intorno alle “Spiegazioni” alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in ZANGHÌ, PANELLA (a cura di), *Il trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2010, p. 428, specifica che l’inefficacia giuridica della Carta nella fase precedente l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona «ha reso inesistente la problematica del ruolo esercitabile dalle spiegazioni». In argomento cfr. anche SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull’Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 855 ss.; SCARABBA, *Le «spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, pp. 59-93.

La norma, sottesa all’art. 18, tuttavia, non può essere interpretata disgiuntamente dal disposto dell’art. 19 della Carta, che mira ad assicurare protezione in caso di allontanamento, espulsione ed estradizione, ribadendo il carattere assoluto del divieto di *refoulement* ed incorporando, come si apprende dal testo delle Spiegazioni, “*la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’articolo 3 della CEDU*¹⁸⁴”. Se l’art. 19 della Carta afferma il diritto degli stranieri a non essere allontanati in condizioni contrarie alle garanzie dei diritti fondamentali¹⁸⁵, un’interpretazione individuale del diritto di asilo contemplato dall’art. 18 s’impone come necessaria, quanto meno perché in un contesto internazionale sterile riguardo alla codificazione di un diritto di asilo, qualora la sua inclusione in un catalogo innovativo, come quello della Carta dei diritti fondamentali, fosse motivata dall’esigenza di confermare un diritto dello Stato, risulterebbe vacua, smentita dal valore giuridico assegnato ad uno strumento che intende interpretare il principio di universalità dei diritti umani. In altre parole, nel contesto della Carta dei diritti fondamentali un diritto di asilo potrebbe ottenere un adeguato *locus standi* solo in quanto diritto a portata individuale, poiché la sua interpretazione come diritto dello Stato comprometterebbe il valore dello strumento normativo nel suo insieme.

È, infine, evidente che, sebbene l’art. 18 della Carta assuma un notevole valore simbolico, poiché per la prima volta dalla Dichiarazione universale del 1948 iscrive in un testo sovranazionale e nel contesto europeo il diritto di asilo, assumendo, peraltro una portata ancor più ampia rispetto al diritto “*to seek and enjoy asylum*”, contenuto nell’art. 14 della Dichiarazione universale¹⁸⁶, considerata l’impostazione generica della norma della Carta, come ravvisato in dottrina, «*it is unfortunate that the first recognition in a supranational European instrument of the noble commitment to grant asylum from persecution was achieved at the expense of the visibility of those that it seeks to protect*¹⁸⁷».

¹⁸⁴ Nel testo delle Spiegazioni si fa esplicito riferimento alla sentenza sulla causa *Ahmed c. Austria*, 17 Dicembre 1996, e alla sentenza sul caso *Soering c. Regno Unito*, 7 Luglio 1989. Si veda CARLETTI, *Attivazione della procedura di estradizione e “rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte”: la portata dell’art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea in comparazione con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in ZANGHÌ, PANELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell’uomo*, Torino, 2004, p. 342 ss.

¹⁸⁵ La disposizione in esame si articola in due paragrafi distinti: il primo concerne il carattere collettivo delle procedure di allontanamento, prevedendo il divieto delle espulsioni collettive, il secondo fa invece riferimento al rischio in cui l’individuo incorrerebbe nel Paese di destinazione, per ulteriori osservazioni cfr. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, cit., p. 178.

¹⁸⁶ Cfr. PEERS, *Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights*, cit., pp. 161-162.

¹⁸⁷ GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union’s Law*, cit., p. 44.

3.5. Breve esame delle disposizioni costituzionali di alcuni Stati membri dell’UE, da cui emergerebbe un diritto dell’individuo a beneficiare dell’asilo.

Il riferimento operato dal Preambolo della Carta alle “*tradizioni costituzionali*” degli Stati membri consente di effettuare un tentativo di ricostruzione del fondamento giuridico di un diritto individuale all’asilo *in statu nascendi* nel contesto dell’UE nelle disposizioni interne e costituzionali degli Stati membri.

Sul piano internazionale, come osservato, lo Stato non è tenuto dall’ordinamento internazionale a rispettare alcun obbligo circa l’esercizio del diritto di asilo, nonostante alcune opinioni di dottrina ribadiscano l’opportunità di catalogare fra i diritti dell’uomo anche il diritto all’asilo, addirittura con una definizione svincolata dalle stesse carte costituzionali¹⁸⁸. Secondo quest’ultima prospettiva, sulla base delle disposizioni dei testi costituzionali di alcuni Stati membri dell’UE, si assisterebbe ad una lenta costituzionalizzazione formale del diritto di asilo¹⁸⁹.

Un diritto fondamentale all’asilo politico figura già nelle prime Costituzioni del secondo dopoguerra di alcuni Stati precursori del processo d’integrazione europea. Il più noto referente storico del tentativo della prassi interna di ‘costituzionalizzare’ un diritto all’asilo è, infatti, rappresentato dalla Costituzione francese del 1793, il cui riconoscimento di un diritto costituzionale all’asilo sopravvivrà anche alle successive esperienze costituzionali, consacrandolo nel Preambolo della Costituzione del 27 Ottobre 1946 a cui la vigente Costituzione del 1958 fa diretto riferimento¹⁹⁰. Le radici e le tradizioni libertarie dell’esperienza

¹⁸⁸ Per tutti si rinvia in particolare all’opinione di MIELE, *La protezione internazionale diretta del diritto di asilo politico dell’individuo*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXI (1968), n. 3, pp. 514–522, il quale già lamentava come l’idea della protezione internazionale diretta del diritto di asilo, inteso come «diritto umano», non sia riuscita a penetrare nel quadro normativo della protezione internazionale dei diritti dell’uomo, sebbene tale diritto figuri in molte Costituzioni nazionali. Sulla ricostruzione di un diritto di asilo costituzionale negli Stati dell’UE si veda ampiamente MODERNE, *Le droit constitutionnel d’asile dans les Etats de l’Unione Européenne*, Aix-en-Provence/Marseille, 1997, p. 22 ss., il quale considera il diritto di asilo «*un droit subjectif dont la reconnaissance et l’exercice bénéficient d’une protection juridictionnelle minimale devant des instances nationales...Le droit d’asile ne signifie donc pas autre chose que le droit d’obtenir de l’État qui a inscrit ce droit dans les tables de sa Constitution la protection nécessaire qu’il ne trouve plus dans son État d’origine*», specificando che, configurandosi come un diritto accordato agli stranieri, il diritto di asilo è tipicamente un diritto umano. Per un’analisi di tipo comparativistico si veda CORDINI, *Il diritto d’asilo nelle costituzioni contemporanee e nell’ordinamento dell’Unione europea*, in CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Napoli, 2008, p. 51 ss. Sul contributo delle tradizioni legislative interne allo sviluppo di un diritto di concedere asilo, si veda GRAHL-MADSEN, *The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law*, in *Journal of Peace Research*, vol. 3 (1966), n. 3, pp. 278 – 289.

¹⁸⁹ Sull’esigenza di costituzionalizzare un diritto di asilo sia sul piano materiale sia sul piano formale, si rinvia a MODERNE, *op. cit.*, p. 31 ss.

¹⁹⁰ L’art. 120 della Costituzione francese del 1793, affermava che “*il donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. - Il le refuse aux tyrans*”. Tale diritto è stato ripreso nel par. 4 del Preambolo della Costituzione del 1946, in cui si afferma che “*tout homme persécuté en*

costituzionale francese hanno consentito la formulazione del diritto di asilo come un diritto soggettivo di prerogativa individuale e non solo statale, come confermato dallo stesso *Conseil constitutionnel* in una rilevante sentenza del 1993, richiamata nel 1997¹⁹¹. Tale previsione, sebbene da un lato abbia inteso innovare il diritto internazionale, d'altra parte ha reso necessaria, nella prospettiva comunitaria, la formulazione dell'art. 53-1 della Costituzione che autorizza la Francia a concludere accordi con altri Paesi europei con riferimento alla determinazione dello Stato responsabile di una domanda di asilo¹⁹², conservando, come si apprende dal secondo paragrafo della stessa norma, coerentemente con il par. 4 del Preambolo della Costituzione del 1946, “*le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif*”, quando, secondo gli obblighi comunitari, è responsabile la Francia di esaminare una domanda di asilo.

Anche la Costituzione italiana del 27 Dicembre 1947, in vigore dal 1 Gennaio 1948, all'art. 10, comma 3, formalizza, secondo la formula suggerita da Tomaso Perassi, il quale avrebbe contribuito anche alla redazione dell'art. 14 della Dichiarazione universale, un diritto di asilo riconosciuto allo “*straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana*”. Come la maggior parte delle Costituzioni europee, anche quella italiana opera un rinvio alla legge ordinaria per stabilire le modalità di esercizio di tale diritto costituzionale. Questo aspetto costituisce l'elemento patologico che ha caratterizzato il tormentato sviluppo del diritto di asilo come un diritto, la cui tutela l'individuo può direttamente esigere sul piano giudiziario¹⁹³.

raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République”. Il testo delle Costituzioni francesi è reperibile sul sito del *Conseil Constitutionnel* in: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>. Sull'evoluzione costituzionale dell'asilo in Francia si veda tra gli altri SÉGUR *La crise du droit d'asile*, Paris, 1998, p. 152 ss.

¹⁹¹ *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 93-325 DC del 12 Agosto 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, in *Journal officiel* del 18 Agosto 1993, p. 11722. Tale riconoscimento è stato ribadito nella sentenza n. 97-389 del 22 Aprile 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, in *Journal officiel* del 25 Aprile 1997, p. 6271, e codificato nella legge n. 98-349 del 11 maggio 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*. Per alcuni commenti sulle citate sentenze si veda LAMBERT, MESSINEO, TIEDEMANN, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany*, cit., pp. 17–21.

¹⁹² Recita, infatti, il testo dell'art. 53-I della Costituzione francese del 1958 che:

“*La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées*”.

¹⁹³ In tal senso cfr. Corte di Cassazione, sez. un. civ., *Allen c. Ministero degli Interni*, n. 4674/1997, riportata in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 80 (1997), p. 843, la quale ha affermato che “*l'art. 10, terzo comma, Cost. attribuisce direttamente allo straniero io quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento*”. Tuttavia, recentemente una decisione del Consiglio di Stato, *Ministero degli*

Alla luce di un’interpretazione letterale, l’art. 10 par. 3 piuttosto rappresenterebbe la fonte di una garanzia complementare alla tutela degli altri diritti e delle libertà fondamentali, di cui risulterebbero privati alcuni individui nello Stato di origine. La stessa Corte di Cassazione è recentemente tornata sulla questione, affermando che, in assenza di una disposizione applicativa della norma costituzionale, il diritto di asilo dovrebbe intendersi come il diritto temporaneo di ingresso e richiedere asilo secondo la procedura, stabilita per il riconoscimento dello status di rifugiato¹⁹⁴. Di difficile e confuso inquadramento risulta, dunque, la connotazione del diritto di asilo nell’ordinamento italiano, anche a seguito di un’effimera prassi normativa e una convulsa evoluzione giurisprudenziale¹⁹⁵.

Fra i Paesi fondatori delle allora Comunità europee anche la Germania ha codificato nella Legge fondamentale (*Grundgesetz*) del 23 Maggio 1949, all’art. 16, par. 2, una disposizione, confermata dalla revisione del 20 Dicembre 1993, con cui si riconosce il diritto di asilo ai soggetti perseguitati per cause politiche¹⁹⁶. In seguito alla ratifica nel 1953 della Convenzione di Ginevra, affrontando la questione della compatibilità della disposizione sul diritto di asilo, contenuta nella Legge fondamentale, con il regime internazionale, la Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht –BVerfG*) ha chiarito che il diritto di asilo sotteso dalla *Grundgesetz* può assumere una portata più ampia rispetto all’disciplina contenuta

Interni c. Hilowle Hassan Ali, n. 5919/2002, dell’11 Giugno 2002 ha sostenuto che la norma dell’art. 10 par. 3 della Costituzione non configurerebbe un diritto soggettivo dell’individuo. Sulla redazione dell’art. 10 par. 3 della Costituzione italiana e la relativa evoluzione sul piano giurisprudenziale, si rinvia a NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, bozza della relazione presentata al Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti “Lo statuto costituzionale del non cittadino”, Cagliari, 16-17 Ottobre 2009, disponibile in: <www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200910/Nascimbene.pdf>, p. 42 ss.; BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell’ordinamento costituzionale italiano. Un’introduzione*, Padova, 2007, p. 21ss.; ZIOTTI, *Il diritto d’asilo nell’ordinamento italiano*, Padova, 2007, 173 ss.; BONETTI, *Il diritto d’asilo – Profili generali e costituzionali del diritto d’asilo nell’ordinamento italiano*, in NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 1137 ss.; CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 6 (2004), n. 1, pp. 25 -48.

¹⁹⁴ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I civ., *Ministero dell’Interno e altri c. Aday*, n. 25028/2005, riportata in *Foro Italiano* 2006-I, p. 2851; Cass., sez. I civ., *Selimi c. Ministero dell’Interno*, n. 18549/2006, riportata in *Foro Italiano*, 2007-I, p. 1869.

¹⁹⁵ Si afferma in proposito in LAMBERT, MESSINEO, TIEDEMANN, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany*, cit., p. 25, «*the repeated failure of Parliament to adopt implementing legislation, article 10(3) is still lingering in the world of betrayed constitutional provisions, only occasionally being brought to ephemeral life by random enlightened judges across the country*». Sulla possibile giustificazione costituzionale dell’istituto dell’asilo in virtù della tutela di diritti fondamentali, cfr. RESCIGNO, *Il diritto d’asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e “vuoto” costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 155.

¹⁹⁶ Recita, infatti, l’art. 16a (1) *Grundgesetz*, il cui testo è disponibile in: <www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>, che “*Politisch Verfolgte genießen Asylrecht*”.

negli strumenti internazionali in vigore¹⁹⁷, consentendo, ad esempio, il superamento dei limiti di natura spaziale e temporale, ancor prima che fosse adottato il Protocollo di New York del 1967. In questo senso la Corte costituzionale federale ha interpretato le disposizioni costituzionali in senso più liberale, almeno fino all’adozione negli anni ottanta di un approccio più restrittivo¹⁹⁸.

Nessuna disposizione costituzionale concerne la previsione di un diritto fondamentale all’asilo negli ordinamenti degli altri tre Paesi precursori del processo d’integrazione europea, quali gli Stati dell’Unione del BENELUX. Appare, tuttavia, particolarmente rilevante osservare sul piano comparativistico¹⁹⁹ e, alla luce degli ultimi allargamenti, le previsioni costituzionali degli Stati membri dell’UE, il cui territorio, per collocazione geografica, delinea il margine delle frontiere esterne dell’UE.

Da questo punto di vista si nota anzitutto un’impostazione differente tra gli Stati continentali e quelli mediterranei. Se le costituzioni dei primi Paesi che delimitano i confini esterni settentrionali dell’UE, quali Irlanda, Regno Unito, Danimarca, Svezia e Finlandia, non si rinvencono disposizioni che annoverano l’asilo fra i diritti fondamentali, diversa è la situazione degli Stati mediterranei. Negli ordinamenti di questi ultimi l’asilo sembrerebbe assumere, come nella costituzione greca, una valenza ancora ‘spirituale’, connessa alla lunga tradizione dell’ospitalità che ha caratterizzato le prime civiltà del Mediterraneo²⁰⁰. Solamente la Costituzione portoghese del 2 Aprile 1976 nella parte relativa ai diritti, le libertà e le garanzie della persona, assicura all’art. 33 il diritto di asilo agli stranieri o apolidi perseguitati a causa della loro attività a favore dei valori della democrazia, della pace e dei diritti umani²⁰¹, amplificando la portata del concetto di persecuzione, accolto nella Convenzione di Ginevra del 1951²⁰².

¹⁹⁷ *BVerfGE*, 9, 174 [180], sent. del 4 Febbraio 1959, BvR 193/57, disponibile in: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv009174.html>>.

¹⁹⁸ Per ulteriori riferimenti cfr. LAMBERT, MESSINEO, TIEDEMANN, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany*, cit., p. 27, in cui si nota come a partire dagli anni ottanta la stessa Corte costituzionale federale ha negato il diritto di asilo a diverse categorie di soggetti, tra cui i rifugiati *sur place*, e ha negato il riconoscimento del concetto di persecuzione, qualora le misure restrittive fossero contro la pratica pubblica della religione, ed esigendo che i richiedenti asilo non soggetti a persecuzione al momento della decisione, potevano richiedere la concessione dell’asilo solo se capaci di dimostrare la sussistenza di una probabilità di gran lunga superiore al cinquanta per cento di essere perseguitati, se espulsi dal territorio.

¹⁹⁹ In questa prospettiva si veda anche FABBRICOTTI, *L’ingresso degli stranieri extra-comunitari ed il trattamento delle domande d’asilo nelle legislazioni dei paesi della C.E.E.*, Wien, 1993. Per una versione italiana del testo delle principali Costituzioni europee e una sintetica analisi, si veda CASSELLA, COMBA, PALICI DI SUNI PRAT (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell’Unione Europea*, 2^a ed., Padova, 2001.

²⁰⁰ L’art. 9 della Costituzione greca, infatti, ricollega l’asilo al riparo domestico su cui i redattori della Costituzione hanno costruito il diritto ad una vita privata familiare, considerato un diritto assoluto e inviolabile.

²⁰¹ Dispone, infatti, l’art. 33 della Costituzione portoghese:

Nello stesso alveo tracciato dalla costituzione portoghese si collocano, inoltre, le disposizioni delle recenti Costituzioni, di cui si sono dotati i Paesi dell'Europa centro-orientale, 'ammessi' nell'UE tra il 2004 e il 2007. Dopo oltre cinquant'anni di totalitarismo comunista e la conseguente compressione delle libertà individuali, questi Stati hanno imperniato i rispettivi sistemi costituzionali sul valore dei diritti fondamentali e la posizione dell'individuo nell'ordinamento interno, anche in conformità allo sviluppo della prassi normativa internazionale in materia di diritti umani. A un approccio, che per certi aspetti risulterebbe favorevole al riconoscimento di un diritto individuale all'asilo, ha aderito la recente esperienza di questi Stati, i quali contemplanò in norme piuttosto analoghe un diritto a garantire l'asilo ad ogni individuo vittima di persecuzione. Dall'analisi della prassi costituzionale l'elemento più propizio alla ricostruzione di un diritto individuale all'asilo sembrerebbe scaturire dall'inclusione della relativa norma nel capitolo riguardante i diritti fondamentali dei cittadini, come nel caso di Lettonia²⁰³.

Analoghe disposizioni, ad eccezione dei nuovi Stati mediterranei, quali Malta e Cipro, sono rinvenibili nelle costituzioni degli altri Paesi membri, come Polonia, Slovacchia, Slovenia, Ungheria, Bulgaria e Romania²⁰⁴, in cui è comunque evidente

"8. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.

9. A lei define o estatuto do refugiado político".

In questo senso, anche la Costituzione spagnola del 27 Dicembre 1978, modificata nel 1992, all'art. 13 par. 4 opera un rinvio alla legge per stabilire le modalità attraverso cui lo Stato potrà esercitare il diritto di asilo che resta comunque prerogativa sovrana dello Stato, disponendo che: *"La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España"*. Per ulteriori approfondimenti si veda MODERNE, *op. cit.*, p. 69 ss.

²⁰² *Ivi*, p. 65, l'autore riconosce infatti come *«aucune constitution démocratique n'est allée...aussi loin dans cette voie»*, rendendo il campo di applicazione del diritto di asilo *«quasiment illimité»*.

²⁰³ L'art. 97 della Costituzione lettone originariamente adottata il 15 Febbraio 1922 e riportata in vigore il 6 Luglio 1993, sembra ad esempio richiamare il testo dell'art. 14 della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* circa il diritto di cercare ed ottenere asilo, nella misura in cui riconosce che: *"Everyone who is legally residing within the territory of Latvia has the right to freely migrate and to choose a place of residence"*.

²⁰⁴ Cfr. in particolare l'art. 56 della Costituzione polacca del 2 Aprile 1997:

"1. Foreigners shall have a right of asylum in the Republic of Poland...2. Foreigners who, in the Republic of Poland, seek protection from persecution, may be granted the status of a refugee in accordance with international agreements to which the Republic of Poland is a party";

l'art. 53 della Costituzione della Repubblica Slovacca in vigore dal 1 Ottobre 1992:

"The Slovak Republic shall grant asylum to aliens persecuted for the exercise of political rights and freedoms. Such asylum may be denied to those who have acted in contradiction with fundamental human rights and freedoms...";

l'art. 48 della Costituzione slovena del 23 Dicembre 1991:

"Within the limits of the law, the right of asylum shall be recognised for foreign nationals and stateless persons who are subject to persecution for their commitment to human rights and fundamental freedoms";

l'art. 65 della Costituzione ungherese del 20 Agosto 1949:

"The Republic of Hungary shall provide, in accordance with the conditions established by statute, asylum to those non-Hungarian citizens who are subject to persecution in their native country or in the country of their habitual residence, on the basis of their race, religion, nationality,

il richiamo e l'osservanza degli obblighi internazionalni in materia. Sebbene queste norme possano essere valutate come prova del fatto che l'individuo disponga di un diritto costituzionale all'asilo, occorre prestare una dovuta cautela contro la generalizzazione di tali prassi. Infatti, molte disposizioni costituzionali non risultano concepite in modo da assicurare all'individuo un diritto soggettivo vero e proprio, piuttosto esse tendono ad attribuire una competenza allo Stato, ben diversa da un obbligo costituzionale suscettibile di giustiziabilità. Tale ipotesi risulta tra l'altro suffragata dall'assenza di una prassi giurisprudenziale, che attesti anche sul piano processuale un pieno godimento da parte dell'individuo del diritto d'asilo, che a titolo provvisorio può comunque essere riconosciuto entro i limiti, tracciati dalla Convenzione di Ginevra del 1951 o degli altri strumenti regionali in materia.

In definitiva, se l'UE costituisce la proiezione della sovranità degli Stati membri in una dimensione sovranazionale, è attraverso l'esperienza condivisa presso le istanze europee che dovrebbero fiorire gli sforzi per innescare una legislazione favorevole all'introduzione in tutto il territorio dell'UE di un diritto di asilo a portata individuale.

3.6. La normativa comunitaria sul diritto di asilo e il rispetto degli standard internazionali.

La creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, con una maggiore sensibilità riguardo ai diritti fondamentali²⁰⁵ costituisce il parametro con il quale è possibile misurare la sussistenza nella dimensione comunitaria di un autonomo sistema giuridico, in cui un diritto di asilo, inteso come prerogativa dell'individuo

belonging to a certain group in society, or religious or political convictions, or whose fear of persecution is well founded, provided that neither the country of their origin nor another country provide them protection".

Infine cfr. l'art. 27 par. 2 della Costituzione della Repubblica di Bulgaria del 13 Luglio 1991:

"The Republic of Bulgaria shall grant asylum to foreigners persecuted for their opinions or activity in the defence of internationally recognized rights and freedoms",

e l'art. 18 della Costituzione di Romania approvata l'8 Dicembre 1991:

"(1) Aliens and stateless persons Stateless living in Romania shall enjoy general persons protection of persons and assets, as guaranteed by the Constitution and other laws. (2) The right of asylum shall be granted and withdrawn under the provisions of the law, in compliance with the international treaties and conventions Romania is a party to".

²⁰⁵ Il trattato di Amsterdam ha incorporato in diversi ambiti disposizioni preposte alla tutela dei diritti umani, prevedendo nei termini degli articoli 6 e 49 TUE il rispetto dei diritti fondamentali quale condizione di adesione all'UE da parte degli Stati candidati. Inoltre, come noto, ai sensi dell'art. 7 TUE e del corrispettivo art. 309 TCE, viene disciplinata la procedura di sospensione di uno Stato membro per violazioni sistematiche dei diritti umani, e le nuove "disposizioni sociali" del TCE, comprese nel Titolo XI "Politica Sociale, Istruzione, Formazione Professionale e Gioventù", apportano ulteriori competenze legislative nell'ambito del divieto di discriminazione. Per ulteriori osservazioni, cfr. GOODWIN-GILL, *The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam*, cit., p. 144, il quale sottolinea che l'UE nelle stesse disposizioni dei trattati «has clearly recognised the applicability of human rights treaties in the field occupied by refugees, asylum seekers and migrants».

piuttosto che come mero corollario della sovranità territoriale dello Stato, può essere garantito coerentemente con le previsioni dell’ordinamento internazionale.

In seguito alla comunitarizzazione nel Titolo IV TCE dell’*acquis* sul diritto di asilo e la conseguente attribuzione sulla base dell’art. 63, di competenze seppur limitate e concorrenti rispetto alla potestà normativa degli Stati membri, la CE ha cominciato a sviluppare una cornice normativa autonoma, da cui discende per gli Stati membri l’obbligo di assicurarvi adeguata applicazione.

È, dunque, in tale alveo che si sviluppano i principali profili sulla compatibilità del regime europeo di asilo con l’ordinamento internazionale e la tutela dei diritti umani²⁰⁶. La normativa comunitaria deve assumere come polo di orientamento per lo sviluppo di un’effettiva politica di asilo un approccio fondato sulla protezione e la concessione di adeguate garanzie ai richiedenti asilo. Si tratta, tuttavia, di una prerogativa che spesso è stata disattesa sul piano normativo, sollevando alcuni conflitti di compatibilità con gli standard internazionali.

3.6.1. Il Consiglio europeo di Tampere e la definizione di un «sistema europeo comune di asilo».

Le direttrici di sviluppo e le priorità politiche per la realizzazione di una politica europea di asilo ottengono nelle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999 il fattore propulsivo e la bussola di orientamento²⁰⁷. Il fulcro della piattaforma concepita sotto l’egida della Presidenza finlandese è costituito dalla seconda parte, introdotta dal paragrafo 10, in cui si ravvisa l’esigenza di separare, per quanto strettamente connessi, gli aspetti dell’asilo e dell’immigrazione²⁰⁸,

²⁰⁶ Sul punto VAN DER KLAUW, *Towards a Common Asylum Procedure*, in GUILD, HARLOW (eds.), *op. cit.*, p. 166, nota che «*if these future Community asylum instruments will represent an attempt mainly to approximate existing state administrative and judicial practice, yet this practice contains deficiencies which are subsequently codified in Community standards, national courts may be compelled not to respect these Community rules if their application will run into conflict with state obligations under international refugee and human rights instruments*». Si osserva, inoltre, che nonostante le modifiche apportate recentemente dalla riforma di Lisbona ai trattati istitutivi, la legislazione di diritto derivato sull’asilo assume come base giuridica le norme contenute nel precedente Titolo IV.

²⁰⁷ *Supra* nt. 3. Si rammenta che, ai sensi dell’art. 4 TUE, “*il Consiglio europeo dà all’Unione l’impulso necessario al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti politici generali*”. Come nota NASCIBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 3 ss., il Consiglio europeo di Tampere costituisce il quadro politico per l’esercizio della nuova competenza delineata dall’art. 63 TCE, indicando «*gli atti che avrebbero dovuto rappresentare l’attuazione di quella base giuridica*». Sui capisaldi del programma di Tampere si veda BENEDETTI, *op. cit.*, p. 155 ss.; NASCIBENE, MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*”, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 4 (2002), n. 1, pp. 13- 37.

²⁰⁸ Cfr. Consiglio europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, cit., il cui par. 10 afferma che “*gli aspetti separati, ma strettamente connessi, dell’asilo e della migrazione richiedono la definizione di una politica comune dell’UE...*”. Sul punto SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 32, ravvisa che «*the Tampere Conclusions affirmed that asylum is an absolute human right, while migration is seen as being conditioned by socio-economic,*

prefigurando una differente base giuridica, anticipando la previsione codificata nel nuovo Titolo V del TFUE dopo la riforma di Lisbona. Tale approccio appare di fondamentale importanza perché distingue lo status giuridico del richiedente asilo, quale soggetto che necessita di protezione internazionale, dal ‘migrante volontario’.

L’elemento nevralgico delle Conclusioni elaborate a Tampere, risiede nell’importanza che “l’Unione e gli Stati membri riconoscono al rispetto assoluto del diritto di chiedere asilo”²⁰⁹, circostanza che può essere interpretata come il tentativo di ricostruire, in un contesto geografico fortemente interessato da fenomeni migratori, l’esistenza di un diritto individuale all’asilo.

Nel programma di Tampere lo sviluppo di un sistema comune in materia di asilo costituisce uno dei quattro pilastri che dovrebbero sorreggere una politica nel settore dell’asilo, fondata sul partenariato con i Paesi di origine, su norme comuni in materia, sul principio dell’equo trattamento dei cittadini stranieri e sulla gestione dei flussi migratori²¹⁰. In contrapposizione alla limitata competenza che il TCE assegnava alla Comunità in tema di asilo e protezione dei rifugiati, il programma di Tampere appariva piuttosto ambizioso, nonostante «gli atti derivati finora adottati, più che finalizzati a perseguire una politica comune, risultano maggiormente in linea con il testo e, di conseguenza, con i limiti del Titolo IV²¹¹». Specificamente la

demographic, judicial and police co-operation factors». Sostiene, tuttavia, ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 92 (2009), n. 3, p. 670 ss., e in TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 237 ss., che la costruzione di un sistema comune di asilo in seno ad un spazio di libertà, sicurezza e giustizia è considerata «parte integrante della politica di immigrazione in quanto connessa al controllo degli ingressi dei cittadini di Stati terzi». Questo punto trova concorde gran parte della dottrina, la quale ha percepito nell’evoluzione della disciplina del diritto di asilo in ambito comunitario le perplessità degli Stati membri timorosi che il canale della protezione internazionale fosse utilizzato come una via di accesso facilitata al territorio dell’UE. In questo senso, TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, cit., p. 1507, ritiene che il trattato di Amsterdam «did not abandon the perspective of control of migration flows, which provided the context for the issue of asylum right from the beginning, linking it with immigration policy and external border control», parimenti JUSS, *The Decline and Decay of European Refugee Policy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, p. 749, sostiene che «the current aims are less to do with the establishment of a common European asylum system and more to do with reducing immigration pressure». La stessa Commissione europea nella *Comunicazione riguardante le priorità politiche nella lotta contro l’immigrazione clandestina di cittadini di paesi terzi* del 19 Luglio 2006, COM (2006) 402 def., par. 9, ha affermato la necessità di una efficace politica che possa garantire “il pieno rispetto degli obblighi internazionali inerenti ai diritti fondamentali, incluso il diritto di chiedere asilo”.

²⁰⁹ Cfr. Consiglio europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, cit., par. 13.

²¹⁰ Si veda MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 334 ss.

²¹¹ SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., p. 236. In questo senso cfr. anche ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 671, la quale riconosce che «nell’attuale fase di realizzazione del sistema comune dell’asilo è assai evidente la discrepanza tra gli obiettivi politici dichiarati dagli Stati membri ed i poteri di intervento che alla Comunità sono al momento conferiti», ovviamente con riferimento al diritto primario non ancora modificato a Lisbona.

costruzione di un sistema di asilo comune, consta di «quattro mattoni legislativi»²¹² relativi alla determinazione dello Stato membro responsabile per una domanda di asilo, all’elaborazione di norme minime riguardanti le procedure di asilo, le condizioni per l’accoglienza dei richiedenti asilo e la qualifica e il contenuto dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria²¹³.

Il Consiglio europeo di Tampere, tuttavia, non ha elaborato una precisa definizione dell’ambizioso obiettivo di creare un «sistema europeo comune di asilo», sebbene tale espressione sia utilizzata in svariati documenti normativi come espressione di natura programmatica. La Commissione nel Libro Verde del 2007 sul futuro regime comune in materia di asilo ha ribadito che la creazione di tale sistema è “*parte integrante di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia [e] nasce dall’idea di fare dell’Unione europea uno spazio di protezione unico per i rifugiati, basato sull’applicazione della Convenzione di Ginevra in ogni sua componente e sui valori umanitari comuni a tutti gli Stati membri*”²¹⁴.

La costruzione di un sistema comune europeo, prefigurata a Tampere, sul presupposto del rispetto assoluto del diritto di chiedere asilo, consta di due fasi, finalizzate alla effettiva istituzione entro il 2012 di una procedura comune e di uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto protezione nell’UE.

La prima fase, di breve periodo, consisteva nell’ottica del Consiglio europeo di Tampere nell’unificazione dei regimi nazionali in materia di asilo, operata precipuamente tramite lo strumento giuridico versatile della direttiva, idonea a prefigurare quella ‘armonizzazione minima’, richiesta dall’art. 63 TCE, intesa, secondo quanto stabilito dallo stesso art. 3 lett. h) TCE, come il ravvicinamento delle legislazioni nazionali attraverso le tecniche prescritte dal diritto comunitario²¹⁵. Si può, dunque, escludere, in questo senso, l’ipotesi che la prima

²¹² MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 7 (2005), n. 1, p. 51.

²¹³ Cfr. Consiglio europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, cit., par. 14.

²¹⁴ Commissione europea, *Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo*, 6 Giugno 2007, COM (2007) 301 def.

²¹⁵ L’art. 3 lett. h) TCE tra i principi dell’ordinamento comunitario, riconosce espressamente che l’azione della Comunità comporta “*il ravvicinamento delle legislazioni nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune*”. L’obiettivo della prima fase di realizzazione di un sistema europeo comune di asilo consisteva, come conferma NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 4, nell’armonizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali «attraverso l’adozione di norme minime comuni che garantissero equità, efficienza e trasparenza». Sul punto si veda SLOT, *Harmonisation of Law*, in *European Law Review*, vol. 21 (1996), pp. 378-397, il quale puntualizza, tuttavia, che l’obiettivo dell’armonizzazione è «*the achievement of a common market rather than a single legal system*». Per una estensiva definizione del concetto di ‘armonizzazione’ nel diritto internazionale e nell’ordinamento comunitario, si veda SAPIENZA, *Armonizzazione*, in *Aggiornamenti Sociali*, vol. 57 (2006), n. 12, p. 856, il quale afferma che «l’armonizzazione (o armonizzazione legislativa) è l’insieme di tecniche attraverso le quali si tenta di raggiungere l’obiettivo di ravvicinare, per quanto possibile, le disposizioni legislative emanate da Stati diversi o da diversi legislatori non statali. La stessa espressione indica anche il risultato del ricorso a queste tecniche: si dice pertanto che la normazione di un settore è stata o sarà armonizzata». Sebbene il fenomeno

fase di realizzazione del programma di Tampere mirasse alla creazione di un sistema europeo sottratto a connivenze con i vari meccanismi nazionali, in cui il diritto di asilo si sarebbe potuto configurare come un diritto umano fondamentale²¹⁶.

Tale osservazione sul piano normativo contribuisce a spiegare perché la realizzazione di tale prima fase di armonizzazione, conclusa il 30 aprile 2004, esattamente alla scadenza dei cinque anni dall’entrata in vigore del trattato di Amsterdam, sia stata affidata alla direttiva, «strumento giuridico flessibile per eccellenza²¹⁷». Il quadro normativo di diritto derivato consiste, infatti, di quattro direttive²¹⁸ e altrettanti regolamenti che, comunitarizzando la Convenzione del 1990, compongono il «sistema di Dublino»²¹⁹. Il concetto di «sistema europeo comune di asilo» costituisce, dunque, l’insieme delle misure adottate in materia e confluenti in

dell’armonizzazione abbia conosciuto importanti sviluppi nel contesto della CE, dove ha consentito la realizzazione di un mercato unico integrato, soprattutto con riferimento alla libera circolazione delle merci, nell’ambito del diritto internazionale e con specifico riferimento alla protezione dei diritti dell’uomo «i trattati internazionali costituiscono per gli Stati un potente incentivo ad armonizzare le loro legislazioni interne e l’occasione per realizzare una sorta di legislazione concertata fra gli Stati», che si può rapportare alla categoria giuridica dell’armonizzazione intesa in senso lato. DOUGAN, *Minimum Harmonisation and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, vol. 37 (2000), pp. 856 ss., nota come l’armonizzazione minima nel contesto comunitario sia frequentemente richiesta in ambiti in cui la realizzazione delle quattro libertà del mercato unico collidono con interessi nazionali, come accade nel settore delle politiche ambientali e sociali, tra cui la politica di immigrazione e di asilo. Su tale ultimo aspetto si veda STAFFANS, *Convergence and Mutual Recognition in European Asylum Law*, in *Ius Gentium*, vol. 4 (2008), n. 2, p. 149 ss.; BATTJES, *op. cit.*, p. 160 SS.; SLOT, BULTERMAN, *Harmonization of Legislation on Migrating EU Citizens and Third Country Nationals: Towards a Uniform Evaluation Framework*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 29 (2005-2006), p. 747 ss.

²¹⁶ Cfr. la posizione dell’UNHCR, *Setting the European Asylum Agenda: UNHCR recommendations to the Tampere Summit (October 1999)*, in *UNHCR Tool Boxes on EU Asylum Matters: Tool Box 2: The Instruments*, 2003, p. 45 ss., disponibile in: <<http://www.unhr.org>>, in cui si insiste che «*the right to seek and enjoy asylum must be maintained as a human right and its further development and enforcement in Europe should be strengthened by the EU harmonisation process*».

²¹⁷ In questo senso cfr. MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 335. TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, cit., pp. 1512-1513, sostiene che «“*loophole techniques*” characterized the process of harmonization», ossia tecniche che consentono agli Stati membri «*to preserve a substantial amount of discretion and not to be too constrained, revealing an attempt to re-nationalize the whole asylum question*». Tale conclusione è affermata dalla stessa CGCE in *Carlo Tedeschi c. Denkavit Commerciale Srl.*, sent. del 5 Ottobre 1977, causa n. 5/77, in *Racc.* p. 1555, in cui si è confermato che se un determinato settore è regolato esaustivamente da direttive, la compatibilità con il diritto comunitario delle misure interne deve essere valutata sulla base delle stesse.

²¹⁸ Si tratta della direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea; la direttiva 2003/9/CE sulle condizioni di accoglienza; la direttiva 2004/83/CE sulle qualifiche; la direttiva 2005/85/CE sulle procedure.

²¹⁹ Si tratta del regolamento CE 343/2003 (Regolamento ‘Dublino II’), il regolamento CE 2725/2000 (regolamento “Eurodac”) e i rispettivi regolamenti di applicazione (regolamenti CE 407/2002 e 1560/2003). In sintesi, sul quadro normativo citato e una relativa schematizzazione cfr. NASCIBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 4; ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 156 ss., il quale parla di un «ricorso congiunto a misure di *home country control* e di armonizzazione minima».

unico corpo normativo organizzato²²⁰ e riflette il tentativo di armonizzare le procedure di asilo tra gli Stati membri dell’UE, favorire l’accesso alla protezione internazionale e adempiere collettivamente le responsabilità comuni riguardo ai rifugiati e richiedeti asilo²²¹.

La produzione normativa in materia di asilo è stata scandita, in particolare da tre Programmi quinquennali, rispettivamente Tampere (1999-2004), L’Aia (2004-2009) e Stoccolma (2009-2014), i quali «tracciano la *road map*, e quindi anche le linee evolutive della seconda fase²²²», alla luce degli orientamenti politici contenuti nel *Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo*²²³, adottato dal Consiglio europeo nel 2008.

Gli strumenti di diritto derivato, relativi alla disciplina del diritto di asilo nell’UE, condividono non solo il profilo teleologico ma anche una serie di concetti e definizioni sul piano sostanziale. Gli atti adottati, infatti, presentano un comune denominatore, individuato nella Convenzione di Ginevra del 1951, e la stessa struttura, soprattutto con riferimento alle direttive di armonizzazione minima, ricalca un’analogia impostazione: «esse sanciscono il formale e solenne riconoscimento di taluni diritti sostanziali e di talune garanzie procedurali ai cittadini di Stati terzi che presentano requisiti specifici e che versano in condizioni di “pericolo”²²⁴».

Inoltre, l’inquadramento del sistema europeo comune di asilo come un insieme integrato e complementare di regole può adeguatamente assolvere sul piano interpretativo la funzione di valutare le compatibilità e le divergenze con il regime internazionale²²⁵. Sebbene, la centralità attribuita al sistema internazionale di

²²⁰ BATTJES, *op. cit.*, p. 194, definisce il concetto di «sistema europeo comune di asilo» come «*the Community measures on asylum ...not addressed separately but as constituents of a system, or fan organised body of law*», riconoscendo che le considerazioni espresse nel Preambolo delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere «*imply that most instruments addressed...make part of whole, the Common European Asylum System*».

²²¹ ALLARD, *Casualties of Disharmony*, cit., p. 296, nota, tuttavia che tale sistema «*is far from being the comprehensive, cohesive, and coherent system that the EU is striving for*».

²²² NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit., p. 27. Cfr. rispettivamente, Consiglio europeo, Conclusioni della Presidenza, Bruxelles, 5 Novembre 2004, di cui al successivo Consiglio dell’UE, *Programma dell’Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea*, GUUE n. C 53, 3 Marzo 2005, una successiva Comunicazione della Commissione, *Il programma dell’Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni - Partenariato per rinnovare l’Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*, COM (2005) 184 def., definisce un piano d’azione per concretizzare gli obiettivi e le priorità del Programma. Infine, cfr. Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma: un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE n. C 115, 4 Maggio 2010. Si veda BENEDETTI, *op. cit.*, p. 163 ss.

²²³ Consiglio europeo, *Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo*, adottato il 16 Ottobre 2008, su proposta della Francia, cfr. Consiglio dell’UE, *Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo*, n. 13440/08, ASIM 72, Bruxelles, 24 Settembre 2008.

²²⁴ DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell’UE*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, vol. 15 (2010), n. 1, pp. 30-31.

²²⁵ Per un’interpretazione del regime europeo di asilo come sistema normativo integrato si veda diffusamente BATTJES, SPIJKERBOER, *The systematic nature of the Common European Asylum System*, in JULIEN-LAFERRIÈRE, LABAYLE, EDSTRÖM (eds.), *The European Immigration and Asylum*

protezione dei rifugiati sembri avvalorare l’ipotesi, che l’asilo non rappresenti un diritto dell’individuo, ma l’esercizio della sovranità dello Stato, non si possono trascurare quelle peculiarità innovative che l’ordinamento comunitario ha codificato come forme accessorie di protezione internazionale, che l’individuo può legittimamente richiedere ed ottenere.

Tale approccio che, può sembrare sminuito dal contrappeso determinato dall’irrigidimento delle politiche di sicurezza e controllo delle frontiere esterne²²⁶, che, come ha notato la Commissione europea nel recente *Piano strategico sull’asilo*, hanno distorto gli esiti attesi dalle norme di armonizzazione minima²²⁷, esso costituisce un valido polo di orientamento per l’affermazione di un diritto individuale all’asilo.

3.6.2. *Lo Stato responsabile dell’esame di una domanda di asilo tra clausola di sovranità e protezione dei diritti umani.*

La realizzazione di un sistema europeo comune di asilo imperniato, soprattutto nella prima fase di sviluppo, su una concezione tradizionale dell’istituto spiega la sussistenza di un regime fortemente integrato in materia di determinazione dello

Policy: Critical Assessment Five Years After the Amsterdam Treaty, Bruxelles, 2005, pp. 27–89, in cui si sostiene che «*the conception of European asylum legislation as an integrated system is in some quite important respects necessary to interpret its rules, including claims on protection relevant for international law*».

²²⁶ Per tali motivi si conviene con quanto conclude TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, cit., p. 1513, ritenendo che «*this led to the confirmation of persisting “sovereignty reflexes”—asylum was seen as an essential prerogative of the State*». Nota, inoltre, ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., pp. 674- 675, che benché gli atti di diritto derivato adottati sinora affrontino tutti gli aspetti del diritto di asilo, essi presentano «una formulazione talmente generica...da lasciare spazio ad interpretazioni difformi nei vari Stati membri», a cui si consente generalmente di mantenere le soluzioni normative interne attraverso numerose deroghe, corroborate dalla difficoltosa delibera all’unanimità richiesta al Consiglio dell’UE per le delibere in materia di asilo, e dalla mancanza di “clausole di non regresso”, che non precludono la possibilità per gli Stati di stabilire condizioni meno favorevoli di quelle precedenti previste sul piano interno.

²²⁷ Come rammenta NASCIBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 5, la Commissione europea nella Comunicazione *relativa alla politica comune in materia di asilo e all’Agenda per la protezione*, COM (2003) 152, 26 Marzo 2003, ha fornito una prima valutazione sulla realizzazione della prima fase della politica di asilo, sottolineando il livello molto basso delle norme concordate da cui deriva una diminuzione dell’effetto utile dell’armonizzazione. Tali perplessità sono state confermate nella recente Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM (2009) 262 def., 10 Giugno 2009, e dalla Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni, *Piano strategico sull’asilo, Un approccio integrato in materia di protezione nell’Unione Europea*, COM (2008) 360 def., 17 Giugno 2008, in cui è evidente che “*anche dopo una certa armonizzazione legislativa a livello europeo, vari fattori, fra cui la mancanza di prassi comuni, le differenti tradizioni e la diversità delle fonti d’informazione sui paesi d’origine, intervengono a determinare risultati divergenti. Ne conseguono movimenti secondari e ciò è contrario al principio della parità di accesso alla protezione in tutta l’UE*”.

Stato responsabile di una domanda di asilo²²⁸, che solleva, tuttavia, vari dubbi sulla compatibilità con gli obblighi internazionali che discendono sugli Stati membri.

Il meccanismo per la determinazione dello Stato responsabile di una domanda di asilo costituisce la soluzione a due fenomeni problematici, quali la presenza di rifugiati ‘in orbita’ e la presentazione di domande multiple di asilo, già noti al sistema di Schengen e alla Convenzione di Dublino, sostituita da un regolamento del Consiglio, comunemente definito ‘Dublino II’²²⁹.

Tale regolamento, pur riproducendo essenzialmente i criteri della Convenzione di Dublino con aggiustamenti relativi soprattutto alle procedure²³⁰, ha il vantaggio di

²²⁸ Si veda ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 672.

²²⁹ Si tratta del Regolamento CE n. 343/2003 del Consiglio del 18 Febbraio 2003, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese Terzo*, in GUUE n. L 50 del 25 Febbraio 2003, pp. 1-10, noto come ‘Dublino II’, in quanto, in forza del relativo art. 24, “sostituisce la Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l’esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990 (Convenzione di Dublino)”, la quale, prima della data di applicazione del nuovo regolamento, ossia dal sesto mese dalla sua entrata in vigore, continuerà, ai sensi dell’art. 29 dello stesso regolamento, a consentire l’individuazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di asilo. Il regolamento, completato, a sua volta, dal Regolamento CE n. 1560/2003 della Commissione del 2 Settembre 2003, in GUUE n. L 222 del 5 Settembre 2003, pp. 3-23, non abroga, inoltre, la Convenzione del 1990, che continuerà ad applicarsi, secondo il considerando n. 19, tra la Danimarca e gli altri Stati membri. Anche Islanda e Norvegia partecipano al Regolamento tramite l’*Accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d’Islanda e il Regno di Norvegia relativo ai criteri e meccanismi per determinare lo Stato competente per l’esame di una domanda d’asilo presentata in uno Stato membro oppure in Islanda o in Norvegia*, in GUUE n. L. 93 del 3 Aprile 2001, p. 40 ss.; Regno Unito ed Irlanda sono vincolati al Regolamento, avendo esercitato la facoltà di *opt-in*, prevista dal Protocollo allegato al TUE sulla posizione del Regno Unito e dell’Irlanda, mentre. Sul regolamento in esame e per un confronto con la Convenzione di Dublino del 1990, cfr. in particolare ALLARD, *Casualties of Disharmony*, cit., p. 325 ss.; M. SALERNO, *La protezione internazionale (II): Il cd. Regolamento Dublino*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2 Luglio 2010, disponibile in: <www.associazionedeicostituzionalisti.it/vo_cronache/dossier/immigrazione072010/Salerno01.pdf, pp. 1-10; JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le régime européen de l’asile*, cit., p. 528 ss.; SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 44 ss.; BATTJES, *op. cit.*, p. 419 ss.; NICOL, *From Dublin Convention to Dublin Regulation: A Progressive Move?*, in BALDACCINI, GUILD, TONER (eds.), *op. cit.*, pp. 265 –276; JUNKER, *Burden Sharing or Burden Shifting? Asylum and Expansion in the European Union*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 20 (2006), pp. 293–322; ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 159 ss.; MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 54 ss.; BRANDL, *Responsability for Exminining an Asylum Application*, in URBANO DE SOUSA, DE BRUYCKER (eds.), *op. cit.*, pp. 33 – 69; HURWITZ, *Commentaires sur la détermination de l’État Membre responsable de l’examen d’une demande d’asile et la répartition des charges entre États Membres*, in URBANO DE SOUSA, DE BRUYCKER (eds.), *op. cit.*, pp. 71- 86; ROSSANO, *Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro ad esaminare la domanda di asilo*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, vol. 43 (2004), n. 2, pp. 371–382; DUBOLINO, *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo*, cit., p. 812 ss.; MARX, *Adjusting the Dublin Convention: New Approaches to Member State Responsibility for Asylum Applications*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 3 (2001), pp. 7-22.

²³⁰ Sul piano procedurale il principale vantaggio è costituito dalla tempestività con cui lo Stato responsabile dell’esame di una richiesta di asilo è tenuto a rispondere. L’art. 17 del regolamento

rappresentare uno strumento normativo tipicamente ‘comunitario’ sostitutivo di un dispositivo internazionale. Sul piano sostanziale vengono confermati i due criteri generali per stabilire la competenza dello Stato membro ad esaminare una richiesta di asilo, imputabili al diritto al ricongiungimento familiare e alle condizioni di ingresso e soggiorno nel territorio dell’UE.

Dal primo punto di vista diviene anzitutto responsabile lo Stato in cui si trova legalmente un familiare del minore non accompagnato²³¹, in cui un familiare abbia già ottenuto lo status di rifugiato o abbia richiesto asilo²³². Inoltre, qualora la procedura di determinazione dello Stato competente sia svolta simultaneamente per diversi membri dello stesso nucleo familiare, sarà responsabile dell’esame di tutte le domande, lo Stato competente a esaminare il maggior numero di domande, o se due o più Stati siano designati per lo stesso numero di domande, sarà responsabile il Paese competente a esaminare la domanda, presentata dal familiare più anziano²³³. In questa prospettiva è riformulata anche la ‘clausola umanitaria’, prevedendo una più completa attuazione del principio del ricongiungimento familiare e una maggiore tutela del minore²³⁴.

dispone, infatti, che se lo Stato che ha ricevuto una domanda di asilo, ritiene che sia un altro il Paese membro competente per l’esame “può interpellare tale Stato membro affinché prenda in carico il richiedente asilo quanto prima e, al più tardi, entro tre mesi dopo la presentazione della domanda d’asilo”. La trasmissione della richiesta e di tutte le informazioni necessarie tra gli Stati membri è effettuata attraverso il sistema “DubliNet”, ossia la rete di comunicazione informatizzata e sicura, creata dal regolamento applicativo del meccanismo di ‘Dublino II’. In forza dell’art. 18 del Regolamento ‘Dublino II’, “lo Stato membro richiesto...delibererà sulla richiesta di presa in carico di un richiedente entro due mesi” o addirittura una settimana se lo Stato membro richiedente solleciti, ai sensi dell’art. 17 par. 3, una risposta urgente “nei casi in cui la domanda d’asilo sia stata presentata a seguito di un rifiuto d’ingresso o di soggiorno, di un arresto per soggiorno irregolare o della notificazione o dell’esecuzione di un provvedimento di allontanamento e/o nel caso in cui il richiedente asilo sia detenuto”. Come nota JULIEN-LAFERRIERE, *Le régime européen de l’asile*, cit., p. 537, tuttavia, «on constate que l’urgence répond à une préoccupation de l’État requérant et non à l’intérêt du demandeur d’asile». Lo Stato richiesto può rigettare la domanda di asilo con obbligo di motivazione, ma lo Stato richiedente può sollecitare un riesame entro tre settimane, e lo Stato richiesto dovrà rispondere entro il termine di due settimane. L’art. 19, infine, dispone che; “quando lo Stato membro richiesto accetta di prendere in carico il richiedente asilo, lo Stato membro nel quale la domanda d’asilo è stata presentata notifica al richiedente asilo la decisione di non esaminare la domanda e l’obbligo del trasferimento del richiedente verso lo Stato membro competente”, specificando al par. 3 che “il trasferimento del richiedente asilo dallo Stato membro nel quale la domanda d’asilo è stata presentata verso lo Stato membro competente avviene conformemente al diritto nazionale del primo Stato membro...entro sei mesi a decorrere dall’accettazione della richiesta di presa in carico...”, altrimenti “...la competenza ricade sullo Stato membro nel quale la domanda d’asilo è stata presentata”.

²³¹ Cfr. Regolamento ‘Dublino II’, art. 6.

²³² *Ivi*, rispettivamente artt. 7 e 8.

²³³ *Ivi*, art. 14.

²³⁴ *Ivi*, art. 15. La clausola umanitaria costituisce una rielaborazione della previsione normativa, contenuta nell’art. 9 della Convenzione di Dublino, e dispone la possibilità per qualsiasi Stato membro “pur non essendo competente in applicazione dei criteri definiti dal presente regolamento”, di “procedere al ricongiungimento dei membri di una stessa famiglia nonché di altri parenti a carico, per ragioni umanitarie, fondate in particolare su motivi familiari o culturali”.

Sebbene la dottrina abbia inteso valutare positivamente la portata della clausola umanitaria²³⁵, il regolamento accoglie una nozione limitata, «*éminemment nucléaire*» di ‘familiare’, comprendente il coniuge, i figli minori e i genitori²³⁶. Tale concezione crea una prima discrasia con la nozione di ‘famiglia’, elaborata dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, la quale in senso estensivo riconosce che la famiglia è costituita da tutte le persone che hanno un legame di parentela o affettivo²³⁷. Un ulteriore punto di contrasto sembrerebbe, invece, scaturire dal confronto con la disciplina prevista dalla *Direttiva sul ricongiungimento familiare*, che distingue fra membri che gli Stati devono ammettere, in quanto componenti il nucleo essenziale della famiglia, e membri che possono essere ammessi, in attuazione della direttiva, all’interno degli ordinamenti dei singoli Stati, i quali hanno la possibilità, pertanto, di estendere la nozione di famiglia²³⁸.

Con riferimento al secondo criterio per la determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda d’asilo, attinente alle condizioni d’ingresso e soggiorno nel territorio dell’UE, le limitate modifiche rispetto alla Convenzione di Dublino riguardano l’adeguamento delle norme al nuovo regime dei visti²³⁹ e la puntualizzazione che se il titolo di soggiorno o il visto sia stato ottenuto in modo fraudolento, ciò non costituisce motivo di esonero per l’esame della domanda di

²³⁵ Soprattutto con riferimento alle garanzie per il minore cfr. BRANDL, *Responsability for Examining an Asylum Application*, cit., p. 41 ss.; ROSSANO, *Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro ad esaminare la domanda di asilo*, cit., p. 375.

²³⁶ In senso critico sul punto cfr. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le régime européen de l’asile*, cit., p. 533, il quale ravvisa come tale concezione appare inadeguata alla situazione dei richiedenti asilo che spesso sono costretti a lasciare il proprio Paese di origine in condizioni che non consentono di costituire una famiglia ai sensi del Regolamento ‘Dublino II’. Si veda anche ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 162.

²³⁷ Si veda la cospicua giurisprudenza della Corte di Strasburgo con particolare riferimento ai casi *Boughanemi c. Francia*, sent. del 24 Aprile 1996, ricorso n. 22070/93, in *Reports* 1996-II, che equipara i fratelli e le sorelle ai genitori, al fine di stabilire la sussistenza di legami familiari, riconoscendo che “*there is no evidence that he has no ties with them.*”; in *Boyle c. Regno Unito*, sent. del 28 Febbraio 1994, ricorso n. 16580/90, in Serie A, n. 282-B, in cui la Corte ha inteso consolidare il legame sussistente tra zii e nipoti, ed il caso *Marckx c. Belgio*, sent. del 13 Giugno 1979, ricorso n. 6833/74, in Serie A, n. 31, in cui si legge che “*in the Court’s opinion, “family life”, within the meaning of Article 8 (art. 8), includes at least the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life.*”.

²³⁸ Cfr. Direttiva del Consiglio n. 2003/86/CE del 22 Settembre 2003, *relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, in GUUE n. L. 251 2003, per una dettagliata analisi della direttiva si veda OOSTEROM-STAPLES, *The Family Reunification Directive: a Tool Preserving Member State Interest or Conducive to Family Unity*, in BALDACCINI, GUILD, TONER (eds.), *op. cit.*, pp. 451 – 488.

²³⁹ Si fa riferimento al regolamento CE n. 539/2001 del 15 marzo 2001, *che adotta l’elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all’atto dell’attraversamento delle frontiere esterne e l’elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo*, in GUUE n. L 81 del 21 Marzo 2001, p. 2, come modificato dal regolamento CE n. 2414/2001 del 7 Dicembre 2001, in GUUE n. L 327 del 12 Dicembre 2001, p. 1, e dal regolamento CE n. 453/2003 del 6 Marzo 2003, GUUE n. L 69 del 13 Marzo 2003, p. 10.

asilo, a meno che lo Stato membro non dimostri che “*la frode è avvenuta successivamente al rilascio del titolo o del visto*”²⁴⁰. È confermato anche il criterio della responsabilità per l’ingresso irregolare del richiedente asilo, completato dal nuovo criterio che impone la responsabilità dello Stato in cui ha soggiornato il richiedente asilo in modo continuato negli ultimi cinque mesi²⁴¹.

Sul piano della compatibilità con gli strumenti internazionali a tutela dei diritti umani ed in particolare dei rifugiati e dei richiedenti asilo, il regolamento ‘Dublino II’ presenta dei «profili di modificazione *in pejus*» rispetto alla Convenzione di Dublino²⁴², mostrandosi incapace di consentire un’evoluzione del sistema europeo di asilo verso profili più sensibili alle garanzie per i diritti umani, come ha ravvisato la stessa Commissione europea²⁴³. L’art. 2 lett. c) del regolamento si richiama, invece, ai criteri di protezione stabiliti dal diritto internazionale²⁴⁴, evitando di allargare il meccanismo alle altre ipotesi di protezione, come la ‘protezione sussidiaria’.

Particolarmente lesiva dei diritti del richiedente asilo appare, inoltre, la ‘clausola di sovranità’, attraverso cui si preserva la facoltà dello Stato membro di procedere all’esame di una domanda di asilo, pur non essendone competente, senza richiedere, a differenza della Convenzione di Dublino, il consenso dell’interessato²⁴⁵. Tale clausola può essere esaminata secondo una duplice prospettiva d’analisi.

Anzitutto, essa appare particolarmente abusiva se rapportata ad una prassi di respingimenti operati da Stati membri, come Germania, Olanda e Belgio, che pur non essendo competenti ad esaminare una domanda di asilo, sulla base della citata clausola hanno consolidato una prassi di respingimenti verso Paesi ritenuti ‘sicuri’, deducendo un’implicita accettazione da parte del richiedente asilo dalla sua

²⁴⁰ Cfr. Regolamento ‘Dublino II’, art. 9 par. 5.

²⁴¹ *Ivi*, art. 10 par. 2.

²⁴² ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 162. in questo senso MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 55, nota che «il nuovo strumento comunitario appare, per la maggioranza dei suoi articoli, una semplice integrazione del vecchio testo convenzionale e non un superamento dei suoi difetti».

²⁴³ Cfr. i documenti di lavoro dei servizi della Commissione, *Revisiting the Dublin Convention: Developing Community Legislation for Determining Which Member State is Responsible for Considering an Application for Asylum Submitted in One of the Member States*, SEC (2000) 522, 21 Marzo 2000; *Evaluation of the Dublin Convention*, SEC (2001) 756 final, 16 Giugno 2001, con cui la Commissione ha ribadito che sarebbe stato meglio ‘aggiustare’ i principi sottesi alla Convenzione di Dublino in attesa di raggiungere una più propizia e solida fase di armonizzazione.

²⁴⁴ L’art. 2 lett. c) del regolamento, definisce domanda di asilo quella “*presentata da un cittadino di un paese terzo che può considerarsi una richiesta di protezione internazionale da parte di uno Stato membro, a norma della convenzione di Ginevra*”.

²⁴⁵ In questo senso sembrerebbe deporre l’interpretazione letterale dell’art. 3 par. 2, stabilendo che: “*In tale ipotesi, detto Stato membro diventa lo Stato membro competente ai sensi del presente regolamento e assume gli obblighi connessi a tale competenza. Eventualmente, esso ne informa lo Stato membro anteriormente competente, lo Stato membro che ha in corso la procedura volta a determinare lo Stato membro competente o quello al quale è stato chiesto di prendere o riprendere in carico il richiedente asilo*”.

pregressa presentazione della domanda nello Stato in questione²⁴⁶. Com'è stato notato in dottrina, la mancata rilevanza assegnata alla volontà del richiedente asilo può comportare conseguenze negative circa il rispetto del principio di non discriminazione, che può risultare compromesso dallo scarso livello di armonizzazione tra gli ordinamenti dei Paesi membri, con la conseguenza che situazioni analoghe ricevano trattamenti differenziati²⁴⁷.

Un esempio, in questo senso, è rappresentato dall'ipotesi di violenza domestica nei confronti delle donne, circostanza ritenuta di recente come fattispecie di persecuzione dall'ordinamento di alcuni Paesi membri come la Spagna²⁴⁸. Alla luce del meccanismo di 'Dublino II', tuttavia, il diritto di asilo potrebbe trovare applicazione solo se la Spagna fosse individuata come Stato competente, mentre se s'individuasse un altro Stato competente, secondo una rigida applicazione dei criteri di priorità gerarchica, stabiliti dal regolamento, il richiedente non potrà beneficiare del diritto di asilo²⁴⁹. Si può, pertanto, ritenere che una correzione del principio su cui si fonda il meccanismo di 'Dublino II', ossia la circostanza che un individuo disponga di una sola possibilità di chiedere asilo, sia ponderata dal riconoscimento del diritto di scelta del Paese in cui chiedere protezione²⁵⁰.

In senso opposto, significative sono le osservazioni con cui l'UNHCR ha recentemente raccomandato la sospensione del regolamento 'Dublino II' nei confronti della Grecia²⁵¹ sulla base della 'clausola di sovranità', che, scoraggiando

²⁴⁶ In senso critico SPATTI, *La disciplina comunitaria relativa all'allontanamento dei richiedenti asilo*, cit., p. 238 ss., nota che «il richiedente è così costretto a chiedere asilo nel primo Paese incontrato o alle autorità di polizia che per prime lo fermano; e non è detto che questo Stato coincida con quello che vorrebbe scegliere, se potesse»; si veda anche DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo*, cit., p. 836 ss.

²⁴⁷ Si veda sul punto cfr. SPATTI, *La disciplina comunitaria relativa all'allontanamento dei richiedenti asilo*, cit., p. 239 ss., e più in generale EINARSEN, *Discrimination and Consequences for the Position of Aliens*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 64 (1995), pp. 429-452.

²⁴⁸ In argomento cfr. SONNINO, CARCIOTTO, *Violenza domestica e diritto d'asilo*, in *Gli Stranieri*, vol. XIII (2006), n. 3, p. 223 ss. Per più ampi riferimenti si rinvia a FREEDMAN, *Women's Right to Asylum: Protecting the Rights of Female Asylum Seekers in Europe?*, in *Human Rights Review*, vol. 9 (2008), n. 4, pp. 413-433.

²⁴⁹ SPATTI, *La disciplina comunitaria relativa all'allontanamento dei richiedenti asilo*, cit., p. 239. In questo senso è abbastanza eloquente la conclusione del Rapporto ECRE, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe*, AD3/3/2006/EXT/MH, Marzo 2006, in cui è evidenziato che «the Dublin II Regulation is based on an erroneous presumption that an asylum seeker will receive equivalent access to protection in whichever Member State a claim is lodged».

²⁵⁰ In questo senso si veda la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM (2007) 299 def., 6 Giugno 2007.

²⁵¹ Cfr. UNHCR, *Osservazioni sulla Grecia come Paese d'asilo*, Dicembre 2009, disponibili in: <www.unhcr.org>, in cui si raccomanda agli Stati membri, di non procedere al trasferimento di richiedenti asilo verso la Grecia, attraverso il ricorso alla deroga prevista dall'art. 3 par. 2 del regolamento 343/2003, raccomandazione già formulata nella precedente *Posizione sul rinvio di richiedenti asilo verso la Grecia in attuazione del regolamento di Dublino*, nota del 15 Aprile 2008, in: <<http://www.unhcr.it/cms/attach/editor/PDF/posizione-rinvii-grecia.pdf>>, con cui si «raccomanda[va] ai Governi l'applicazione dell'art. 3 (2) del Regolamento Dublino, che permette agli Stati di esaminare una richiesta di asilo anche quando questo esame non sarebbe di propria

l'applicazione automatica dei criteri stabiliti dal regolamento, ha prefigurato un limite di carattere umanitario al meccanismo di 'Dublino II'²⁵² e ha evidenziato che la nozione di 'Paese sicuro', su cui si fonda tale sistema, dovrebbe risultare da attente valutazioni della prassi piuttosto che dalla rigida applicazione dei dispositivi giuridici. Tali raccomandazioni, per quanto sprovviste di efficacia obbligatoria, hanno rappresentato un parametro di orientamento con un certo riscontro sul piano nazionale²⁵³ e in alcuni provvedimenti della Corte di Strasburgo²⁵⁴, intesi ad evitare che il meccanismo di Dublino determini una violazione a catena degli obblighi

*competenza secondo i criteri stabiliti dal Regolamento stesso». Tale nota aggiorna il documento Rinvio in Grecia di richiedenti asilo con domande di riconoscimento dello status di rifugiato "interrotte" del 9 Luglio 2007, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/cgi-in/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=46b889b32>>. La posizione dell'UNHCR è stata in parte mutuata dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Thomas Hammarberg, che recentemente ha trasmesso, dietro invito della stessa Corte europea del 9 Novembre 2009, il suo intervento in qualità di terzo, circa una serie di casi riguardanti il rimpatrio di richiedenti asilo dall'Olanda alla Grecia, cfr. *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, under Article 36, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights*, CommDH(2010)9, 10 Marzo 2010, in: <<https://wcd.coe.int>>. Hammarberg, in particolare, dopo le sue ultime visite compiute nel 2008 e nel Febbraio 2010, ha concluso che «*current asylum law and practice in Greece are not in compliance with international and European human rights standards*». Tale intervento oltre che per la rilevanza inerente al meccanismo di Dublino, costituisce nel suo genere il primo intervento di terzo promosso dal Commissario ai sensi dell'art. 36 par. 2 della CEDU, dopo l'entrata in vigore, il 1 Giugno 2010, del *Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il quale emenda il sistema di controllo della Convenzione*, STCE n. 194, aperto alla firma 13 Maggio 2004. A riguardo si veda per l'analisi sistematica, in senso critico, del sistema di tutela dei richiedenti asilo in Grecia, SKORDAS, SITAROPOULOS, *Why Greece is not a Safe Host Country for Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 16 (2004), n. 1, pp. 25 - 52.*

²⁵² Sulle vicende concernenti l'applicazione del Regolamento 'Dublino II' alla Grecia ed alla valenza umanitaria che potrebbe assumere sul piano della prassi la clausola di sovranità, cfr. in particolare MARCHEGIANI, *Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto Commissariato per i rifugiati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4 (2010), n. 2, pp. 452- 456; CELLAMARE, *In tema di limiti di carattere umanitario all'operare del Regolamento Dublino II*, in *Sud in Europa*, vol. X (2009), pp. 5-6.

²⁵³ Cfr. la recente sentenza del TAR della Regione Puglia (sez. di Lecce), sent. n. 1870 del 24 Giugno 2008, disponibile in: <www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Lecce/Sezione%203/2008/200800656/Provvedimenti/LE_200801870_SE.DOC>, contro il Ministero dell'Interno ed il Questore di Brindisi, per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento prot. n. 94574 del 15 Aprile 2008 di trasferimento in Grecia emesso dal Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Unità Dublino, ai sensi del Regolamento comunitario n. 343 del 2003, notificato al ricorrente dalla Questura di Brindisi il 29 Aprile 2008. Il Tribunale ha constatato che l'amministrazione competente, nel provvedimento impugnato, si era limitata a ritenere la Grecia come 'Paese sicuro', senza tenere in alcuna considerazione la nota dell'UNHCR che raccomandava il ricorso alla clausola di sovranità, al fine di sospendere l'applicazione del meccanismo di Dublino nei confronti della Grecia.

²⁵⁴ Cfr. in particolare il provvedimento d'urgenza con cui la Corte europea dei diritti umani, CEDH-LF2.2R, EDA/cbo, *M. c. Italie*, ricorso n. 55240/08, 18 Novembre 2008, ha ordinato all'Italia di sospendere, fino al 10 Dicembre 2008, l'espulsione di un richiedente asilo afgano verso la Grecia, indicata come Stato competente, poiché, dopo avere ricevuto la documentazione dalla Questura di Trento sulla domanda di asilo presentata dal cittadino afgano in data 17 Giugno 2008, l'Unità Dublino del Ministero dell'Interno aveva riscontrato nell'archivio 'EURODAC' una segnalazione delle impronte digitali da cui risultava il precedente ingresso irregolare in Grecia.

convenzionali. Rileva in proposito la recente sentenza della Corte europea del 21 Gennaio 2011 sul caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in cui la Grande Camera ha ritenuto responsabili della violazione degli artt. 3 e 13 CEDU i due Stati membri. In particolare, la Corte ha condannato il Belgio per l’applicazione ‘disinvolta’ del Regolamento ‘Dublino II’, ignorando le Raccomandazioni che l’UNHCR aveva trasmesso in data 2 Aprile 2009 in una lettera indirizzata al Ministro degli esteri, in quanto attraverso il trasferimento di un individuo di nazionalità afghana in Grecia, Paese competente, secondo il Regolamento, ad esaminare la domanda di asilo, “... *the Belgian authorities exposed the applicant to risks linked to the deficiencies in the asylum procedure in that State*²⁵⁵”, quali una detenzione arbitraria in condizioni inaccettabili, corrispondente a trattamento degradante, e atti di tortura perpetrati sistematicamente, da parte della polizia greca nel centro di detenzione adiacente all’aeroporto di Atene, come più volte evidenziato dal Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d’Europa²⁵⁶.

Nonostante il Regolamento ‘Dublino II’ presenti alcuni profili d’incompatibilità con i principali strumenti di protezione dei diritti dell’uomo, una novità interessante per lo sviluppo di un sistema europeo integrato di asilo riguarda la previsione della responsabilità degli Stati membri per i richiedenti asilo che si trovino nelle aree internazionali degli aeroporti²⁵⁷. Da questo punto di vista, il regolamento innova il diritto comunitario, poiché riesce ad aggirare l’ingiustificata prassi invalsa in numerosi Paesi, volta a negare la competenza delle autorità interne nelle aree ‘internazionali’ degli aeroporti²⁵⁸.

²⁵⁵ Cfr. CtEDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sent. del 21 Gennaio 2011, ricorso n. 30696/09. Nei par. 194-195 sono riportati gli estratti della lettera, da cui si apprende chiaramente che “*the UNHCR maintains its assessment of the Greek asylum system and the recommendations formulated in its position of April 2008, namely that Governments should refrain from transferring asylum seekers to Greece and take responsibility for examining the corresponding asylum applications themselves, in keeping with Article 3 § 2 of the Dublin Regulation*”.

²⁵⁶ CtEDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 163.

²⁵⁷ Cfr. Regolamento ‘Dublino II’, art. 12. In argomento si veda DUBOLINO, *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo*, cit., p. 842 ss.

²⁵⁸ Si sostiene infatti in GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 145 ss., che «*it is a fundamental principle of international law that every State enjoys prima facie exclusive authority over its territory and persons within its territory, and with that authority or jurisdiction goes responsibility. Thus, a State could hardly argue that it is not bound by international duties of protection with respect to diplomatic personnel, merely by reason of the fact of their location within an ‘international’ or transit area of an airport...This authority or jurisdiction, with its basis in customary international law, is amply confined by international treaties, such as the 1944 Chicago Convention and the 1982 Convention on the Law of the Sea*». In questa prospettiva il regolamento 343/2003 contadde anche la precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr. *Commissione c. Consiglio*, sent. del 12 Maggio 1998, n. causa C-170/96, in *Racc.* 1996, p. 1-2763, al punto 23, la Corte ha statuito che “...*per quanto riguarda l’entrata nel territorio di uno Stato membro attraverso l’aeroporto, tale autorizzazione a circolare significa che l’interessato è autorizzato a oltrepassare il posto di controllo di frontiera situato nella zona internazionale dell’aeroporto di questo Stato membro*”. Tale orientamento non è stato mantenuto riguardo alle merci, poiché in una sentenza successiva del 6 Aprile 2000 sul caso *The Polo/Lauren Company LP c. PT. Dwidua Langgeng Pratama Intemational*

Una valutazione complessiva del regolamento ‘Dublino II’ non può, dunque, prescindere da una considerazione relativa al bilanciamento tra gli aspetti innovativi e i profili limitativi nei confronti dei diritti umani e degli strumenti internazionali in materia²⁵⁹. Come primo strumento vincolante, il regolamento in esame conserva il vantaggio di costituire non tanto «un utile strumento di transizione²⁶⁰», ma anche la base per correggere gli aspetti deficitari in materia di protezione dei diritti fondamentali. Il Regolamento ‘Dublino II’ nel Preambolo dichiara, infatti, di rispettare “*i diritti fondamentali e osserva i principi che sono riconosciuti, segnatamente, dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*”²⁶¹. È, dunque, auspicabile che il diritto di asilo contemplato nell’art. 18 della Carta sia ritenuto come un criterio fondamentale per l’applicazione del regolamento in esame, con la possibilità che tale strumento possa essere sospeso nei rapporti con lo Stato membro che non assicuri il rispetto di tale diritto²⁶². A tal fine, l’applicazione della clausola di sovranità per motivi umanitari²⁶³ dovrebbe essere incoraggiata, in ottemperanza agli stessi auspici della Commissione, la cui proposta di modifica del Regolamento ‘Dublino II’ svincola dall’operatività della predetta clausola l’ipotesi di sospensione, su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione, del trasferimento di richiedenti asilo in un determinato Stato membro, dietro il timore

Freight Forwarders, causa n. C-383/98, in *Racc.* 2000, par. 34, la Corte stabilì che “*il transito esterno di merci non comunitarie non è un’attività estranea al mercato interno*”.

²⁵⁹ ROSSANO, *Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro ad esaminare la domanda di asilo*, cit., p. 377. Sul punto ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 164, nota addirittura che il regolamento 343/2003 costituisce un modello per gli Stati membri ai fini della restrizione del diritto di asilo, ispirando ad esempio l’approccio che connota la “*legge Bossi-Fini*”, Legge n. 189 del 30 Luglio 2002, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*, in *Suppl. ord. N. 173/L alla GURI serie generale*, n. 199 del 26 Agosto 2002. MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 55, osserva, inoltre, come il rischio risieda nell’instaurazione di un «meccanismo diretto a rendere il più difficile possibile l’ingresso nel territorio degli Stati membri, con la conseguenza che i richiedenti asilo non hanno altra possibilità che ricorrere a metodi d’ingresso illegali».

²⁶⁰ DUBOLINO, *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo*, cit., p. 845. Sul punto bisogna però evidenziare come la recente valutazione resa nel *Piano strategico sull’asilo* del 2008, par. 5.1.1., abbia confermato che “*gli obiettivi del sistema, in particolare l’attuazione di un meccanismo chiaro ed efficace per determinare lo Stato membro competente per le domande di asilo, sono stati in gran parte realizzati. Durante la consultazione, gli Stati membri si sono dichiarati ampiamente favorevoli al mantenimento del sistema attuale, pur riconoscendo la necessità di migliorarne alcuni aspetti*”. Tali aspetti tuttavia non recano comunque alcuna menzione della necessità di corroborare la tutela dei diritti umani parallelamente allo sviluppo di un efficace sistema di asilo comune.

²⁶¹ Cfr. Regolamento ‘Dublino II’, considerando n. 15.

²⁶² Cfr. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 683. Si veda anche ECRE, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe*, cit.

²⁶³ La Commissione, *Relazione sulla valutazione del Sistema di Dublino*, cit., p. 7, ha riscontrato, infatti, che “*gli Stati membri applicano la clausola di sovranità per ragioni diverse, che vanno da quelle umanitarie a quelle puramente pratiche*”, determinando una sospensione in via generale del trasferimento di richiedenti asilo, in considerazione di un’inadeguata attuazione degli obblighi in materia di diritti fondamentali.

che la situazione in cui versa quest’ultimo non risulti conforme agli standard europei di tutela²⁶⁴.

3.6.3. *Il sistema ‘EURODAC’ e la tutela dei dati personali dei richiedenti asilo.*

Il meccanismo per la determinazione dello Stato competente dell’esame di una domanda di asilo è stato completato, secondo gli auspici dello stesso Consiglio europeo di Tampere, dal “*sistema per l’identificazione dei richiedenti asilo (EURODAC)*”²⁶⁵. Istituito con il regolamento n. 2725 dell’11 Dicembre 2000²⁶⁶, EURODAC rappresenta il primo sistema informatizzato comune di identificazione automatica con una unità centrale, dotata di un archivio delle impronte digitali dei richiedenti asilo e di altre categorie di stranieri trasmesse dagli Stati membri e gestito dalla Commissione²⁶⁷.

Coerentemente con le procedure relative alla determinazione dello Stato responsabile dell’esame di una richiesta di asilo, il sistema EURODAC assolve la funzione di stabilire se il richiedente abbia già presentato domanda in un altro Stato membro.

²⁶⁴ Si veda Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide*, COM (2008)820 def., 3 Dicembre 2008. Sul punto cfr. MARCHEGIANI, *Regolamento Dublino II e clausola di sovranità*, cit., p. 452 ss.

²⁶⁵ Cfr. Consiglio europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, cit., par. 17. Lo stesso Regolamento ‘Dublino II’ in più punti richiama la necessità di garantire la coerenza con il sistema EURODAC, cfr., ad esempio, il considerando n. 10 del Preambolo.

²⁶⁶ Regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio dell’11 Dicembre 2000, *che istituisce l’«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l’efficace applicazione della convenzione di Dublino*, in GUUE n. L 316 del 15 Dicembre 2000, p. 1, [di seguito Regolamento “EURODAC”], completato dal regolamento di applicazione n. 407/2002 del Consiglio del 28 Febbraio 2002, *che definisce talune modalità di applicazione dl regolamento (CE) n. 2725/2000 che istituisce l’Eurodac per il confronto delle impronte digitali per l’efficace applicazione della Convenzione di Dublino*, in GUUE n. L 62 del 5 Marzo 2002, p. 1. Al sistema ‘EURODAC’ (acronimo di *European Dactyloscopie*) hanno chiesto di partecipare il Regno Unito e l’Irlanda, mentre la Danimarca ha concluso il 10 Maggio 2005 un accordo con la Comunità europea.

²⁶⁷ Sono tre le categorie di cittadini di Paesi terzi di cui devono essere rilevate le impronte digitali, oltre ai richiedenti asilo, i cui dati saranno conservati per un periodo di dieci anni, devono essere rilevate le impronte degli stranieri fermati in relazione all’attraversamento irregolare di una frontiera esterna dell’UE, i cui dati saranno conservati per due anni; infine, vengono acquisite le impronte dei cittadini extra-europei presenti irregolarmente nel territorio dell’UE, in questo caso la trasmissione delle impronte è facoltativa come lo stesso rilevamento e non hanno bisogno di mantenimento nel sistema EURODAC. In generale sul Regolamento ‘EURODAC’ si rinvia a SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 51 ss.; ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 165 ss.; MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 52 ss.; BROUWER, *Eurodac: Its Limitations and Temptations*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 4 (2002), n. 2, p. 236 ss.; TOUSSAINT, *Eurodac: un système informatisé européen de comparaison des empreintes digitales des demandeurs d’asile*, in *Revue du Marché Commun et de l’Union européenne*, 1999, n. 429, pp. 421-425.

Tale strumento per la delicata funzione che svolge deve necessariamente tutelare i diritti fondamentali del richiedente, assicurando un’adeguata garanzia di trattamento dei dati personali sensibili. Da questo punto di vista, si sottolinea che il regolamento si conforma alla CEDU e alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989²⁶⁸, inducendo parte della dottrina a valutare positivamente il sistema di protezione dei dati personali, contenuti nella banca ‘EURODAC’, conformando il trattamento dei dati dei richiedenti asilo alla disciplina più generale contenuta nella direttiva 95/46/CE²⁶⁹ sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. In un quadro più ampio e sistematico l’impostazione di detti strumenti normativi si richiama al principio codificato dal trattato di Amsterdam relativo all’obbligo per le istituzioni comunitarie di rispettare i dati personali come corollario del diritto al rispetto della vita privata²⁷⁰.

In linea con la disciplina contenuta nella direttiva 95/46/CE, pur prescindendo dal rispettivo consenso per il rilevamento delle impronte digitali, il regolamento EURODAC attribuisce al richiedente asilo alcuni diritti, quali il diritto di essere informato sull’identità del responsabile del trattamento e sulle finalità perseguite, ma anche sui destinatari dei dati, sull’esistenza di un obbligo di rilevare le impronte digitali e di un diritto di accesso e di rettifica²⁷¹. Nell’ottica della giustiziabilità di tali

²⁶⁸ Assemblea generale, *Convention on the Rights of the Child*, adottata il 20 Novembre 1989, UN Doc. A/RES/44/25. Il riferimento a tale strumento internazionale forse può costituire una scelta opportunistica per evitare l’innalzamento dell’età minima a 18 anni per i soggetti interessati nel rilevamento delle impronte digitali, il Parlamento europeo, infatti, più volte aveva proposto che non si accogliesse la soglia minima dei 14 anni, elevandola a 18.

²⁶⁹ Direttiva 95/46/CE, *relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati*, in GUUE n. L 281 del 23 Novembre 1995, p. 31. Si veda PALLARO, *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell’Unione europea*, Milano, 2002, p. 47 ss. Positiva è stata anche la posizione espressa dall’UNHCR, *Comments on the entry into force of the EURODAC system*, 15 Gennaio 2003, in *UNHCR Tool Boxes on EU Asylum Matters: Tool Box 2*, cit., p. 283, il quale «welcomes the specific safeguards included in the EURODAC system which should prevent that any personal data of the asylum -seeker may come to the attention of authorities in the country of origin...UNHCR moreover notes that the data stored in the EURODAC system do not include any personal details such as name, country of origin, or reasons for flight».

²⁷⁰ Tale principio era codificato nell’art. 286 TCE, introdotto dal trattato di Amsterdam, il cui disposto recitava che “*gli atti comunitari sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati si applicano alle istituzioni e agli organismi istituiti dal presente trattato o sulla base del medesimo*”. Tale disposizione è stata resa ancora più esplicita dalla riforma approvata a Lisbona: il testo del nuovo art. 16 par. 1 TFUE, confermando una previsione già insita nel trattato-Costituzione, riconosce che “*ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano*”, specificando al par. successivo che il Parlamento europeo ed il Consiglio “*stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione, nonché da parte degli Stati membri nell’esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell’Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati*”.

²⁷¹ Cfr. Regolamento ‘EURODAC’, art. 18 par. 1. Si tratta di diritti, la cui tutela i richiedenti asilo possono richiedere innanzi alle competenti autorità giudiziarie nazionali, ex art. 18 parr. 6 e 11.

diritti si inquadrano, inoltre, il diritto al risarcimento del danno da parte dello Stato membro responsabile, l’istituzione di autorità nazionali di controllo sulla legalità del trattamento e della trasmissione dei dati da parte dello Stato membro e il dovere di prestare assistenza e consulenza ai soggetti interessati²⁷².

Nonostante la particolare attenzione alla protezione dei dati dei richiedenti asilo, sembrano persistere alcuni aspetti deficitari sul piano dei diritti umani. I soggetti che hanno beneficiato dell’asilo hanno l’interesse a che i loro dati siano subito cancellati e non congelati per un periodo di dieci anni, durante il quale possono circolare su tutto il territorio dell’UE, sollevando alcune perplessità circa la salvaguardia della vita privata del richiedente²⁷³, la cui tutela ammette limitate compressioni, pressoché giustificate, secondo l’art. 8 par. 2 della stessa CEDU, solo se “*necessarie in una società democratica*”. Il sistema EURODAC ha risentito, pertanto, delle nuove misure di sicurezza introdotte a seguito delle vicende internazionali segnate dalla minaccia terroristica, che hanno comportato l’abbassamento della soglia di tutela dei dati personali²⁷⁴.

Se la previsione di una banca dati sul trattamento delle informazioni necessarie per l’accertamento della procedura sottesa a una richiesta di asilo risulta adeguata, essa deve essere, comunque, funzionale ai diritti del richiedente e non tanto alla sicurezza degli Stati, per tale motivo è fondamentale un’attività di monitoraggio che riduca al minimo la probabilità di errori implicanti un uso diversificato dei dati registrati, che «possono causare conseguenze particolarmente serie, sia per l’ampiezza del sistema, sia per la situazione politica delle categorie di soggetti prese in considerazione²⁷⁵».

3.6.4. *Accoglienza dei richiedenti asilo e determinazione della protezione internazionale: tra innovazioni e regime internazionale classico.*

Gli aspetti che maggiormente marcano le differenze tra il regime internazionale e lo sviluppo di un sistema europeo comune di asilo riguardano gli

²⁷² Cfr. “Regolamento ‘EURODAC’”, art. 17 e art. 18 parr. 9 e 10 e art. 19.

²⁷³ Si veda BROUWER, *Eurodac: Its Limitations and Temptations*, cit., p. 236 ss.; PALLARO, *op. cit.*, p. 316 ss. Si veda, inoltre la relazione del 2004 presentata al Parlamento italiano dal Garante per la protezione dei dati personali, *L’attuazione del Codice nel quadro della Costituzione per l’Europa*, 9 Maggio 2005, p. 153 ss., disponibile in: <www.garanteprivacy.it/garante/document?ID=1093820>.

²⁷⁴ BROUWER, *Eurodac: Its Limitations and Temptations*, cit., p. 246, ha, ad esempio osservato che EURODAC rappresentava «*an everlasting temptation to enlarge its use for other goals*». A riguardo come ha riportato MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 53, il governo tedesco aveva ipotizzato l’utilizzo del sistema per agevolare le indagini di polizia, cfr. Consiglio Giustizia e Affari interni, *German delegation proposal for a Council statement*, 27 Settembre 2001, doc. SN 4038/01, disponibile in: <www.statewatch.org/news/2001/nov/sn4038.pdf>. Sul punto si veda anche l’analisi di BROUWER, *Immigration, Asylum and Terrorism: A Changing Dynamic Legal and Practical Developments in the EU in Response to the Terrorist Attacks of 11.09*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 4 (2002), n. 4, pp. 399 – 424.

²⁷⁵ MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 53.

strumenti di armonizzazione minima, costituiti dalle direttive adottate sulla base dell’art. 63 TCE in attuazione del programma di Tampere. La direttiva sull’accoglienza dei richiedenti asilo e quella sulla qualifica di rifugiato, completate dalla direttiva sulla ‘protezione temporanea’, affrontano, infatti, aspetti che permettono di valutare la compatibilità del sistema regionale comunitario con il diritto internazionale.

Considerata la vocazione tendenzialmente protezionistica dell’UE in tema di ammissione degli stranieri²⁷⁶, anche se meritevoli di protezione, la legislazione comunitaria in vigore non ha inteso accogliere un diritto fondamentale dell’individuo all’asilo e ciò è confermato da due fattori, rapportabili alla deferenza agli aspetti più restrittivi contenuti nella Convenzione di Ginevra del 1951 e all’ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri circa le misure di accoglienza dei richiedenti asilo.

3.6.4.a. Definizione delle condizioni di accoglienza e protezione dei diritti umani.

Il profilo relativo all’accoglienza dei richiedenti asilo è disciplinato dalla direttiva 2003/9/CE del 27 Gennaio 2003²⁷⁷, che risponde anch’essa all’esigenza di evitare il fenomeno dell’*asylum shopping* e assume come parametri di riferimento il sistema di protezione dei diritti dell’uomo, corroborato nel contesto europeo dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali, di cui si richiama l’art. 18 sul diritto di asilo²⁷⁸.

²⁷⁶ In proposito ALBRECHT, *Fortress Europe?*, cit., p. 21, ha correttamente descritto l’UE come una ‘fortezza’ che «*certainly is not the traditional fortress we usually think of when talking about fortresses – with tall walls and powerful towers – but it is a fortress that is made out of internal and soft controls on the one hand and a certain amount of hardware to detect and identify intruders at the borders on the other hand. Finally, the fortress consists also of a mixture of normative concepts made out of laws and political programmes as well as factual concepts set up to prevent unwanted immigration*».

²⁷⁷ Cfr. Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 Gennaio 2003 recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, in GUUE n. L 31 del 6 Febbraio 2003, p. 18, [di seguito ‘Direttiva Accoglienza’]. Gli Stati membri destinatari dovevano recepire le disposizioni della Direttiva entro il 6 Febbraio 2005, l’Italia ha adottato, a tal uopo, il D. Lgs. n. 140 del 30 Maggio 2005, in GURI n. 168 del 21 Luglio 2005. In proposito, ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 181, ha riscontrato che «nel caso della direttiva 2003/9/CE, gli obblighi incombenti sugli Stati membri hanno conosciuto una profonda modificazione nel passaggio dalla proposta al testo definitivo», enfatizzando un notevole approccio restrittivo nei confronti dei richiedenti asilo. Sull’elaborazione della direttiva, si rinvia a HANDOLL, *Receptions Conditions of Asylum Seekers*, in URBANO DE SOUSA, DE BRUYCKER (eds.), *op. cit.*, pp. 113–148, e più recentemente *Directive 2003/9 on Reception Conditions of Asylum Seekers: Ensuring ‘Mere Subsistence’ or a ‘Dignified Standard of Living’*, in BALDACCINI, GUILD, TONER (eds.), *op. cit.*, pp. 195–228. Si veda anche PLENDER, *EU Immigration and Asylum Policy – The Hague Programme and the Way Forward*, in *ERA Forum*, vol. 9 (2008), pp. 301–325; SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 52 ss.; MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, cit., p. 337 ss.

²⁷⁸ Cfr. Direttiva 2003/9/CE, Preambolo, *consideranda* nn. 5 e 6.

Nonostante l’obiettivo della Direttiva riguardi l’adozione di “*norme minime in materia di accoglienza dei richiedenti asilo che siano normalmente sufficienti a garantire loro un livello di vita dignitoso e condizioni di vita analoghe in tutti gli Stati membri*”, al fine di “*limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo dovuti alle varietà delle condizioni di accoglienza*”²⁷⁹, tali aspetti teleologici risentono di un’impostazione approssimativa che prefigura una «armonizzazione al ribasso» rispetto agli standard di tutela garantiti da alcuni Stati membri²⁸⁰.

La portata sostanziale della Direttiva 2003/9/CE è costituita dalla serie di benefici riconosciuti ai richiedenti asilo, i quali sono informati, “*in una lingua che è ragionevole presumere che il richiedente asilo comprenda*”²⁸¹. Tuttavia, nel contesto europeo in cui particolare enfasi è stata assegnata alla possibilità del cittadino di comunicare con le istituzioni ed ottenere risposta nella propria lingua, risulta inadeguata anche sul piano della stessa formulazione giuridica, la previsione che il richiedente asilo possa ottenere informazioni in una lingua che soltanto ‘si presuma’ che possa comprendere²⁸².

Al richiedente asilo è esteso, inoltre, il diritto di libera circolazione nel territorio dello Stato membro ospitante, anche se la possibilità che possa essere limitato solo alla zona ‘assegnatagli’, ha destato le preoccupazioni dell’UNHCR, il quale ha ribadito la necessità di mantenere un approccio sensibile al principio dell’unità familiare e al rispetto della vita privata²⁸³. Il rispetto per la dignità umana, la vita privata e la non discriminazione dei richiedenti asilo costituisce anche un parametro che, come ha ravvisato l’UNHCR, deve limitare l’azione degli Stati membri per quanto concerne gli esami medici e l’educazione dei minori, che, se impartita nei centro di accoglienza, potrebbe determinare casi di

²⁷⁹ Cfr. rispettivamente *consideranda* nn. 7 e 8.

²⁸⁰ Lo stesso UNHCR nella sua posizione relativa alla ‘Direttiva Accoglienza’, *Minimum Standards for Reception Conditions of Asylum Seekers – Summary of UNHCR comments*, in *UNHCR Tool Boxes on EU Asylum Matters: Tool Box 2*, cit., p. 202, ha affermato che «*there are some provisions which are vaguely worded, allowing Member States too much room for interpretation*».

²⁸¹ L’art. 5 par. 1 della Direttiva 2003/9/CE codifica un obbligo d’informazione dei richiedenti asilo limitato ad un “*un termine ragionevole non superiore a quindici giorni dopo la presentazione della domanda alle autorità competenti*”. L’ECRE, *Information Note (n. 63) on the Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers*, IN1/06/2003/EXT/HM, 2003, ha ritenuto inadeguato il termine di 15 giorni, sostenendo che il richiedente asilo fosse invece informato “*immediately*”.

²⁸² L’UNHCR, *Annotated comments on Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers*, in *UNHCR Tool Boxes on EU Asylum Matters: Tool Box 2*, cit., p. 222, ha in proposito considerato «*necessary to provide information to an asylum-seekers in a language he or she understands*».

²⁸³ *Ivi*, p. 224, l’UNHCR ha sottolineato l’importanza di tenere in debito conto alcuni fattori che possono favorire l’integrazione del richiedente asilo e la fruizione di alcuni servizi volti a facilitare l’inserimento nella comunità territoriale. Con riferimento al principio dell’unità familiare, l’art. 8 della Direttiva dispone che: “*quando provvedono ad alloggiare il richiedente asilo, gli Stati membri adottano misure idonee a mantenere nella misura del possibile l’unità del nucleo familiare presente nel loro territorio.*”

marginalizzazione²⁸⁴. Si auspica, dunque, che la formula dell’art. 10 della direttiva possa tradursi nell’impegno degli Stati membri a favorire l’accesso al sistema educativo pubblico e a prestabilire programmi d’integrazione linguistica e di formazione professionale²⁸⁵. A tal fine, appare anche opportuna la possibilità che gli Stati membri, decorsi sei mesi dalla presentazione della richiesta di asilo, consentano l’inserimento del richiedente nel mercato del lavoro, anche perché spesso alcuni individui dispongono già di competenze che possono essere impiegate in campo lavorativo²⁸⁶.

Rilevanti sono, infine, le disposizioni sulle condizioni materiali di accoglienza, quali l’alloggio, il vitto e l’assistenza sanitaria, che costituiscono «la base perché qualsiasi altro diritto possa essere esercitato²⁸⁷», dirette a garantire una qualità della vita adeguata nel rispetto della dignità dell’individuo. Non vi è, tuttavia, una piena corrispondenza con il sistema di protezione internazionale dei diritti umani almeno secondo un triplice profilo.

Anzitutto, nonostante l’originaria proposta della Commissione²⁸⁸, la direttiva non ha recepito l’obbligo, contenuto nel *Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali*²⁸⁹, di garantire all’individuo “un livello di vita adeguato per sé e per la loro famiglia”.

Desta, inoltre, perplessità la garanzia delle condizioni di accoglienza, in caso di trattenimento o detenzione del richiedente asilo, come evidenziato dal recente Libro

²⁸⁴ L’UNHCR, *Annotated comments on Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003*, cit., p. 224 ss., ha, ad esempio, raccomandato che non si imponesse l’obbligo di sottoporsi all’esame per l’HIV.

²⁸⁵ *Ibid.* L’UNHCR afferma che «*all asylum-seekers should be entitled to basic training in the language of the Member State, since knowledge of the language may facilitate good relations with the local population*». In dottrina, in senso critico cfr. SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., p. 246.

²⁸⁶ La mancanza di un obbligo in tal senso per gli Stati membri è stata, infatti, criticata dall’UNHCR, *Annotated comments on Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003*, cit., p. 225.

²⁸⁷ NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 8. Si veda anche PLENDER, *EU Immigration and Asylum Policy*, cit. p. 309 ss. Le disposizioni relative alle condizioni materiali dell’accoglienza sono contenute nell’art. 13 della Direttiva 2003/9/CE, in cui si stabilisce che:

“1. Gli Stati membri provvedono a che i richiedenti asilo abbiano accesso alle condizioni materiali d’accoglienza nel momento in cui presentano la domanda di asilo. 2. Gli Stati membri adottano disposizioni relative alle condizioni materiali di accoglienza che garantiscano una qualità di vita adeguata per la salute ed il sostentamento dei richiedenti asilo”.

²⁸⁸ Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, COM (2001) 181 def., 2001/0091 (CNS), 3 Aprile 2001, in particolare cfr. art. 15.

²⁸⁹ Cfr. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, adottato dall’Assemblea generale, Risoluzione 2200 A (XXI) del 16 Dicembre 1966, entrato in vigore il 3 Gennaio 1976, in *UN Treaty Series*, vol. 993, p. 3, art. 11 par. 1, in cui si riconosce “il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la loro famiglia, che includa un’alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita”, specificando che “gli Stati parti prenderanno misure idonee ad assicurare l’attuazione di questo diritto, e riconoscono a tal fine l’importanza essenziale della cooperazione internazionale, basata sul libero consenso”.

Verde della Commissione²⁹⁰. Rileva, in tale ambito, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo sul caso *Saadi c. Regno Unito*, in cui, inquadrando la facoltà di disporre misure detentive da parte dello Stato, come ‘corollario’ del principio della sovranità territoriale, la Corte ha indicato nell’arbitrarietà l’unico limite che incontrerebbe l’autorità nazionale nella limitazione della libertà personale di un individuo, senza tuttavia distinguere il carattere umanitario della richiesta di asilo di un individuo dal semplice ingresso irregolare del migrante²⁹¹. La deroga alle motivazioni di natura umanitaria che connotano tradizionalmente il diritto di asilo, potrebbe comportare non solo una confusione ma anche un preponderante recupero della sovranità degli Stati se lo sviluppo di un sistema europeo di asilo dovesse recepire l’orientamento segnato dalla Corte di Strasburgo.

Infine, un aspetto controverso riguardo alla tutela dei diritti umani, si riscontra nel carattere relativo e non assoluto delle garanzie materiali, suscettibili, secondo la stessa direttiva, di essere soggette a limitazione o revoca, come sanzione per non aver ottemperato a eventuali adempimenti, quale l’obbligo di informare l’autorità competente degli eventuali spostamenti. Si ritiene che tale previsione contrasti con il principio in base a cui “*the core content of human rights applies to everyone in all situations*”²⁹².

²⁹⁰ Cfr. Commissione europea, *Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo*, cit., p. 5, in cui si sottolineano le gravi difficoltà che sono emerse riguardo all’applicabilità della direttiva ai centri di detenzione e “*l’applicazione generale di misure detentive ai richiedenti asilo, dato che misure del genere impediscono l’effettivo godimento dei diritti garantiti dalla direttiva*”. Sul punto si veda NASCIBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 9. Per una ricostruzione della tematica della detenzione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale si veda GOODWIN-GILL, *International Law and the Detention of Refugees and Asylum Seekers*, in *International Migration Review*, vol. 20 (1986), n. 2, pp. 193–219. Sulla prassi europea si veda ampiamente BADAR, *Asylum Seekers and the European Union*, cit., p. 159 ss.

²⁹¹ La Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), *Saadi c. Regno Unito*, sent. del 29 Gennaio 2008, ricorso n. 13229/03, ha escluso che non vi era arbitrarietà nelle misure di detenzione applicate dalle autorità, affermando che “*...the national authorities acted in good faith in detaining the applicant. Indeed the policy behind the creation of the Oakington regime was generally to benefit asylum seekers...Moreover, since the purpose of the deprivation of liberty was to enable the authorities quickly and efficiently to determine the applicant’s claim to asylum, his detention was closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry*”. Per alcune osservazioni sul caso in esame cfr. OCELLO, *La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 14 (2009), n. 4, p. 87 ss. Per più ampi riferimenti si rinvia a PERTILE, *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhievya*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4 (2010), n. 2, pp. 457-462.

²⁹² Si tratta delle condizioni contemplate dall’art. 16 della direttiva. In proposito l’UNHCR, *Annotated comments on Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003*, cit., p. 231, ha osservato che “*the core content of human rights applies to everyone in all situations, including asylum-seekers who may have infringed specific regulations in relation to the processing of their claims. Measures to reduce or withhold reception conditions may also affect the applicant’s family members, including children, and may be inconsistent with the provisions of the Convention on the Rights of Child*». Lo stesso Parlamento europeo più recentemente, deplorando varie carenze relative al livello delle condizioni di accoglienza, dovute soprattutto al fatto che la Direttiva 2003/9/CE lascia agli Stati

3.6.4.b. Il diritto di asilo e la definizione dello status di rifugiato nell’UE.

Lo strumento normativo capace di attestare più specificamente la compatibilità del sistema europeo di asilo con il regime internazionale attiene, comunque, alla definizione delle categorie di beneficiari della protezione internazionale ed ai requisiti personali necessari affinché tale protezione possa essere concessa. Rileva, in questo senso, la direttiva 2004/83/CE del 29 Aprile 2004 sulla qualifica di rifugiato che costituisce anche il primo strumento «to aim to harmonise complementary protection, in the Directive’s terms “subsidiary protection”²⁹³».

membri ampia discrezionalità relativamente alla definizione delle condizioni di accoglienza, nella *Risoluzione sull’attuazione nell’Unione europea della direttiva 2003/9/CE sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati: visite della commissione LIBE dal 2005 al 2008* (2008/2235(INI), 5 Febbraio 2009, in GUUE n. 67 E/94 del 10 Marzo 2010, “ritiene che le condizioni di accoglienza di base, quali il vitto, l’alloggio e l’assistenza sanitaria d’urgenza non dovrebbero mai essere negate, in quanto una siffatta negazione potrebbe costituire una violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo”, ed “esorta la Commissione a ricordare agli Stati membri che il rifiuto o la revisione verso il basso delle condizioni di accoglienza per motivi non inclusi nella «direttiva Accoglienza» sono o dovrebbero essere severamente vietate”. Come ravvisato in dottrina, cfr. ROGERS, *Minimum Standards for Reception*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 3 (2002), pp. 215-230, comunque, la previsione di condizioni elevate di accoglienza dei richiedenti asilo dipende dalla volontà degli Stati di adeguare le rispettive politiche sociali, settore da sempre custodito gelosamente. Uno studio dalla RESEAU ACADEMIQUE D’ÉTUDES JURIDIQUES SUR L’IMMIGRATION ET L’ASILE EN EUROPE, *Comparative overview of the implementation of the Directive 2003/9 of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers in the EU member States*, 2007, disponibile in: <http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/asylum/studies/docs/odysseus_synthesis_report_2007_en.pdf>, dal quale si apprende come siano state introdotte disposizioni più favorevoli rispetto a quelle precedenti l’adozione della Direttiva ‘Accoglienza’ in tutti gli Stati membri, ad eccezione di Austria e Regno Unito, in cui si riscontra l’introduzione di disposizioni potenzialmente peggiorative.

²⁹³ PLENDER, *EU Immigration and Asylum Policy*, cit. p. 309 ss., enfatizza in questi termini la peculiarità ‘regionale’ della Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 Aprile 2004, *recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, in GUUE n. L. 304 del 30 Settembre 2004, p. 12 ss., [nota come ‘Direttiva Qualifiche’]. Il limite per il recepimento della direttiva era fissato al 10 Ottobre 2006, l’Italia si è conformata a tale strumento con D. Lgs. n. 257 del 19 Novembre 2007, in GURI n. 9 dell’11 Gennaio 2008. Sulla portata della Direttiva ‘Qualifiche’ si veda: ALLARD, *Casualties of Disharmony*, cit., p. 307 ss.; ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 677 ss.; EL-ENANY, *Who is the New European Refugee?*, in *European Law Review*, vol. 33 (2008), n. 3, pp. 313–335; ERRERA, *La directive européenne du 29 Avril 2004 sur le statut de réfugié, la protection internationale et les garanties continues dans la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, (2008), n. 74, pp. 346–381; FERRERO, *Asilo politico, status di rifugiato, misure di protezione sussidiaria e protezione temporanea*, in MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2008, pp. 295-325; STOREY, *EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20 (2008) n. 1, pp. 1-49; GIL-BAZO, *Refugee Status and Subsidiary Protection under EC Law: The Qualificatin Directive and the Right to Be Granted Asylum*, in BALDACCINI, GUILD, TONER (eds.), *op. cit.*, pp. 229 –264; SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 57 ss.; ZWAAN (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2007; BATTJES, *op. cit.*, p. 219 ss.; LAMBERT, *The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), pp. 161–192, la quale conferma che sul piano del diritto

Quanto alla portata sostanziale, la direttiva innova il diritto internazionale²⁹⁴, superando la nozione di rifugiato, contenuta nell’art. 1 (A) 2 della Convenzione di Ginevra del 1951, e soppiantando la criticata *Posizione comune del 1996, relativa all’applicazione armonizzata della definizione del termine «rifugiato»*²⁹⁵. L’UE in questo senso rappresenta un’incubatrice di sviluppo per la stessa regolamentazione internazionale del diritto di asilo. Gli Stati membri, infatti, hanno costantemente gestito l’afflusso di rifugiati provenienti dal bacino del Mediterraneo per cause di tipo economico, per l’instabilità politica tipica dei Paesi di origine, per catastrofi naturali o per situazioni di guerra civile o disordine interno. Si tratta di una categoria estremamente variegata di rifugiati che esula dalla ristretta accezione, sottesa alla Convenzione di Ginevra del 1951, e solleva il problema reattivo al tipo di protezione da garantire, in particolare se essa deva ritenersi compatibile soltanto con l’obbligo del *non-refoulement* o più in generale con il complessivo sistema di tutela dei rifugiati.

La soluzione prospettata dalla direttiva 2004/83/CE risulta innovativa, in quanto elabora un concetto di ‘protezione internazionale’ riconducibile a due diverse condizioni giuridiche. Anzitutto, si introduce l’istituto della protezione sussidiaria, volta ad accogliere una definizione di rifugiato *lato sensu*, che non include soltanto i soggetti che alla lettera della Convenzione di Ginevra dimostrano un fondato motivo di essere perseguitati per motivi religiosi, razziali, politici, di nazionalità o appartenenza ad un gruppo sociale, ma, in sintonia con la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, interessa anche gli individui che, pur non possedendo i requisiti per essere riconosciuti come rifugiati, nei loro riguardi “*sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno*”²⁹⁶.

internazionale «*the Qualification Directive is unquestionably the most important instrument in the new legal order in European Asylum because it goes to the heart of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*»; TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, cit., p. 1520 ss.; ZAGATO, *Le competenze dell’UE in materia di asilo*, cit., p. 174 ss.; MCADAM, *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), pp. 461–516; GILBERT, *Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?*, in *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), n. 5, pp. 963–987.

²⁹⁴ Come nota MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 57, «l’esigenza di un simile strumento comunitario è da tempo impellente, soprattutto perché la Convenzione di Ginevra è rimasta estranea agli sviluppi che la nozione di rifugiato ha subito parallelamente all’evolversi, qualitativo e quantitativo, del fenomeno stesso nei tempi più recenti».

²⁹⁵ *Supra* nt. 78.

²⁹⁶ In questi termini, l’art. 2 lett. e) della Direttiva ‘Qualifiche’ definisce la “*persona ammissibile alla protezione sussidiaria*”. Sebbene, come nota BATTJES, *op. cit.*, p. 220, «*neither the Qualification Directive, nor any other CEAS instrument, identifies the European Convention of Human Rights...as relevant for qualification for subsidiary protection*», nel Memorandum esplicativo della Direttiva in esame si concepiscono come fondamento della nozione di protezione sussidiaria gli strumenti internazionali preposti alla tutela dei diritti dell’uomo, tra cui la CEDU, la Convenzione contro la

Con riferimento alla nozione di rifugiato, la direttiva comunitaria innova il diritto internazionale, espandendo il concetto di persecuzione, quale criterio per l’attribuzione della ‘protezione internazionale’. Contrariamente al regime internazionale che non codifica una definizione oggettiva di ‘persecuzione’, la ‘Direttiva Qualifiche’ presenta una meticolosa specificazione del concetto²⁹⁷. Nella misura in cui tutte le azioni che presentano un livello minimo di gravità, tale da pregiudicare l’esercizio dei diritti umani fondamentali, assoluti ed inderogabili, prefigurino una persecuzione, vengono riportate entro tale categoria anche quegli atti discriminatori che, sebbene isolatamente non sarebbero idonei a costituire la manifestazione di una condotta persecutoria, qualora fossero ripetuti potrebbero essere motivo di una richiesta di asilo. Inoltre, si specifica che la persecuzione può essere perpetrata tramite provvedimenti amministrativi, legislativi o giudiziari, che mascherano fini persecutori.

Questa esplicazione particolareggiata di cosa si debba intendere per ‘atti persecutori’ ha permesso di espandere anche la nozione di responsabile della persecuzione (*agent of persecution*), che non è costituito, come nella Convenzione di Ginevra, dai soli attori statali, ma, in ossequio al principio dell’irrelevanza della fonte di persecuzione²⁹⁸, include anche le attività degli attori non statali, quali “*i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio*” o altre entità contro cui lo Stato non può o non vuole offrire effettiva protezione²⁹⁹.

tortura e il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici. In questo senso la definizione contenuta nell’art. 2 lett. e) risulta un ibrido tra il divieto di espulsione come codificato nella CEDU e la definizione di rifugiato accolta dalla Direttiva. Si veda anche GIL-BAZO, *Refugee Status and Subsidiary Protection under EC Law*, cit., pp. 240-241, GOODWIN-GILL, *Asylum: The Law and Politics of Change*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), n. 1, pp. 1-18.

²⁹⁷ L’art. 9 par. 1 della Direttiva ‘Qualifiche’, per la cui dettagliata analisi si rinvia per tutti a BATTJES, *op. cit.*, p. 232 ss., definisce persecutori gli atti che sono “*gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa...*”, oppure che costituiscono “*...la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona*” una violazione grave dei diritti umani fondamentali, disponendo al par. 2 un elenco non esaustivo di atti che prefigurano una condotta persecutoria, la quale può, dunque, assumere la forma di: “*a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia e/o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; d) rifiuto di accesso ai mezzi di ricorso giuridici e conseguente azione sproporzionata o discriminatoria; e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza al rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo comporterebbe la commissione di crimini, reati o atti che rientrano nelle clausole di esclusione di cui all’articolo 12, paragrafo 2; f) atti specificamente diretti contro un sesso o contro l’infanzia*”.

²⁹⁸ Sul punto MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 59, osserva che «tale posizione deve essere valutata generalmente in maniera positiva, perché amplia notevolmente il novero delle fattispecie che potranno essere ricomprese nello status di rifugiato, rispondendo alle esigenze di maggiore tutela dei diritti dell’uomo».

²⁹⁹ Tale definizione dei “*Responsabili della persecuzione o del danno grave*”, come specificato nell’art. 6 della direttiva, includerebbe quei soggetti che non godono sul piano internazionale di una

Anche con riferimento ai soggetti giuridici che possono garantire la protezione internazionale, l’art. 7 della direttiva indica non solo lo Stato, ma anche “*partiti o organizzazioni, comprese le organizzazioni internazionali, che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio*”. Su tale disposizione, prassi giurisprudenziale e dottrina sembrano però piuttosto critiche, ritenendo che la protezione fornita da uno Stato non è affatto equiparabile, ad esempio, a quella di un’organizzazione internazionale, che, come nel caso del Kosovo, è chiamata ad amministrare temporaneamente il territorio. Dalla stessa giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani si può ragionevolmente presumere che simili entità non possono essere sostitutive della sovranità territoriale³⁰⁰.

La ‘Direttiva Qualifiche’ disciplina anche le ipotesi di cessazione dello status di rifugiato, recuperando sostanzialmente la disciplina contenuta nella Convenzione di Ginevra³⁰¹. In merito alla perdita dello status di rifugiato si è recentemente pronunciata la Corte di giustizia dell’UE nella sentenza del 2 Marzo 2010 sulle cause riunite *Abdulla e altri*³⁰², in cui i giudici di Lussemburgo, interpretando la Direttiva 2004/83/CE, hanno affermato che una persona perde lo status di rifugiato quando si verifica un cambiamento significativo e non temporaneo delle circostanze nel Paese terzo interessato, quando vengano meno le circostanze alla base del fondato timore della persona stessa di essere perseguitata a causa di uno dei motivi per i quali essa è stata riconosciuta come rifugiata e quando non sussiste altro timore di persecuzione. La Corte, in particolare, opera una comparazione tra cause di cessazione dello status e motivi per cui si riconosce lo status di rifugiato, evidenziando che si tratta di situazioni differenti, ispirate, tuttavia, alla stessa necessità di garantire la più ampia protezione possibile al singolo³⁰³. Il giudice *a quo*

pienza soggettività, come i movimenti di liberazione nazionale, o anche gli insorti. Si tratta di attori che la dottrina ha inteso definire come autorità *de facto*, includendo, come nota TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, cit., p. 1525 ss., sia le ipotesi di sostituzione dell’autorità *de facto* a quella legittima, come nel caso della Liberia nel 1991, sia i casi di ‘coesistenza antagonista’ tra i due tipi di autorità, come di solito avviene in situazione di occupazione militare. Cfr. ALLARD, *Casualties of Disharmony*, cit., p. 317 ss.

³⁰⁰ Si veda in particolare la sent. del 29 Aprile 1997 sul caso *H.L.R. c. Francia*, ricorso n. 24573/94, in *Racc.* 1997-III, par. 40, richiamata nella causa *Ammari c. Svezia*, sent. del 22 Ottobre 2002, ricorso n. 60959/00. Con riferimento alla missione dell’ONU in Kosovo (UNMIK), la Corte europea per i diritti dell’uomo giunge a conclusioni analoghe relativamente al caso *Sadeta Muratovic c. Danimarca*, sent. del 19 Febbraio 2004, ricorso n. 14513/03. In argomento BATTJES, *op. cit.*, p. 247 ss., osserva che «*only authorities of the receiving State are capable of offering protection from ill-treatment by third parties*».

³⁰¹ Cfr. art. 11 della direttiva 2004/83/CE, in cui si distinguono cause volontarie di cessazione dello status coincidenti con il riacquisto della protezione nazionale dello Stato di origine, o cause involontarie giustificate con il mutamento oggettivo delle circostanze nello Stato di origine.

³⁰² CGUE, *Aydin Salabadin Abdulla e altri*, cit., *supra* nt. 4.

³⁰³ *Ibid.*, par. 34 ss. Il caso concerneva una controversia che opponeva un gruppo di cittadini iracheni al Ministero degli Interni tedesco, relativamente alla revoca da parte di quest’ultimo dello status di rifugiati, a seguito della recente evoluzione della situazione in Iraq che avrebbe fatto venire meno i rischi di persecuzione politica alla base delle richieste di asilo avanzate in Germania. In

tedesco, in particolare aveva sollevato delle questioni interpretative relativamente al concetto di persecuzione illustrato dalla ‘Direttiva Qualifiche’. La Corte di Lussemburgo, ha, a tal fine, rilevato che *“una persona perde lo status di rifugiato quando, considerato un cambiamento delle circostanze avente un carattere significativo e una natura non temporanea, occorso nel paese terzo interessato, vengano meno le circostanze alla base del fondato timore della persona stessa di essere perseguitata”*³⁰⁴. A tal riguardo, la Corte sottolinea la natura autonoma dell’istituto della protezione sussidiaria, stabilendo che *“nel sistema della direttiva l’eventuale cessazione dello status di rifugiato avviene senza incidere sul diritto della persona interessata di chiedere il riconoscimento dello status conferito dalla protezione sussidiaria”*³⁰⁵. La sentenza è significativa non solo per i toni con i quali sembra riconoscere un diritto soggettivo dell’individuo a chiedere ed avere accesso alle forme di protezione elaborate dal diritto dell’UE, ma anche perché è l’unico caso in cui tra la normativa rilevante sulla questione viene richiamato l’art. 18 sul diritto di asilo, contenuto nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

La direttiva conferma, infine, la causa di esclusione dello status di rifugiato, accolta dai principali strumenti internazionali, nei confronti di quelle categorie di individui, che si siano resi colpevoli di crimini internazionali o attentino alla sicurezza di uno Stato³⁰⁶. La questione risulta attualmente problematica sul piano della tutela dei diritti umani, in quanto sebbene tali categorie di individui non possano ottenere la protezione sottesa alla concessione dell’asilo, d’altra parte, in ottemperanza agli obblighi discendenti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, non possono essere allontanati verso Paesi in cui rischino la vita,

seguito ai detti procedimenti, l’Ufficio federale per l’immigrazione e i rifugiati, ha effettivamente revocato lo status con decisioni adottate fra Gennaio e Agosto 2005, successivamente annullate a loro volta da sentenze dei giudici amministrativi competenti, i quali hanno affermato che, tenuto conto della situazione estremamente instabile esistente in Iraq, non si poteva concludere che avesse avuto luogo un cambiamento duraturo e stabile della situazione, tale da giustificare la revoca dello status di rifugiati. Aditi con impugnazione della Repubblica federale di Germania, i giudici amministrativi superiori competenti, con sentenze emesse nei mesi di Marzo e Agosto 2006, hanno annullato le pronunce di primo grado e respinto i ricorsi di annullamento avverso le decisioni di revoca. I ricorrenti nelle cause principali hanno proposto ricorsi in «Revision» (ricorso per cassazione) dinanzi al *Bundesverwaltungsgericht* (Corte amministrativa federale), il quale ha deciso di sospendere il procedimento e rinviare alla Corte di Lussemburgo.

³⁰⁴ Cfr. CGUE, *Aydin Salabadin Abdulla e altri*, cit., par. 76, alinea 1.

³⁰⁵ *Ibid.*, par. 80.

³⁰⁶ Cfr. art. 12 par. 2, il quale esclude lo status di rifugiato per chi abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l’umanità, o abbia commesso al di fuori del Paese di accoglienza un reato grave di diritto comune prima di essere ammesso come rifugiato, o che si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite. A queste categorie d’individui, l’art. 14 rispettivamente al par. 3 lett. b) e al par. 4 equipara chiunque abbia ottenuto lo status di rifugiato in modo fraudolento o attentati alla sicurezza dello Stato.

in quanto, ad esempio, condannati alla pena capitale, rimanendo, pertanto, in una ‘sorta di limbo giuridico’, senza una specifica tutela³⁰⁷.

La questione è stata affrontata recentemente dalla settesima Corte di Giustizia comunitaria nella sentenza del 9 Novembre 2010 sulle cause riunite *Bundesrepublik Deutschland c. B e D*³⁰⁸. Nel caso in esame la Corte era stata chiamata a pronunciarsi, su rinvio del giudice tedesco, circa l’interpretazione della causa di esclusione dallo status di rifugiato sottesa all’art. 12 par. 2 lett. b) della ‘Direttiva Qualifiche’, nei confronti di individuo, qualora questi fosse membro di un gruppo incluso nella lista europea delle organizzazioni sospettate di terrorismo³⁰⁹. La Corte, affrontando quell’esigenza di bilanciamento tra tutela della sicurezza nazionale e protezione dei diritti umani, con cui più volte è stata chiamata a confrontarsi anche la Corte di Strasburgo, implicitamente risponde al fondamentale quesito relativo alla definizione di un diritto di asilo, inteso non solo come facoltà discrezionale dello Stato, ma anche come diritto dell’individuo ad ottenere protezione. In questa prospettiva, confermando le Conclusioni dell’Avvocato generale, Mengozzi, presentate lo scorso 1 Giugno 2010, in cui si stabiliva che “*la tensione tra obblighi degli Stati in materia di lotta al terrorismo e responsabilità degli stessi nell’applicazione degli strumenti a tutela di coloro che invocano la protezione internazionale per sottrarsi a persecuzioni nel loro paese è alla base delle questioni*

³⁰⁷ Sul punto si veda SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., p. 248, la quale richiama la giurisprudenza della Corte europea sul caso *Chahal c. Regno Unito*, sent. del 15 Novembre 1996, ricorso n. 22414/93, in *Reports* 1996-V.

³⁰⁸ CGUE, *Bundesrepublik Deutschland c. B e D*, sent. del 9 Novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09.

³⁰⁹ La vicenda giudiziaria riguarda due fattispecie analoghe, che coinvolgono due cittadini di origine turca, i quali, recatisi in Germania, hanno ottenuto dai tribunali il diritto di asilo, circostanza a cui si è opposto l’Ufficio federale per la migrazione e i rifugiati (*Bundesamt*). La prima causa, C-57/09, riguarda un cittadino di origine turca, perseguitato, detenuto e condannato all’ergastolo, che, approfittando di un periodo di libertà condizionata, era riuscito a recarsi in Germania, dove aveva ottenuto asilo. Avverso tale decisione l’Ufficio federale per la migrazione e i rifugiati (*Bundesamt*), ha invocato la clausola di esclusione a causa della commissione di reati di diritto comune. La causa C-101/09 concerne un cittadino turco al quale, dopo aver ottenuto asilo in Germania, viene rivolta un’istanza di revoca dello status di rifugiato, a seguito dell’entrata in vigore della legislazione anti-terrorismo (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*), ritenendo che sussistessero fondati motivi per ritenere che il cittadino D avesse commesso un grave reato di diritto comune al di fuori della Germania prima di rifugiarsi e che si fosse reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite. Tale istanza di revoca sarà annullata nel 2005 e contro tale decisione il *Bundesamt* ricorre deducendo sostanzialmente motivi analoghi a quelli presentati a sostegno del ricorso proposto nella causa C-57/09. In sede d’appello il *Bundesverwaltungsgericht* ha deciso di sospendere i procedimenti, rinviando alla Corte di giustizia. Le questioni pregiudiziali riguardano entrambe l’interpretazione della direttiva 2004/83/CE in materia di attribuzione dello status di rifugiato, là dove essa colloca, fra le cause di esclusione da tale status, l’aver commesso un grave reato di diritto comune ovvero un atto contrario alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite. Il giudice del rinvio chiede, inoltre, se sia compatibile con tale direttiva un sistema di protezione costituzionale dello straniero (quale quello offerto dall’art. 16° *Grundgesetz*) che gli attribuisca comunque un diritto di asilo, pur in assenza dei presupposti per ottenere lo status di rifugiato.

*pregiudiziali*³¹⁰”, ha concluso che la circostanza che una persona abbia fatto parte di un’organizzazione soggetta all’applicazione di misure antiterroristiche “*non costituisce automaticamente un motivo fondato per ritenere che la persona considerata abbia commesso un «reato grave di diritto comune» o «atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite»*”, caratteristica che deve essere “*subordinata ad una valutazione caso per caso di fatti precisi*³¹¹”. Infine, i giudici di Lussemburgo ammettono la possibilità che gli Stati membri possono riconoscere un diritto di asilo in forza del proprio ordinamento interno anche ai soggetti che sono esclusi dallo status di rifugiato, ai sensi dell’art. 12, par. 2 della ‘Direttiva Qualifiche’, purché tale protezione “*non comporti un rischio di confusione con lo status di rifugiato ai sensi della stessa direttiva*³¹²”.

L’approccio utilizzato dalla recente giurisprudenza comunitaria riuscirebbe a colmare i limiti sulla giurisdizione in un ambito nel quale, come ha notato l’Avvocato generale Jacobs, «*the need for fundamental rights is of special importance*³¹³».

3.6.4.c. L’istituto ‘umanitario’ della protezione sussidiaria negli sviluppi della prassi.

Se con riferimento allo status di rifugiato la direttiva 2004/83/CE regola una materia, disciplinata dalla Convenzione di Ginevra del 1951, fornendo un’interpretazione vincolante per tutti gli Stati membri³¹⁴, l’elemento innovativo di

³¹⁰ Cfr. *Conclusions de l’Avocat general M. Paolo Mengozzi*, cause riunite nn. C-57/09 (*Bundesrepublik Deutschland c. B*) e C-101/09, (*Bundesrepublik Deutschland c. D*).

³¹¹ Cfr. CGUE, *Bundesrepublik Deutschland c. B e D*, cit., par. 99.

³¹² In tal prospettiva, la Corte di Giustizia potrebbe essere chiamata anche a valutare la compatibilità tra l’*acquis* comunitario sul diritto di asilo con gli obblighi internazionali in materia di protezione dei diritti dell’uomo. Si tratta di un’ipotesi che s’è verificata con l’impugnazione, ad esempio, da parte del Parlamento europeo della direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare, ritenuta contraria ai principi costituzionali degli Stati membri e alla CEDU, cfr. *Ricorso presentato il 22 Dicembre dal Parlamento europeo contro il Consiglio dell’Unione europea*, causa n. C-540/03, in GUUE n. C 47 del 21 Febbraio 2004. Il Parlamento, in particolare, aveva contestato le deroghe al diritto di ricongiungimento familiare, espressamente autorizzate dalla direttiva, in quanto “*eccedono i limiti consentiti e violano i diritti fondamentali alla vita familiare e il principio di non discriminazione, quali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell’UE, in quanto principi generali del diritto comunitario, come sancito dall’art 6, n. 2, del Trattato sull’Unione europea*”. Tuttavia, la Corte con sent. del 27 Giugno 2006, ha respinto il ricorso, statuendo che “*...Nella specie, non risulta che il legislatore comunitario abbia oltrepassato i limiti imposti dai diritti fondamentali laddove ha consentito agli Stati membri che disponessero o intendessero adottare una normativa specifica di modulare taluni aspetti del diritto al ricongiungimento*”. Per i rilievi si veda MARTIN, *La Cour de justice et le droit au regroupement familial : trop ou trop peu !*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 19 (2008), n. 74, pp. 595-609.

³¹³ JACOBS, *Effective Judicial Protection of Individuals in the European Union, Now and in the Future*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 7 (2002), n. 2, p. 203 ss.

³¹⁴ In proposito ALONSO PÉREZ, *Refugiados y desplazados: el derecho de asilo*, in RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coord.), *Derecho internacional humanitario*, Valencia, 2007, p. 396 ss.,

tale strumento risiede nell’introduzione dell’istituto della protezione sussidiaria, con cui si compie un’armonizzazione delle discipline nazionali che prevedono tale forma di protezione a carattere complementare e supplementare. La natura integrativa di tale istituto, oltre a interpretare la vocazione umanitaria dell’UE, consente, almeno sul piano regionale, di completare il sistema di protezione sotteso alla Convenzione di Ginevra, determinando un’estensione di tale sistema di tutela alle domande di protezione internazionale non suscettibili di essere ricondotte nell’alveo della Convenzione del 1951³¹⁵, perché il soggetto non subisce la persecuzione che caratterizza lo status di rifugiato³¹⁶.

La portata più ampia che connota l’istituto della protezione sussidiaria si desume anche dai requisiti necessari per il suo riconoscimento, individuati, nella sussistenza di un ‘danno grave’ che può essere costituito non solo dalla minaccia di morte o dalla tortura ma anche dalla “*minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*”³¹⁷, ipotesi capace di ricomprendere le fattispecie in

ritiene appropriata la definizione del concetto di «*asilado comunitario*», fondato sull’esistenza di un concetto unico di rifugiato condiviso in tutto il territorio dell’UE, a cui si vuole associare uno status uniforme. In questo senso si veda anche EL-ENANY, *Who is the New European Refugee?*, cit., p. 320 ss.

³¹⁵ L’esigenza di una forma di protezione integrativa e complementare rispetto al regime internazionale convenzionale è rapportabile alle Comunicazioni della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 22 Novembre 2000: *Verso una procedura comune in materia di asilo e uno status uniforme e valido in tutta l’Unione per le persone alle quali è stato riconosciuto lo status di diritto di asilo*, COM (2000) 755 def., e *Su una politica comunitaria in materia di immigrazione*, COM (2000) 757 def., in cui si evidenziava la necessità di fornire opportune forme di tutela ai soggetti che fuggono da situazioni di violenza generalizzata e di violazioni sistematiche dei diritti umani, circostanze difficili da inquadrare nel sistema tradizionale di protezione dei rifugiati, ritenendo, su un piano teleologico, che “*uno status unico, che accorda gli stessi tipi di diritti ai rifugiati riconosciuti a norma della convenzione di Ginevra e alle persone che beneficiano di protezione sussidiaria, potrebbe essere un’opzione per semplificare la pratica e il sistema*”. Si veda sul punto ALLARD, *Casualties of Disharmony*, cit., p. 315 ss.; ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 684 ss.; FERRERO, *Asilo politico, status di rifugiato, misure di protezione sussidiaria e protezione temporanea*, cit., p. 302 ss.

³¹⁶ Come osserva MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 63, «in tutte le ipotesi di protezione sussidiaria, sussiste una forte presunzione a favore dello status di rifugiato, ma ciò che determina il riconoscimento della protezione sussidiaria è la mancanza di elementi individuali relativi alla persecuzione e la mancanza dei motivi di persecuzione previsti dalla Convenzione di Ginevra».

³¹⁷ Cfr. Direttiva ‘Qualifiche’, art. 15, in cui si stabilisce che “*sono considerati danni gravi:*

a) *la condanna a morte o all’esecuzione; o*

b) *la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del*

richiedente nel suo paese di origine; o

c) *la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”.*

Sull’interpretazione del concetto di ‘danno grave’ si rinvia ampiamente a BATTJES, *op. cit.*, p. 234 ss., la quale ritiene che l’ipotesi *sub c)* dell’art. 15 in realtà non costituisce un’ulteriore forma di danno grave, quanto invece una modifica del criterio di rischio applicabile nelle situazioni menzionate dalla norma. Cfr. inoltre ERRERA, *La directive européenne du 29 Avril 2004 sur le statut de réfugié*, cit., p. 360 ss.; NOLL, *International protection obligations and the definition of subsidiary*

cui la persecuzione a carattere individuale non può che essere eventualmente presunta³¹⁸.

Tale elemento innova il diritto internazionale dei rifugiati corroborando il sistema di protezione previsto dalla Convenzione di Ginevra, come si apprende dalla recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, che il 17 Febbraio 2009, in relazione al caso *Elgafaji*, ha inquadrato l’istituto della protezione sussidiaria come uno strumento innovativo di garanzia³¹⁹. La Corte nella sentenza in esame ha specificato che l’ipotesi della minaccia individuale non deve essere necessariamente provata in modo specifico dall’interessato, poiché si può ritenere dimostrata “quando il grado di violenza indiscriminata che caratterizza un conflitto armato in corso” raggiunge un livello così elevato da giustificare un rischio effettivo di subire tale minaccia “per la sua sola presenza sul territorio³²⁰”. Tale sentenza appare paradigmatica, in quanto confronta la peculiarità di uno strumento tipico dell’ordinamento comunitario con la protezione garantita dalla CEDU³²¹. L’istanza

protection in the EU Qualification Directive, in URBANO DE SOUSA, DE BRUYCKER (eds.), *op. cit.*, p. 185 ss.

³¹⁸ NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit., p. 30, osserva che «per quanto si tratti di formulazione piuttosto dubbia, frutto di compromesso in sede di approvazione...la Corte ha dato un’interpretazione estensiva della situazione meritevole di protezione». La nota dell’UNHCR, *La protezione sussidiaria secondo la ‘Direttiva Qualifiche’ nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, nota del Gennaio 2008, disponibile in: <www.unhcr.it>, presentata ai giudici di Lussemburgo con riferimento al caso *Elgafaji*, causa n. C-465/07, pendente innanzi alla CGUE, conferma come «l’UNHCR considera che il valore aggiunto dell’art. 15(c) consista nella sua capacità di fornire protezione da gravi rischi derivanti da una situazione generale, piuttosto che da rischi che interessino un individuo in particolare. Anche se le domande di protezione vengono valutate in una procedura di asilo individuale, l’eleggibilità per la protezione sussidiaria sulla base dell’art. 15(c) dovrebbe riguardare i rischi che minacciano (potenzialmente) interi gruppi di persone».

³¹⁹ Cfr. CGUE, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, sent. del 17 Febbraio 2009, causa n. C-465/07, [di seguito ‘CGUE, caso Elgafaji’] par. 28, la Corte ha affermato che “a tale proposito, occorre rilevare che, benché il diritto fondamentale garantito dall’art. 3 della CEDU faccia parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo venga presa in considerazione nell’interpretare la portata di tale diritto nell’ordinamento giuridico comunitario, tuttavia è l’art. 15, lett. b), della direttiva che sostanzialmente corrisponde al detto art. 3. Per contro, l’art. 15, lett. c), della direttiva è una disposizione con un contenuto diverso da quello dell’art. 3 della CEDU e deve pertanto essere interpretato autonomamente, pur nel rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU”, che ha invece fornito la base per le ipotesi di ‘danno grave’, di cui alla lett. b) dell’art. 15. In proposito cfr. ERRERA, *The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji - and After*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23 (2011), n. 1, p. 93 – 112; ZORZI GIUSTINIANI, *Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di Giustizia si pronuncia sulla c.d. direttiva qualifiche*, in *Studi sull’integrazione europea*, vol. 4 (2009), n. 3, pp. 779 - 803. Più in generale si veda COLLINS, *Recent Developments in Asylum and Immigration Law before the Court of Justice*, in *ERA Forum*, vol. 9 (2009), pp. 581–590.

³²⁰ CGUE, caso *Elgafaji*, par. 28.

³²¹ La Corte di Lussemburgo, nel caso di specie, è stata chiamata a pronunciarsi a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dal Raad van State olandese. I fatti risalgono al 2006, quando i coniugi Elgafaji di nazionalità irachena presentarono la richiesta di soggiorno provvisorio nei Paesi Bassi, dando prova del rischio al quale sarebbero stati esposti, se espulsi e rimpatriati in Iraq. Con ordinanza del 20 Dicembre 2006, il ministro competente rifiutò di accordare il permesso di soggiorno

europea, a tal uopo, ha utilizzato la CEDU come criterio interpretativo, riconoscendo che il diritto fondamentale garantito dall’art. 3 CEDU sul divieto di tortura o trattamenti inumani e degradanti, “*fa parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto*” e richiama la giurisprudenza della Corte di Strasburgo per sostanziare la portata di tale diritto nello stesso ordinamento comunitario. La Corte comunitaria, tuttavia, ha precisato che la direttiva in questione non costituisce uno strumento di protezione analogo a quello derivante dall’applicazione giurisprudenziale dell’art. 3 CEDU, poiché l’art. 15 della direttiva in realtà rappresenta una norma composita che definisce un ‘danno grave’ alla stregua dell’art. 3 CEDU solo nella ipotesi *sub lett. b)*, mentre il riferimento all’ipotesi della “*minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*”, s’incardinerebbe nel contesto dello specifico sistema di tutela dei richiedenti asilo, elaborato dal diritto comunitario e ritenuto dalla Corte di Lussemburgo “*pienamente compatibile con la CEDU, ivi compresa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’art. 3 della CEDU*³²²”. In questo senso, la Corte, alla luce di una comparazione tra Convenzione di Ginevra, CEDU e ‘Direttiva Qualifiche’, conclude che in quest’ultimo strumento s’incorpora lo standard di trattamento sotteso al «sistema di Ginevra» e alla CEDU³²³, ma contiene anche una protezione speciale derivante dall’ipotesi di minaccia grave in caso di conflitto, non prevista in altri strumenti. Si evidenzia, pertanto, la funzione additiva dell’ordinamento comunitario con la previsione di uno standard di protezione più elevato.

L’orientamento giurisprudenziale testé tracciato, attesta, tra l’altro, la diffusione sul piano della prassi interna della protezione sussidiaria rispetto alla tutela classica, sottesa al riconoscimento dello status di rifugiato³²⁴, anche perché

provvisorio, ritenendo che i richiedenti non avevano provato soddisfacentemente le circostanze a cui facevano riferimento, evitando, dunque, di stabilire la sussistenza di un rischio reale di minaccia seria ed individuale, a cui si consideravano invece esposti nel Paese di origine. In seguito al rigetto delle loro richieste, i coniugi Elgafaji hanno proposto un ricorso, accolto dinanzi al *Rechtbank te’s-Gravenhage*, che ha annullato le decisioni del 20 Dicembre 2006 di diniego della concessione del permesso di soggiorno temporaneo. In sede di appello, il Raad van State ha giudicato che le disposizioni pertinenti della direttiva presentavano difficoltà interpretative ed ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Lussemburgo alcune questioni pregiudiziali.

³²² Cfr. CGUE, *caso Elgafaji*, par. 44, la Corte richiama la decisione della Corte di Strasburgo sul caso *NA. c. Regno Unito*, sent. del 17 Luglio 2008, ricorso n. 25904/07 e la giurisprudenza rilevante ivi citata. In argomento si veda ERRERA, *La directive européenne du 29 Avril 2004 sur le statut de réfugié*, cit., p. 378 ss.

³²³ Cfr. CGUE, *caso Elgafaji*, par. 44.

³²⁴ Cfr., ad esempio, Corte Suprema di Cassazione, sez. un. civ., ordinanza n. 19393/2009, 13 Gennaio 2009. Come ha confermato la Commissione europea nel recente *Piano strategico sull’asilo* del 2008, “*si osserva che un numero in costante aumento di richiedenti ottiene la protezione sussidiaria o altri tipi di protezione previsti dalla normativa nazionale, piuttosto che lo status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra. Ciò è dovuto probabilmente al fatto che sempre più spesso i conflitti e le persecuzioni attuali non sono contemplate dalla Convenzione*”. Critica in

l'esame, inteso a stabilire se un richiedente soddisfi le condizioni per poter accedere alla protezione sussidiaria assume natura residuale, nel senso che sarà intrapreso soltanto dopo l'espletato accertamento che l'interessato non ha diritto alla qualifica di rifugiato. Un ricorso generalizzato alla protezione sussidiaria potrebbe, comunque, derivare da un'interpretazione dell'art. 15 lett. c), non imperniata sui rischi derivanti da violazioni dei diritti umani, ma suscettibile di contemplare i rischi sostenuti più generalmente da persone che si trovano coinvolti in situazioni di violenza indiscriminata.

In conformità a tale presupposto, è possibile sfatare le perplessità avanzate dall'UNHCR circa la potenziale sovrapposizione dell'istituto della protezione sussidiaria su quella contenuta nella Convenzione di Ginevra, svuotando quest'ultima di significato³²⁵. La preoccupazione di un'eventuale sostituzione del sistema tradizionale di protezione non è un'ipotesi giuridicamente valida per diverse ragioni. Anzitutto si tratta di forme di protezione poste su livelli differenti, poiché la Convenzione di Ginevra costituisce il regime positivo a livello internazionale, mentre l'istituto della protezione sussidiaria rappresenta una soluzione regionale di natura integrativa del regime convenzionale universale. Inoltre, lo stesso istituto della protezione sussidiaria scaturisce dall'interpretazione della Convenzione di Ginevra: un'auspicabile interpretazione estensiva di tale strumento determinerebbe una contrazione dell'ambito operativo della protezione sussidiaria, la quale del resto è concepita come un correttivo esterno e regionale alla circoscritta portata del sistema internazionale di tutela dei rifugiati³²⁶.

proposito è l'opinione di TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum*, cit., p. 1533 ss., la quale ravvisa delle ambiguità nella definizione della portata della protezione sussidiaria, che troverebbe applicazione soltanto in ipotesi circoscritte e per lo più in casi comunie suscettibili di essere ricondotti nel contesto della Convenzione di Ginevra, sostenendo, dunque, che «*this subsidiary protection is therefore likely to remain marginal, and only to constitute a useful form of protection in cases where it is not possible to link the acts in question to one of the Conventions grounds*». Tale opinione di dottrina non è del tutto condivisibile soprattutto nella misura in cui essa miri a sostenere un'interpretazione ampia della Convenzione di Ginevra che, invece, sul piano della prassi, si è attestata su un'applicazione limitata e circoscritta.

³²⁵ UNHCR, *La protezione sussidiaria secondo la 'Direttiva Qualifiche'*, cit., p. 4, in cui si evidenzia che «*alcuni Stati Membri riconosciuto la protezione sussidiaria a richiedenti provenienti da situazioni di violenza generalizzata che avevano allo stesso tempo un fondato timore di persecuzione per i motivi indicati dalla Convenzione del 1951. Un simile approccio svuota di significato la Convenzione del 1951 e va per tanto evitato*». In proposito cfr. anche le osservazioni di ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 686 ss.

³²⁶ TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, cit., p. 1543, considera la protezione sussidiaria «*a second-class protection*», giustificata dalla tendenza degli Stati a restringere l'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra. Come ha inoltre sostenuto SPIJKERBOER, *Subsidiarity in Asylum Law. The Personal Scope of International Protection*, in BOUTEILLET-PAQUET (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Brussels, 2002, p. 28 ss., la necessità di sviluppare uno status di protezione separato assume natura più politica che giuridica, giustificabile con l'interpretazione restrittiva assegnata alla Convenzione di Ginevra. Si veda anche ERRERA, *La directive européenne du 29 Avril 2004 sur le statut de réfugié*, cit., p. 349 ss.

Infine, alcuni profili critici sono imputabili alla differente e più limitata protezione prevista per i soggetti che non possono godere dello status di rifugiato³²⁷. In questo senso una sovrapposizione tra i due strumenti a livello pratico non è possibile perché riguardano diverse categorie di beneficiari, nei confronti dei quali non operano nell’ambito della protezione sussidiaria gli standard di trattamento richiesti dalla Convenzione di Ginevra per i rifugiati³²⁸. Si ribadisce, pertanto, che sul piano internazionale l’asilo, inteso come corollario del principio di *non-refoulement*, dovrebbe essere concesso a tutti i soggetti ai quali si riconosce il diritto a non essere sottoposto al rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti.

A livello regionale, al fine di attenuare la discrasia sussistente tra i diversi status di protezione, previsti dal diritto dell’UE, si dovrebbe realizzare, secondo le attuali proposte della Commissione, la previsione di uno status uniforme che attribuisca gli stessi diritti e le stesse garanzie a chi richieda protezione internazionale nel territorio dell’UE³²⁹. In mancanza di tale previsione, la ‘Direttiva Qualifiche’, pur rappresentando un notevole progresso nel tentativo di riconoscere ai beneficiari delle varie forme di protezione previste un diritto soggettivo a ottenere l’asilo, si configura come un’opportunità mancata «*to combine in one status all protected categories of individuals under International law*»³³⁰, ossia i rifugiati secondo la Convenzione di Ginevra e la più ampia categoria di soggetti che secondo il diritto internazionale dei diritti umani non possono essere respinti.

³²⁷ È evidente come i rifugiati godano di maggiori benefici rispetto ai soggetti titolari della protezione sussidiaria, i primi possono, ad esempio, viaggiare anche al di fuori dello stato di accoglienza, i secondi possono accedere a tale possibilità solo per “gravi ragioni umanitarie”, come stabilisce l’art. 25 della Direttiva 2004/83/CE. Inoltre, il permesso di soggiorno per i rifugiati ha validità triennale, mentre è di validità solo annuale per i secondi, ed anche la concessione degli altri benefici è limitata e comunque differenziata. Cfr. SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., p. 252 ss.

³²⁸ Osserva, infatti, NASCIBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 9, «la differenza tra i due *status* ricordati è sostanziale, derivando, a seconda del riconoscimento dell’uno piuttosto che dell’altro, una protezione di contenuto differente, in particolare in forza della più ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri nella configurazione dei diritti connessi alla protezione sussidiaria».

³²⁹ Si veda la recente *proposta della Commissione di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati Membri*, COM (2008) 815 def., 3 Dicembre 2008, con cui si mira a destendere l’ambito di applicazione dell’attuale direttiva 2003/9/CE sul trattamento dei richiedenti asilo, includendo anche i beneficiari della protezione sussidiaria, in ottemperanza all’esigenza manifestata nel *Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo*, supra nt. 222, che assume come polo di orientamento la realizzazione di uno status uniforme per i rifugiati, da una parte, e per i beneficiari della protezione sussidiaria, dall’altra.

³³⁰ GIL-BAZO, *Refugee Status and Subsidiary Protection under EC Law*, cit., p. 244 ss.

3.6.4.d. La protezione temporanea e la tutela dei diritti fondamentali in caso di esodi di massa.

Un altro istituto di protezione tipico dell’ordinamento dell’UE, anch’esso innovativo del diritto internazionale e particolarmente rilevante nel contesto delle dinamiche migratorie del Mediterraneo, riguarda l’ambito specifico degli esodi di massa ed in particolare la tutela di profughi e sfollati attraverso la ‘protezione temporanea’, disciplinata dalla direttiva 2001/55/CE, considerata la risposta a livello comunitario della prassi sviluppata dagli Stati membri a seguito dei conflitti nei Balcani³³¹.

Poiché l’obiettivo a cui è preposto tale strumento concerne la gestione dell’afflusso massiccio di profughi provenienti da Paesi terzi, si può comprendere come, a differenza della protezione sussidiaria, l’istituto della protezione temporanea sottenda una “*procedura di carattere eccezionale che garantisce...una tutela immediata e temporanea delle persone sfollate*”, qualora il sistema interno di asilo non possa funzionare adeguatamente in simili circostanze³³².

La direttiva non vuole, comunque, sostituirsi al riconoscimento dello status di rifugiato per i soggetti che ne abbiano titolo, poiché le persone alle quali è

³³¹ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 Luglio 2001, *sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi degli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze degli stessi*, in GUCE n. L 212 del 7 Agosto 2001, p. 12. Il termine ultimo per l’attuazione della direttiva negli ordinamenti degli Stati membri era fissato al 31 Dicembre 2002, l’Italia ha recepito la Direttiva con il D. Lgs. N. 85 del 7 Aprile 2003, in GURI n. 93 del 23 Aprile 2003. In argomento si veda ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 683 ss.; FERRERO, *Asilo politico, status di rifugiato, misure di protezione sussidiaria e protezione temporanea*, cit., p. 315 ss.; SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., p. 250 ss.; JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le régime européen de l’asile*, cit., p. 562 ss.; SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 96 ss.; TROIANIELLO, *Il diritto di asilo nell’Unione Europea*, cit., p. 90 ss.; GILBERT, *Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?*, cit., p. 982 ss.; TESSENYI, *Massive Refugee Flows and Europe’s Temporary Protection*, in PEERS, ROGERS (eds.), *op. cit.*, pp. 487–504; AFZAL, *Rethinking Asylum*, cit., p. 18 ss.; KÄLIN, *Temporary protection in the EC: refugee law, human rights and the temptations of pragmatism*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 44 (2001), pp. 202-236; NOLL, VEDSTED-HANSEN, *Temporary Protection and Burden-Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?*, in GUILD, HARLOW (eds.), *op. cit.*, p. 195-223; FITZPATRICK, *Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalised Regime*, in *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 279–304; KERBER, *Temporary Protection: An Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 9 (1997), n. 3, pp. 453-471.

³³² Cfr. Direttiva 2001/55/CE, art. 2 lett. a). Alla lett. c) la direttiva definisce ‘sfollati’ i “*cittadini di Paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro Paese o regione d’origine o che sono stati evacuati...ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel Paese stesso, anche rientranti nell’ambito d’applicazione dell’art. 1A della Convenzione di Ginevra o di altre normative nazionali o internazionali che conferiscono una protezione internazionale, ed in particolare:*

i) *le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica;*
ii) *le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni”.*

riconosciuta la protezione temporanea devono poter presentare in qualsiasi momento una domanda d’asilo³³³.

Sul piano procedurale, le norme previste dalla Direttiva in esame non sono d’immediata applicazione, poiché richiedono l’adozione da parte del Consiglio dell’UE, previo accertamento su proposta della Commissione dell’esistenza di un esodo di massa³³⁴, di una decisione, la quale determina l’applicazione in tutti gli Stati membri della protezione temporanea per gli sfollati a cui essa si riferisce, per un periodo massimo di un anno con possibilità di proroga di sei mesi in sei mesi fino ad un ulteriore anno³³⁵. A fronte di questo complesso procedimento di attivazione, in seguito all’entrata in vigore della direttiva sarebbe preclusa la possibilità per gli Stati membri di attuare forme di protezione temporanea su base nazionale.

Sul piano operativo, l’applicazione della protezione temporanea richiede l’ottemperanza al principio della solidarietà tra Stati membri (*burden-sharing*), fondato sull’equa ripartizione dell’onere derivante dall’accoglienza e dal mantenimento sociale dei profughi. Tale principio di solidarietà si esplica anche nella possibilità di trasferire gli sfollati in altri Stati: finché dura la protezione temporanea, gli Stati membri sono tenuti a cooperare per il trasferimento da uno Stato membro all’altro delle persone che godono della protezione temporanea, a condizione, però, che le persone interessate abbiano manifestato il loro consenso³³⁶. Si può in proposito ritenere che il principio di solidarietà non può comunque essere limitato alla protezione temporanea dei profughi, ma deve essere esteso a tutte le forme di protezione che il diritto dell’UE ha accolto nei confronti dei richiedenti asilo.

Per quanto attiene, invece, al profilo sostanziale della tutela dei richiedenti asilo, l’istituto della protezione temporanea, estendendo l’ambito soggettivo della protezione alle “*persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica*” nonché “*alle persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni*”³³⁷, consolida gli obblighi degli Stati in materia di diritti dell’uomo.

Tuttavia, anche la protezione temporanea come le altre forme di garanzia diverse dalla concessione dello status di rifugiato, presenta un contenuto limitato, corredato da numerose facoltà di deroga, comportanti, ad esempio, la contrazione del diritto al lavoro dei profughi in favore dei cittadini europei, la limitazione delle

³³³ Art. 3 par. 1. L’art. 17, inoltre, espressamente prevede che “*le persone che godono della protezione temporanea devono poter essere in grado di presentare in qualsiasi momento una domanda di asilo*”. Sul punto si veda NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 11.

³³⁴ Art. 5 par. 1.

³³⁵ Art. 4.

³³⁶ Si veda SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 101.

³³⁷ Direttiva 2001/55/CE, art. 2 lett. c).

prestazioni mediche e dell'assistenza sanitaria³³⁸ o dello stesso diritto al ricongiungimento familiare. Si tratta di disposizioni che discriminano i cittadini stranieri e distolgono gli Stati membri dal rafforzamento degli obblighi derivanti dalla normativa sui diritti dell'uomo.

Sebbene la protezione temporanea consenta di tutelare situazioni giuridiche soggettive, che non trovano protezione nel diritto internazionale, è sintomatico che finora nessuna decisione in proposito sia stata adottata dal Consiglio³³⁹, nonostante l'UE, ed in particolare l'Italia, sia ultimamente esposta a continui e ingenti flussi migratori originati nei Paesi nordafricani a seguito delle recenti rivoluzioni. A tal riguardo, bisogna, tuttavia, osservare che, come ha ribadito l'attuale Commissaria europea Cecilia Malmström, non esclusa a priori la possibilità di applicare la Direttiva in esame in futuro, ritenendo che la situazione degli attuali flussi migratori non è ancora suscettibile di determinare un esodo di massa, alla stregua di quanto verificatosi a seguito dei conflitti nei Balcani dei primi anni novanta. Inoltre, condizione indispensabile per l'applicazione della protezione temporanea è l'eventualità che i migranti si trovino nella condizione di non poter ritornare nei propri Paesi di origine, senza temere un pregiudizio al godimento dei propri diritti fondamentali. Si deve trattare, in sostanza, di esodi di persone bisognose di protezione, per le quali non sarebbe legittimo prevedere piani di rimpatrio o accordi di riammissione.

Si potrebbe al limite riflettere sulla possibilità di correggere la Direttiva allo scopo di rendere la protezione temporanea applicabile anche in caso di eccessivi afflussi di migranti, qualora tale eventualità rendesse difficoltoso l'adeguato funzionamento del sistema interno di asilo, si tratta, tuttavia, di un'ipotesi meramente teorica, in quanto la Direttiva in esame è l'unico strumento non interessato dall'attuale azione della Commissione volta a riformare gli strumenti per la creazione di un sistema comune europeo di asilo.

3.6.5. *I diritti procedurali dei richiedenti asilo nel sistema comune europeo.*

La tendenza a conciliare le esigenze di sicurezza degli Stati con i rispettivi obblighi internazionali sui diritti umani traspare anche nello strumento più delicato, ma anche più criticato, della prima fase di sviluppo del sistema europeo comune di

³³⁸ Cfr. rispettivamente artt. 12 e 13, par. 2. Anche l'UNHCR, *Annotated comments on Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, ha osservato che «the Directive in this respect allows Member States to discriminate against those under temporary protection in favour of nationals or long-term resident third-country nationals which includes refugees».

³³⁹ Si veda ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 683.

asilo, riguardante la previsione di una procedura unica armonizzata per le domande di asilo, disciplinata dalla direttiva 2005/85/CE³⁴⁰.

Adottata oltre il limite temporale del periodo transitorio fissato dal trattato di Amsterdam, tale direttiva si distingue per una formulazione particolarmente complessa, rapportabile alle divergenze manifestate dagli Stati in seno al Consiglio³⁴¹. Anche in tale settore l’ordinamento comunitario ha introdotto un elemento innovativo rispetto al diritto internazionale, che, con deferenza alla norma sulla sovranità statale, non aveva trasfuso in alcuno strumento giuridico obblighi a carico degli Stati circa la regolamentazione delle procedure interne di determinazione dello status di rifugiato³⁴². Tale discrezionalità richiede comunque

³⁴⁰ La Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1 Dicembre 2005, *recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, in GUUE n. L 326 del 13 Dicembre 2005, p. 13, [di seguito Direttiva ‘Procedure’], costituisce l’esito del programma di Tampere, nella misura in cui esso intendeva stabilire un sistema che nel breve termine avrebbe previsto “norme comuni per una procedura di asilo equa ed efficace” e “nel lungo periodo, le...una procedura comune in materia di asilo e uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto l’asilo, valido in tutta l’Unione”. Il termine per il recepimento della Direttiva era fissato al 1 Dicembre 2007, tuttavia tale termine era prorogato di un anno relativamente al diritto all’assistenza e rappresentanza legale, di cui all’art. 15. L’Italia ha attuato la direttiva con D. Lgs. N. 25 del 28 Gennaio 2008, in GURI n. 43 del 20 Febbraio 2008. Sul complesso periodo di gestazione della direttiva e sulla relativa portata si veda: BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla “Direttiva Procedure” 2005/85/CE*, in BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Fagnano Alto, 2008, pp. 177-214; CELLAMARE, *Recenti tendenze dell’UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e «regime europeo comune»*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, vol. II, pp. 959- 988; T. GAMMELTOFT-HANSEN, H. GAMMELTOFT-HANSEN, *The Right to Seek - Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 10 (2008) n. 4, pp. 439-460; PLENDER, *EU Immigration and Asylum Policy*, cit. p. 309 ss.; COSTELLO, *The Asylum Procedure Directive in Legal Context: Equivocal Standards Meet General Principles*, in BALDACCINI, GUILD, TONER (eds.), *op. cit.*, pp. 151-193; JULIEN-LAFERRIÈRE, *Le régime européen de l’asile*, cit., p. 540 ss.; SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 70 ss.; BATTJES, *op. cit.*, p. 289 ss.; ACKERS, *The Negotiations on the Asylum Procedures Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 7 (2005), pp. 1-33; COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 7 (2005), pp. 35-69; NOLL, *Proof, Evidentiary assessment and credibility in asylum procedures*, Leiden, 2005; VEDSTED-HANSEN, *Common EU Standards on Asylum-Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 7 (2005), pp. 369-376; VAN DER KLAUW, *Towards a Common European Asylum Procedure*, cit., p. 165 ss.; BOELES, TERLOUW., *Minimum Guarantees for asylum Procedures*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 9 (1997) n. 3, pp. 472-491; HAILBRONNER, *The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community*, in *International Journal Refugee Law*, 1990, p. 341 ss.

³⁴¹ ACKERS, *The Negotiations on the Asylum Procedures Directive*, cit., p. 2 ss. Per un confronto tra le procedure di asilo negli Stati membri, si veda lo studio diretto nell’interesse della Commissione europea (DG ‘Giustizia e Affari Interni’) da HAILBRONNER, *Study on the single asylum procedure ‘one-stop shop’ against the background of the common European asylum system and the goal of a common asylum procedure*, Luxembourg, 2003, in <http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/asylum/asylum_studies_en.htm>.

³⁴² Come noto, la Convenzione di Ginevra del 1951 lascia ampia discrezionalità agli Stati sulle regole di procedura da seguire per la determinazione dello status di rifugiato, poiché, come rammenta BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla “Direttiva Procedure” 2005/85/CE*, cit., pp. 178-179, nel

un ineludibile bilanciamento con la normativa a tutela dei diritti umani, per evitare che una procedura approssimativa non equa e deficitaria comporti una violazione del divieto di *refoulement*³⁴³.

Un diritto umano all’asilo non può riposare unicamente sulla definizione ‘in negativo’ suggerita dal principio di *non-refoulement* ma deve comportare l’accesso ad una procedura adeguata ed efficiente per la richiesta di asilo, corredata da specifiche garanzie nei confronti dei richiedenti³⁴⁴. Da questo punto di vista, appare considerevole la tutela dei diritti procedurali dell’individuo, declinati in una serie di disposizioni del Capo II, includenti il diritto a rimanere nello stato membro durante l’esame della domanda, il diritto all’ascolto, a una decisione ragionevole, a un’efficace tutela giudiziaria e a un mezzo d’impugnazione efficace.

Anzitutto, i richiedenti asilo “*sono autorizzati a rimanere nello Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l’autorità accertante non abbia preso una decisione*³⁴⁵”. La portata di tale diritto appare, tuttavia, sminuita dall’eventuale esclusione dell’esame della domanda, nei casi in cui sia stabilito che il richiedente “*sta cercando di entrare o è entrato illegalmente nel suo territorio da un paese terzo*³⁴⁶”, previsione che appare suscettibile di un potenziale contrasto con la *ratio* del principio di *non-refoulement* e con alcuni diritti, contenuti nella CEDU³⁴⁷.

1951, «l’imporre restrizioni alla politica di asilo statale, anche in minuziosi aspetti quali quello delle procedure, appariva probabilmente eccessivo».

³⁴³ In proposito osserva COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices*, cit., p. 35, «*fairness requires procedures which ensure outcomes that are accurate, efficient and acceptable*», evidenziando che «*in the asylum context, where the cost of inaccurate decisions is likely to be the loss of human lives, procedural rigour is all the more important*».

³⁴⁴ Come nota CELLAMARE, *Recenti tendenze dell’UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo*, cit., p. 974, «dalla prassi applicativa dell’art. 33 (della Convenzione di Ginevra) può desumersi bensì l’obbligo generico degli Stati di prevedere procedure che siano funzionali al principio di *non-refoulement*». La disciplina contenuta nella direttiva 2005/85/CE, sebbene, ai sensi dell’art. 3 par. 3, qualora gli Stati membri utilizzino una procedura unica per le varie forme di protezione internazionale, si applichi anche alle richieste di protezione sussidiaria, molteplici disposizioni si riferiscono solo alla qualifica di rifugiato. In proposito NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit., p. 32, nota come il coordinamento con la direttiva ‘Qualifiche’ è carente, ravvisando che, ad esempio, l’ordinamento italiano con il D. Lgs. di attuazione della direttiva abbia previsto all’art. 26 una procedura unica per tutte le forme di protezione internazionale, utilizzando le espressioni ‘domanda di asilo’ e ‘domanda di protezione internazionale’ in modo equivalente. Si veda anche BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla “Direttiva Procedure” 2005/85/CE*, cit., p. 206 ss.

³⁴⁵ Cfr. Direttiva ‘Procedure’, cit., art. 7 par. 1. Tale diritto è soggetto, in forza del paragrafo 2, a deroga da parte degli Stati in caso di domande reiterate o qualora si ritenga opportuno procedere all’extradizione “*in virtù degli obblighi previsti da un mandato di arresto europeo o altro, o in un paese terzo, o presso una corte o un tribunale penale internazionale*”. Su alcuni commenti circa le deroghe al diritto in esame si veda CELLAMARE, *Recenti tendenze dell’UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo*, cit., p. 982 ss.

³⁴⁶ Cfr. Direttiva ‘Procedure’, cit., art. 27 par. 4.

³⁴⁷ CELLAMARE, *Recenti tendenze dell’UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo*, cit., p. 984.

Inoltre, circa la valutazione del citato diritto di rimanere sul territorio dello Stato ospitante, la direttiva distingue a seconda che si tratti di ricorso o verifica contro una decisione adottata con procedura accelerata o con procedura ordinaria. In entrambi i casi comunque, pur ammettendo l’effetto sospensivo del ricorso, si lascia ampia possibilità di deroga agli Stati, tanto che, com’è stato osservato, «non è riscontrabile, in alcun modo, la previsione di un diritto del richiedente asilo di rimanere sul territorio³⁴⁸».

Un principio che sembra informare tutto il sistema di garanzie per i richiedenti asilo concerne, invece, la possibilità di udire il soggetto interessato nel corso della procedura di accertamento o verifica dello status. A tal uopo, si precisa come la direttiva non assegni tanto un diritto ma una facoltà al ‘colloquio personale’, che può essere omesso in una serie di circostanze, qualora non reputato necessario dall’autorità accertante, che ritiene di potersi basare sulle prove acquisite³⁴⁹. Tale previsione non sembra garantire compiutamente i diritti del richiedente, specialmente nella misura in cui sia possibile ravvisare la necessità di un colloquio complementare a un questionario spesso complicato cui il richiedente è tenuto a rispondere in forma scritta, senza quell’assistenza linguistica, che l’art. 10 prevede per lo svolgimento del colloquio facoltativo³⁵⁰. In realtà, il ricorso al colloquio individuale, alla luce del principio del *favor petendi*, dovrebbe escludersi solo se dal questionario scritto sia già possibile determinare i presupposti per la concessione dell’asilo³⁵¹.

Lo stesso diritto a essere informato, conformemente a quanto previsto dalle altre direttive in materia, è previsto solo “*in una lingua che è ragionevole supporre possa capire*”³⁵², formula estesa comunque anche allo svolgimento dell’eventuale colloquio³⁵³. Tale obbligo d’informazione scaturisce anche dal diritto a una

³⁴⁸ MORANDI, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, cit., p. 67, osserva, tuttavia, che «in ogni caso deve essere garantita, al richiedente asilo che ha presentato il ricorso, o che ha richiesto la verifica, la possibilità di presentare al giudice una richiesta di autorizzazione a rimanere».

³⁴⁹ Cfr. Direttiva ‘Procedure’, cit., art. 12, par. 1, che assegna la facoltà al richiedente asilo prima che l’autorità accertante decida “*di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di asilo con una persona competente, a norma della legislazione nazionale, a svolgere tale colloquio*”.

³⁵⁰ Cfr. Direttiva ‘Procedure’, cit., art. 10, par. 1, lett. b), in cui si afferma che “*il richiedente asilo riceve, laddove necessario, l’assistenza di un interprete per spiegare la propria situazione nei colloqui con le autorità competenti*”. Per i rilievi critici si veda in particolare COSTELLO, *The Asylum Procedure Directive in Legal Context*, cit., p. 180 ss.

³⁵¹ Come nota SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 75, «*a personal interview should be construed as an essential asylum-procedure-right and therefore asylum applicants should not be deprived of it; except in cases when the competent authority considers it possible to grant refugee status on the basis of written information submitted, and also in specific cases of persons with medical or psychological problems*».

³⁵² Cfr. Direttiva ‘Procedure’, cit., art. 10, par. 1, lett. a).

³⁵³ Dispone, infatti, l’art. 12, par. 3, lett. b, che: “*il colloquio non deve svolgersi necessariamente nella lingua prescelta dal richiedente asilo, se esiste un’altra lingua che è ragionevole supporre possa capire e nella quale è in grado di comunicare*”.

decisione ragionevole, che deve essere motivata e comunicata in forma scritta³⁵⁴, requisito che si deve considerare incompiuto, poiché la Direttiva 2005/85/CE prevede la possibilità che, in caso di decisione negativa, non siano comunicati al richiedente asilo i mezzi a sua disposizione per impugnarla³⁵⁵, disposizione esecrabile, perché prefigurerebbe un tentativo d’impedire il ricorso alle procedure d’appello³⁵⁶, volto a ostacolare l’esercizio del diritto a un mezzo d’impugnazione efficace, previsto dalla stessa direttiva. Poiché la norma in esame esplicitamente richiama gli Stati a stabilire “*norme conformi ai loro obblighi internazionali*”, una valenza preponderante assume la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani³⁵⁷. Tale collegio più volte si è pronunciato, infatti, sulla violazione dell’art. 13 CEDU sul diritto ad un ricorso effettivo, a causa del rifiuto su base procedurale di concedere il beneficio dell’asilo³⁵⁸. La direttiva concede discrezionalità agli Stati di scegliere se attribuire effetto sospensivo al ricorso presentato avverso il diniego del riconoscimento dello status di rifugiato, gli Stati, che ritengono di non accordare tale effetto, incorrerebbero in una violazione del citato art. 13³⁵⁹.

Infine, dovrebbe essere garantito al richiedente asilo un diritto all’assistenza legale che consentirebbe di rendere la procedura più trasparente nei propri confronti e ridurrebbe allo stesso tempo gli oneri concernenti il ricorso alle procedure di appello. La disciplina appare limitata dall’approccio restrittivo cui è sottoposta³⁶⁰,

³⁵⁴ L’art. 9 della Direttiva ‘Procedure’ dispone che: “1. *Gli Stati membri provvedono affinché le decisioni sulle domande di asilo siano comunicate per iscritto.*

2. *Gli Stati membri dispongono inoltre che la decisione con cui viene respinta una domanda sia corredata di motivazioni de jure e de facto e che il richiedente sia informato per iscritto dei mezzi per impugnare tale decisione negativa*”.

³⁵⁵ L’art. 9, par. 2, comma 3, stabilisce che “*nel comunicare al richiedente una decisione negativa, gli Stati membri non sono tenuti a informarlo per iscritto dei mezzi per impugnare una decisione, qualora ne sia stata data comunicazione in precedenza per iscritto o per via elettronica, secondo i mezzi cui abbia accesso*”.

³⁵⁶ COSTELLO, *The Asylum Procedure Directive in Legal Context*, cit., p. 183, specifica che la direttiva «*provides not a right to appeal as such, but rather a ‘right to an effective remedy before a court or tribunal’*», secondo quanto dispone l’art. 39 par. 2.

³⁵⁷ La direttiva, all’art. 39, par. 3, specifica che tali norme devono essere intese a: “*a) a determinare se il rimedio di cui al paragrafo 1 produce l’effetto di consentire ai richiedenti di rimanere nello Stato membro interessato in attesa del relativo esito; b) a prevedere la possibilità di un mezzo di impugnazione giurisdizionale o di misure cautelari, qualora il mezzo di impugnazione di cui al paragrafo 1 non produca l’effetto di consentire ai richiedenti di rimanere nello Stato membro interessato in attesa del relativo esito...c) a stabilire i motivi per impugnare una decisione...*”.

³⁵⁸ Cfr. in particolare, *Jabary c. Turchia*, sent. dell’11 Luglio 2000, ricorso n. 40035/98, in *Reports 2000-VIII*; *Hilal c. Regno Unito*, sent. del 6 Marzo 2001, ricorso n. 45276/99, in *Reports 2001-II*; *Čonka c. Belgio*, sent. del 5 Febbraio 2002, ricorso n. 51564/99, in *Reports 2002-I*. Sui risvolti più recenti di tale giurisprudenza si veda DE VITTOR, *Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato: la sospensione della misura di espulsione*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 2 (2008), n. 2, pp. 427–432.

³⁵⁹ Per alcune osservazioni critiche si rinvia in particolare a SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, in cit., p. 250.

³⁶⁰ La Direttiva ‘Procedure’ all’art. 15, par. 1, riconosce che “*gli Stati membri accordano ai richiedenti asilo la possibilità di consultare, a loro spese, in maniera effettiva un avvocato o altro consulente legale, autorizzato o riconosciuto a norma della legislazione nazionale, sugli aspetti*

capace di compromettere il riconoscimento di un diritto fondamentale all’assistenza legale, che parte della dottrina ritiene necessario³⁶¹, in recepimento dell’analogo diritto posto a completamento dell’art. 6, par. 3, lett. c) CEDU, che richiede “l’assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia”.

L’aspetto più controverso della direttiva ‘Procedure’, che ha anche costituito l’oggetto di un contenzioso fra Parlamento europeo e Consiglio, su cui si è pronunciata la Corte di giustizia, attiene tuttavia alla nozione di «Paese terzo sicuro» (art. 27)³⁶², completata dalle specificazioni relative al «Paese di origine sicuro» (art. 31) e al «Paese europeo sicuro» (art. 36). Sebbene per la prima volta definito in maniera dettagliata nella parte III della direttiva 2005/85/CE, il concetto di «Paese terzo sicuro» era già operativo nella prassi di alcuni Stati europei e, a livello comunitario, è stato introdotto dalla Convenzione di Dublino del 1990 e ripreso dal Regolamento ‘Dublino II’, si può, pertanto, ritenere che si tratti di una «*European invention*»³⁶³.

relativi alla domanda di asilo”. Tale possibilità è limitata dalle condizioni esposte al paragrafo 3, riguardanti soltanto i procedimenti dinanzi a un giudice di prima istanza; soltanto se non si disponga delle risorse necessarie; soltanto rispetto agli avvocati o altri consulenti legali che sono specificamente designati dalla legislazione nazionale ad assistere e/o rappresentare i richiedenti asilo; e soltanto se il ricorso o il riesame hanno buone probabilità di successo.

³⁶¹ Per tutti si veda COSTELLO, *The Asylum Procedure Directive in Legal Context*, cit., pp. 188-189.

³⁶² CGUE, *Parlamento europeo c. Consiglio*, sent. del 6 Maggio 2008, causa C-133/06, in *Racc.*, p. I-3189. Come nota NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit., p. 34, «il Parlamento aveva ritenute violate le proprie prerogative perché la direttiva prevede, anziché la codecisione, una decisione del Consiglio, a maggioranza qualificata, previa semplice consultazione del Parlamento, nelle ipotesi di adozione di un elenco comune minimo di Paesi terzi, considerati Paesi di origine sicuri (art. 29) e di un elenco di Paesi terzi europei sicuri (art. 36)». La pronuncia della Corte di giustizia ha riguardato il procedimento piuttosto che il contenuto delle norme, e l’annullamento ha avuto come conseguenza la mancata adozione degli elenchi e, quindi, la non applicazione della direttiva in relazione a tale ambito. Sulla rilevanza del concetto di «Paese terzo sicuro» si veda BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla “Direttiva Procedure” 2005/85/CE*, cit., p. 190 ss.; SPATTI, *Richiedenti asilo e ‘Paesi sicuri’*, cit., p. 134; COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 7 (2005), n. 1, pp. 35-69.

³⁶³ Afferma infatti COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices*, cit., p. 40, che «*the practice of returning asylum-seekers to STCs (Safe Third Countries) is a European invention, with scant foundation in international law*». Sull’operatività del principio del «Paese terzo sicuro» nella prassi europea cfr. LEIMSIDOR, *The Concept of ‘Safe Third Country’ in Asylum Legislation, Regulation, and Practice: Political, Humanitarian, and Practical Considerations*, in ZAGATO, *op. cit.*, p. 39 ss.; BORCHELT, *The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standards*, in *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 33 (2002), n. 2, p. 473 ss.; BYRNE, SCHACKNOVE, *The Safe Country Notion in European Asylum Law*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 9 (1996), p. 185 ss.; ACHERMANN, GATTIKER, *Safe Third Countries: European Developments*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), n. 1, pp. 19-38; HAILBRONNER, *The Concept of ‘Safe Country’ and Expedious Asylum Procedures: a Western European Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 5 (1993), n. 1, pp. 31-66.

Ai sensi dell’art. 27 della direttiva ‘Procedure’, possono considerarsi ‘sicuri’, quei Paesi terzi in cui non sussiste minaccia di persecuzione, è rispettato il principio di *non-refoulement*, è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato, rinviando ai governi nazionali la valutazione per accertare che il Paese terzo sia sicuro per un richiedente asilo, stante l’obbligo di comunicare periodicamente alla Commissione europea a quali Paesi è applicato il concetto in questione³⁶⁴. Si riscontra, tuttavia, una vistosa lacuna nella mancanza di un esplicito riferimento all’effettiva tutela dei diritti umani nello Stato terzo. Ciò comporta che l’eventuale rinvio di un richiedente asilo in un Paese terzo sicuro non offre la garanzia che tale Stato provvederà a un esame effettivo della situazione soggettiva dell’individuo³⁶⁵. La regola del Paese terzo sicuro, in realtà è suscettibile di derogare al principio di *non-refoulement* da parte dello Stato che procede al rinvio, poiché l’individuo sarebbe privato, in sostanza, del diritto di accedere alla procedura di accertamento dello status di rifugiato, quale nucleo essenziale di un diritto fondamentale all’asilo.

Inoltre, per quanto concerne la possibilità da parte del richiedente asilo di contestare l’applicazione della regola del Paese terzo sicuro, la direttiva, rinviando alle legislazioni interne l’adozione di “*norme che consentano almeno al richiedente di impugnare l’applicazione del concetto di paese terzo sicuro a motivo del fatto che egli vi sarebbe soggetto a tortura o ad altra forma di pena o trattamento crudele, disumano o degradante*”³⁶⁶, non appare soddisfacente. Un ulteriore elemento di criticità attiene al rinvio ancora alle legislazioni interne per stabilire “*le norme che richiedono un legame tra la persona richiedente asilo e il paese terzo in questione, secondo le quali sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale paese*”, senza, tuttavia, indicare chiaramente i criteri attraverso cui è possibile individuare tale legame, né sono considerate rilevanti eventuali connessioni con il Paese in cui la domanda è presentata³⁶⁷.

Infine, una procedura di frontiera eccezionale consente di rifiutare l’accesso alla procedura di asilo a tutti gli stranieri, entrati illegalmente nel territorio europeo provenendo da un Paese terzo ritenuto sicuro, verso cui saranno respinti senza

³⁶⁴ Cfr. Direttiva ‘Procedure’, art. 27, par. 5.

³⁶⁵ BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla “Direttiva Procedure” 2005/85/CE*, cit., p. 186, evidenzia che la direttiva «si limita a prevedere che, onde operare il rinvio, vi deve essere il consenso del terzo Stato a riammettere il richiedente», sul punto si rinvia *infra* cap. 4.

³⁶⁶ Cfr. Direttiva ‘Procedure’, art. 27, par. 2., lett. c).

³⁶⁷ Osserva, invece, CORTESE, *L’esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: l’approccio dell’Unione europea, tra prassi degli Stati membri e competenze comunitarie*, in ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, p. 213, «La direttiva cerca timidamente di restringere la portata dell’esternalizzazione: non sembra infatti ammissibile un’esternalizzazione verso Paesi non europei privi di qualsiasi legame con la vicenda del richiedente asilo».

concedere alcuna possibilità di impugnare, a differenza degli individui stranieri regolari, la presunzione di sicurezza³⁶⁸.

Sulla base di tali lacune, si comprende come le proposte di modifica alla direttiva ‘Procedure’ abbiano recentemente insistito sulla revisione del concetto di Paese terzo sicuro. La complessità degli elementi che connotano tale strumento, inoltre, riflette il carattere controverso che essa svolge nella costruzione di un sistema europeo di asilo, fondato sulla previsione di uno status e una procedura uniforme, e uno scarso livello di armonizzazione. La scelta di prevedere misure minime, pur essendo potenzialmente utile all’introduzione di norme nazionali più favorevoli ai richiedenti asilo, potrebbe al contrario spingere gli Stati ad attestarsi su posizioni meno garantiste³⁶⁹. La procedura sottende un sistema di garanzie che non espandono tanto i diritti dei richiedenti asilo ma li restringono e li circoscrivono in funzione di una tutela della sovranità degli Stati membri³⁷⁰, si tratta di disposizioni che, come ha ravvisato la Commissione, “sono prive di ogni significato se le persone che desiderano ottenere protezione da uno Stato membro non riescono ad accedere effettivamente alla procedura d’asilo³⁷¹”.

3.7. L’avvio della seconda fase di sviluppo di un sistema europeo comune di asilo.

La struttura normativa delineata in attuazione del Programma di Tampere, pur contribuendo a fissare l’esistenza di un diritto all’asilo per motivi umanitari, corrispondente a un’esigenza di tutela che espande e innova i parametri tradizionali, codificati dalla Convenzione di Ginevra del 1951, non è riuscita a inquadrare pienamente tale diritto come prerogativa dell’individuo. Tuttavia, i cinque anni di

³⁶⁸ Sul punto si veda BENEDETTI, *op. cit.*, p. 204.

³⁶⁹ In questo senso BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla “Direttiva Procedure” 2005/85/CE*, cit., p. 180, evidenzia che la direttiva non contiene alcuna clausola di ‘standstill’, «onde evitare che il successivo processo di recepimento statale venga a tradursi in un peggioramento delle normative interne» in materia. Si veda anche ECRE, *Information Note on the Council Directive 2005/85/CE of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member states for granting and withdrawing refugee status*, 2006, disponibile in: <<http://www.ecre.org/files/Infnotprocdir.pdf>>.

³⁷⁰ COSTELLO, *The Asylum Procedure Directive in Legal Context*, cit., p. 192, sostiene che i governi nazionali «jealously guard their leeway to manipulate asylum procedures, in order to pursue various goals», testimoniando «the reluctance to commit to unequivocal procedural standards or maintain access to asylum within the EU». Nota inoltre NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 8, che «nella direttiva 2005/85/CE, composta da 46 articoli,...ben 42 sono le clausole di deroga».

³⁷¹ Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Consiglio, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, COM (2000) 578 def., del 20 Settembre 2000. Più recentemente in uno studio del Marzo 2010 sull’applicazione della direttiva ‘Procedure’ in alcuni Stati membri, lo stesso UNHCR, *Improving Asylum Procedures. Comparative analysis and recommendations for law and practice*, in: <<http://www.unhcr.org/4ba9d99d9.html>>, p. 91, ha ravvisato che «there are many areas in which individual’s rights are not respected, not only because of non-observance of the APD (Asylum Procedures Directive)».

fermento normativo hanno consentito di definire i fondamenti giuridici di un sistema europeo di asilo in seno al più ampio regime internazionale³⁷², sebbene la legislazione adottata nella prima fase di sviluppo non abbia permesso la realizzazione di un sistema di protezione che superasse le difformità presenti nelle legislazioni interne³⁷³.

Dal Consiglio europeo di Laeken del 14-15 Dicembre 2001 ai successivi vertici di Siviglia (21-22 Giugno 2002), Salonicco (19-20 Giugno 2003), che invitava espressamente il Consiglio e la Commissione ad esaminare le possibilità di migliorare ulteriormente le procedure di asilo per renderle più efficaci³⁷⁴, e Bruxelles (12-13 Dicembre 2003), si è constatata la lentezza circa l'adozione delle misure minime previste dal TCE e specificate dal Programma di Tampere, un livello insoddisfacente di armonizzazione tra gli Stati membri e una limitata attenzione al diritto di asilo, considerato ancora un obiettivo secondario rispetto al contrasto dell'immigrazione clandestina³⁷⁵.

L'esigenza di avviare la seconda fase di sviluppo del sistema europeo di asilo, i presupposti sono stati esplorati da alcune Comunicazioni della Commissione³⁷⁶, è stata ufficializzata nel Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 Novembre 2004 che, nella prospettiva di definire un nuovo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", ha adottato un nuovo Programma allegato alle Conclusioni della Presidenza, e noto

³⁷² Nota tuttavia JUSS, *The Decline and Decay of European Refugee Policy*, cit., p. 770, che tali traguardi «*all fall short of a full success story. The basic problem is that communitarization is dogged by the legacy of intensive trans-governmentalism. Some observations can be made*». Si veda anche BENEDETTI, *op. cit.*, p. 163 ss.; ZAGATO, *Le competenze dell'UE in materia di asilo*, cit., p. 192 ss. Gli stessi punti critici sono stati evidenziati dalla Commissione nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti*, COM (2004) 401 def., 2 Giugno 2004. I progressi del programma di Tampere sono stati soggetti a una valutazione semestrale da parte della Commissione nell'ambito del Quadro di controllo per l'esame dei progressi compiuti nella creazione di uno spazio di "libertà, sicurezza e giustizia", cfr. in particolare le Comunicazioni di aggiornamento semestrale della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, COM (2000) 167 def., 24 Marzo 2000; COM (2000) 782 def., 30 Novembre 2000; COM (2001) 278 def., 23 Maggio 2001; COM (2001) 628 def., 30 Ottobre 2001; COM (2002) 261 def., 30 Maggio 2002; COM (2002) 738 def., 16 Dicembre 2002; COM (2003) 291 def., 22 Maggio 2003; COM (2003) 812 def., 30 Dicembre 2003. Per alcuni commenti si veda SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 154 ss.

³⁷³ Cfr. *Piano strategico sull'asilo*, cit., supra nt. 227.

³⁷⁴ Consiglio europeo, *Conclusioni della Presidenza*, Salonicco, 19-20 Giugno 2003, punto 27.

³⁷⁵ Per un'analisi sistematica delle Conclusioni del Consiglio europeo relative al periodo citato si veda SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 164 ss.

³⁷⁶ Si rammenta, come osservato da SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 150, che tali Comunicazioni, generalmente indirizzate al Parlamento europeo e al Consiglio dell'UE, insieme alle Conclusioni del Consiglio europeo, costituiscono atti atipici non vincolanti, in particolare le Comunicazioni della Commissione assolvono la funzione di «*analyse the approach that the European Union should take on certain issues and express policy objectives of the Union in the given policy areas. The Communications are relatively detailed, especially as far as the future planning and the implementation of legal instruments are concerned*». Si veda in particolare la Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo, *Un sistema di asilo comune europeo più efficiente: la procedura unica come prossima fase*, COM (2004) 503 def., 15 Luglio 2004.

come *Programma dell’Aia*. Tale piattaforma programmatica, completata dal Piano d’azione approvato il 10 Giugno 2005, ha rappresentato la cornice della politica di immigrazione e asilo per il periodo 2004-2009, fondata su due poli di orientamento, imputabili rispettivamente alla definizione di nuove norme comuni vincolanti e alla previsione di un sistema procedurale centralizzato³⁷⁷, imperniato sul principio di solidarietà.

Tali obiettivi sono stati confermati dal nuovo programma pluriennale adottato dal Consiglio europeo nel 2010 per il periodo 2010-2014, noto come *Programma di Stoccolma*³⁷⁸, il quale ha riaffermato la necessità, sottesa anche al *Patto europeo sull’immigrazione e sull’asilo*, varato durante il semestre francese di presidenza dell’UE³⁷⁹, di instaurare un sistema comune di asilo entro il 2012, in sintonia con l’entrata in vigore del trattato di Lisbona che ha modificato la base giuridica della politica di asilo e d’immigrazione e con la linea di tendenza tracciata sul lungo periodo dal Consiglio europeo e recepita in alcuni importanti atti di natura politica, quali il *Piano strategico sull’asilo* del 2008, che prospetta le proposte di modifica della Commissione alla legislazione in vigore. L’azione della Commissione appare imperniata su tre punti, identificati dal *Piano strategico sull’asilo*, nell’elaborazione di standard di protezione migliori e più armonizzati, una cooperazione pratica effettiva e sostenuta e responsabilità e solidarietà maggiori fra Stati membri, e fra l’Unione e i Paesi terzi³⁸⁰.

3.7.1. *Dall’Aia a Stoccolma: il rilancio dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.*

L’esigenza di sviluppare un nuovo programma pluriennale per la costruzione di un sistema europeo comune di asilo si è avvertita come prospettiva di rilancio

³⁷⁷ Nel Programma dell’Aia, cit., *supra* nt. 222, si fa riferimento alla “*instaurazione di una procedura comune al riguardo e uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto l’asilo o la protezione sussidiaria*”. In questo senso la Commissione ha di recente disposto la realizzazione di uno studio di fattibilità al fine di valutare la possibilità di un esame congiunto a livello europeo, HAILBRONNER, *Study on the single asylum procedure*, cit., p. 56 ss.; in proposito ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 689 ss., nota che, qualora si manifestasse il consenso degli Stati membri, si potrebbe procedere alla seconda fase con la previsione di una procedura centralizzata senza aver completato la fase di armonizzazione graduale. Cfr. le osservazioni circa i vantaggi e le perplessità di una “*single european procedure*” in VEDSTED-HANSEN, *Common EU Standards on Asylum – Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?*, cit., p. 375 ss.

³⁷⁸ *Programma di Stoccolma*, cit., *supra* nt. 222.

³⁷⁹ Cfr. *Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo*, cit., *supra* nt. 223, il cui obiettivo n. 4 “*Costruire un’Europa dell’asilo*”, prevede che entro il 2012 sarà instaurata una procedura d’asilo unica con garanzie comuni, specificando che “*i rifugiati e i beneficiari di un’altra forma di protezione avranno inoltre uno statuto uniforme in tutta Europa*”. In proposito BERTOZZI, *European Pact on Migration and Asylum: a Stepping store toward Common European Migration Policy*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 19 (2009), n. 1, pp. 79-87, considera il Patto come «*a golden opportunity that simply must not be dismissed*».

³⁸⁰ *Piano strategico sull’asilo*, cit., *supra* nt. 227, punto 2.

dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 Novembre del 2004, alle cui Conclusioni della Presidenza è stato allegato il Programma dell’Aia, con l’obiettivo di “*migliorare la capacità comune dell’Unione e dei suoi Stati membri di garantire i diritti fondamentali, le garanzie procedurali minime e l’accesso alla giustizia per fornire protezione alle persone che ne hanno bisogno ai sensi della convenzione di Ginevra sui rifugiati e di altri trattati internazionali, regolare i flussi migratori e controllare le frontiere esterne dell’Unione*”³⁸¹.

Al fine di attuare gli obiettivi insiti nel nuovo programma pluriennale di rilancio dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, la Commissione ha presentato un piano d’azione che funge da quadro di riferimento per i lavori di Commissione e Consiglio, seguendo un calendario, scandito in dieci tappe, che riflettono le priorità per l’adozione e l’attuazione dell’insieme delle misure elencate, quali proposte legislative, documenti di consultazione, come ‘Libri verdi’ o relazioni.

L’avvio della seconda fase di sviluppo di un sistema europeo comune di asilo è una delle priorità sottese al programma dell’Aia, che si prefigge la creazione di una procedura comune per la trasmissione di tutte le richieste di asilo nell’UE e la previsione di uno status uniforme europeo sull’asilo e la protezione sussidiaria. A tal uopo, particolare attenzione è riposta allo studio delle possibilità, delle difficoltà e delle implicazioni giuridiche concernenti l’esame congiunto delle richieste di asilo sia all’interno sia all’esterno del territorio comunitario. Tuttavia, il programma dell’Aia non contiene altri dettagli o specificazioni di natura procedurale, rintracciabili, invece, nella rilevante Comunicazione della Commissione del 15 Luglio 2004, sulla procedura unica come prossima fase di sviluppo del sistema europeo comune di asilo³⁸².

³⁸¹ Le Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles hanno espressamente indicato che “*la seconda fase di sviluppo di una politica comune in materia di asilo, migrazione e frontiere è iniziata il 1° Maggio 2004. Dovrebbe fondarsi sulla solidarietà e su una ripartizione equa delle responsabilità, comprese le implicazioni finanziarie, e su una più stretta cooperazione pratica fra gli Stati membri: assistenza tecnica, formazione, scambio d’informazioni, monitoraggio di un’adeguata e tempestiva attuazione e applicazione degli strumenti nonché ulteriore armonizzazione della legislazione*”. Il Programma dell’Aia, intitolato appunto *Rafforzamento della Libertà, della Sicurezza e della Giustizia nell’Unione Europea*, approfondisce tutti gli aspetti relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: dalla cittadinanza ai diritti fondamentali, all’asilo e l’immigrazione, il controllo alle frontiere, la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale, la lotta al terrorismo. Cfr. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, vol. 11 (2008), n. 1, pp. 19-22; CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell’asilo, dell’immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza, giustizia*, in *Studi sull’integrazione europea*, vol. 3 (2008), n. 1, pp. 105-144; NASCIMBENE, *L’approccio globale nella gestione dell’immigrazione: la politica dell’UE alla luce dell’attuazione del Programma dell’Aia*, in *Diritto dell’Unione Europea*, vol. 13 (2008), n. 2, pp. 433-444, il quale considera tale programma come l’anello di congiunzione tra il diritto vigente e le prospettive di sviluppo; SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 173 ss.

³⁸² Cfr. COM (2004) 503 def., cit., *supra* nt. 375. Come afferma SIDORENKO-FERGUSON, *The Common European Asylum System*, cit., p. 164, «*this Communication represents the next step in the*

Tale Comunicazione rivela, anzitutto, come una procedura imperniata sulla valutazione delle necessità di protezione definite nella direttiva ‘Qualifiche’ e una sola autorità decisionale “è evidentemente più rapida rispetto a domande consecutive presentate ad una o più autorità, il che implica la valutazione di fatti identici e il parallelo svolgimento dei ricorsi contro le decisioni delle diverse autorità”, così come “la centralizzazione delle risorse per il trattamento delle domande di protezione può anche procurare vantaggi manifesti”.

Un altro vantaggio della procedura unica attiene alla maggiore protezione dei richiedenti la protezione internazionale, poiché elimina la circostanza che un individuo possa preliminarmente valutare se la sua richiesta combaci con i requisiti previsti dalla Convenzione di Ginevra del 1951, o comporti l’assegnazione di un’altra forma di protezione. L’adozione di una decisione in materia di protezione a seguito di una procedura completa e rapida, corroborata dalla possibilità di promuovere un ricorso contro tale decisione, “permette di eliminare ogni ambiguità e di contrastare la convinzione che vi siano miriadi di possibilità di rimanere in un paese per motivi di protezione”.

Il completamento della prima tappa del regime d’asilo europeo comune richiederebbe che le stesse garanzie procedurali siano applicate a tutte le domande di protezione internazionale definite nella direttiva ‘Qualifiche’³⁸³. Tale elemento rileva specialmente perché gli Stati membri accordano più spesso la protezione sussidiaria che la protezione fondata sulla Convenzione di Ginevra alle persone che chiedono protezione internazionale.

Allo stesso tempo, la Comunicazione non mira a scoraggiare l’attribuzione dello status di rifugiato, ma raccomanda un esame adeguato delle domande di protezione, in modo che la protezione sussidiaria possa costituire oggetto di esame solo dopo un’eventuale valutazione negativa della sussistenza dei requisiti necessari per il riconoscimento dello status di rifugiato, ai sensi della Convenzione di Ginevra. È necessario, comunque, corroborare i diritti dei richiedenti attraverso la previsione di un diritto di accesso ad appositi meccanismi di *judicial review* da parte dei soggetti i quali ritengono di non aver beneficiato dello status di protezione adeguato alla propria condizione.

Simili modifiche o correzioni al sistema in vigore richiedono ovviamente una fase preparatoria per l’adozione di misure di natura legislativa, basate sui risultati di

continuation of the process of the establishment of the Common European Asylum System by calling for a single procedure (‘One-Stop Shop’)».

³⁸³ Come si apprende dal testo della menzionata Comunicazione, “il diritto comunitario non può permettere che le persone che affermano di avere necessità di una protezione sussidiaria (per i quali il diritto comunitario prevederà anche uno status) non abbiano le stesse possibilità di presentare il loro caso e di esercitare i loro diritti di ricorso delle persone che affermano essere rifugiati (per le quali il diritto comunitario prevede uno status)”.

una consultazione degli Stati membri e degli altri destinatari, che riguarda tutte le questioni tecniche e politiche che si pongono.

Se il Programma dell’Aia lanciava una fase preparatoria necessaria per la completa attuazione delle misure adottate durante il primo stadio di sviluppo del sistema europeo di asilo, avviando una fase preparatoria per le modifiche da apportare alla legislazione in vigore, nel Programma di Stoccolma (2010-2014), il Consiglio europeo conferma che “*l’istituzione di un sistema europeo comune di asilo entro il 2012 resta un obiettivo politico chiave per l’Unione*³⁸⁴”.

Il nuovo programma per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia impone, inoltre, un approccio più pragmatico, fondato sulla “*effettiva attuazione degli strumenti giuridici pertinenti*”, di cui il *Patto sull’immigrazione e l’asilo* del 2008 costituisce una valida base.

L’aspetto più rilevante del programma di Stoccolma, incentrato sulla tutela del ‘cittadino’, concerne l’esigenza di conciliare la sovranità degli Stati di controllare le frontiere con il diritto dell’individuo di cercare e ottenere asilo dalle persecuzioni. Sulla base del principio di solidarietà che informa la nuova piattaforma programmatica, la seconda fase di sviluppo della politica europea di asilo, si auspica una piena e dignitosa integrazione dei rifugiati e di tutti i soggetti che meritano e trovano protezione nell’UE. In questa prospettiva gli Stati sono chiamati a potenziare e rendere più efficienti in termini di tutela dei diritti fondamentali i propri regimi interni in materia di asilo³⁸⁵. In sostanza, il programma di Stoccolma dovrebbe livellare definitivamente le disparità di tipo qualitativo tra i sistemi nazionali di asilo attraverso un controllo più capillare e sistematico del rispetto dell’acquis sul diritto di asilo tramite una rigorosa azione di *enforcement* da parte della Commissione. È significativa, in proposito la constatazione dell’Agenzia europea dei diritti fondamentali che nel suo commento sul programma in esame ha

³⁸⁴ Cfr. *Programma di Stoccolma*, cit., *supra* nt. 222, punto 6 “*Un’Europa all’insegna della responsabilità, della solidarietà e del partenariato in materia di migrazione e asilo*”. Sul programma di Stoccolma e le implicazioni in materia di asilo e immigrazione cfr. CAGGIANO, *Il Programma di Stoccolma dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (2010-2014)*, in *Sud in Europa*, vol. XII (2009), n. 3, pp. 4-5, il quale osserva che il nuovo programma s’identifica con lo status di cittadino europeo, secondo una suddivisione in quattro ‘cesti’, quali, la tutela dei diritti fondamentali e del pieno esercizio dei diritti connessi alla cittadinanza; la realizzazione di uno spazio europeo di giustizia, la strategia della sicurezza a difesa del cittadino, la solidarietà per una società più intergrata con riferimento alle situazioni giuridiche dei cittadini di Paesi terzi in seno all’UE. Sul punto si veda CARRERA, WIESBROCK, *Whose European Citizenship in the Stockholm Programme? The Enactment of Citizenship by Third Country Nationals in the EU*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 12 (2010), n. 3, 2010, pp. 337-359. Un commento sul Programma di Stoccolma con particolare riferimento alla tutela dei diritti umani è stato elaborato dall’Agenzia per i diritti fondamentali (FRA), *The Stockholm Programme: A chance to put fundamental rights protection right in the centre of the European Agenda*, Vienna, 14 Luglio 2009, disponibile in: <<http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-comments-on-Stockholm-Programme.pdf>>.

³⁸⁵ Cfr. in proposito COM (2009) 262 def., 10 Giugno 2009 e UNHCR, *2008 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, 16 Giugno 2009, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/4a375c426.html>>.

sottolineato l'importanza di rimuovere i limiti al pieno godimento del diritto fondamentale all'asilo, affermato nell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali, attraverso una nuova fase di produzione legislativa³⁸⁶. Tale fattore, che depone a favore di un'ineludibile evoluzione in senso individuale del diritto di asilo, costituisce anche il parametro per valutare i principali strumenti adottati e suggerire le dovute modifiche, soprattutto con riferimento alla criticata direttiva 'Procedure', che lascia impregiudicata la discrezionalità degli Stati membri, e la direttiva 'Qualifiche', che mantiene notevoli disparità tra i beneficiari delle differenti forme di protezione, pregiudicando un equo godimento dei diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali.

In risposta agli orientamenti contenuti nel Programma dell'Aia, confermati poi dal programma di Stoccolma, la Commissione nel 2007 ha elaborato il *Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo*, che si propone di individuare "le possibili scelte per definire la seconda fase della creazione del regime comune europeo in materia di asilo, in conformità dell'attuale ordinamento giuridico...", al fine "di fare dell'Unione europea uno spazio di protezione unico per i rifugiati". La sfida principale resta l'adozione di una procedura unica per la richiesta di asilo e l'equiparazione tra le varie forme di protezione che assume particolare rilievo per la maggiore garanzia assegnata al principio di non discriminazione³⁸⁷.

3.7.2. *Il cantiere della Commissione sul diritto di asilo: le riforme proposte sulla legislazione in vigore.*

La prima fase di costruzione del sistema europeo comune di asilo ha rivelato contraddizioni, tali da indurre parte della dottrina a ritenere le misure adottate sulla base del Titolo IV TCE come "una sorta di copertura della volontà dei singoli Stati membri di riscrivere al ribasso gli impegni assunti a livello internazionale³⁸⁸". Nell'ottica di confutare simili opinioni s'inquadra l'ingente lavoro di riforma che la Commissione, a seguito di ampie consultazioni, ha intrapreso, indicando nel *Piano strategico sull'asilo* del 2008 le misure concrete che intenderà sottoporre

³⁸⁶ Cfr. FRA, *The Stockholm Programme*, cit., p. 11, si specifica che «the FRA...supports the proposal by the Commission on the need to adopt swiftly the legislative proposals of the second phase of harmonisation in full compliance with the 1951 Convention relating to the Status of Refugees as required by the Treaty on the Functioning of the European Union».

³⁸⁷ Commissione europea, *Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo*, cit., p. 1. La Commissione precisa che "uno status del genere, che garantirebbe gli stessi diritti a prescindere dalle motivazioni che giustificano la protezione, avrebbe un vantaggio: dissuaderebbe infatti i richiedenti dal formare ricorso contro le decisioni che concedono una protezione sussidiaria per ottenere lo status di rifugiato".

³⁸⁸ Cfr. GUILD, *Seeking Asylum: Storms Clouds between International Commitments and EU Legislative Measures*, in *European Law Review*, vol 29 (2004) n. 2, pp 198 - 218, la cui tesi è respinta in particolare da ZAGATO, *Le competenze dell'UE in materia di asilo*, cit., p. 197 ss., il quale la considera riduttiva degli sforzi di natura intergovernativa che tuttavia sono riusciti a far partire la costruzione di un sistema comune di asilo.

all’adozione di Consiglio e Parlamento³⁸⁹, in sintonia con lo spirito con cui il programma di Stoccolma assegna all’UE l’obiettivo di stabilire “*uno spazio comune di protezione e solidarietà*”, basato su norme elevate in materia di protezione.

Il cantiere della Commissione sarà inevitabilmente influenzato dall’antrata in vigore del trattato di Lisbona che modifica, con alcuni cambiamenti rilevanti, la base giuridica per la disciplina della politica di asilo, definendo l’alveo entro il quale tale piano strategico sarà attuato, nel rispetto della normativa derivata tuttora in vigore³⁹⁰. Sulla base delle valutazioni sintetizzate nel Piano strategico sull’asilo, la Commissione ha riscontrato la preponderante incidenza della sovranità territoriale e della sicurezza degli Stati membri contrapposta sulla garanzia dei diritti dei richiedenti asilo ed ha pertanto proposto delle modifiche agli strumenti normativi adottati³⁹¹.

3.7.2.a. La revisione dei regolamenti ‘Dublino II’ e ‘EURODAC’.

La Commissione ha, anzitutto, presentato proposte di modifica ai due regolamenti sul meccanismo ‘Dublino II’ e il sistema ‘EURODAC’³⁹². Sebbene la proposta di modifica del meccanismo per la determinazione dello Stato responsabile per l’esame di una richiesta di asilo confermi i criteri di precedenza già consolidati, essa vuole assicurare maggiore coerenza all’*acquis* in materia di asilo, estendendo la procedura anche ai soggetti che intendono beneficiare della protezione sussidiaria³⁹³.

³⁸⁹ Cfr. *Piano strategico sull’asilo*, cit., *supra* nt. 227, par. 1.1. L’elaborazione di tale piano strategico si basa sul riscontro concernente gli ottantanove contributi consultabili in: <http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/gp_asylum_system/news_contributions_asylum_system_en.htm>, pervenuti da varie parti interessate in risposta ad un’ampia consultazione pubblica.

³⁹⁰ Il Piano strategico sull’asilo specifica che “*l’eventuale modifica della base giuridica si ripercuoterà sul calendario di presentazione delle proposte di cui al presente piano strategico. Ne consegue che la scadenza per il completamento della seconda fase del sistema europeo comune di asilo potrebbe dover essere posticipata, eventualmente al 2012*”. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 689, nota, tuttavia, che «la connotazione che tale sistema dovrebbe assumere risulta al momento ancora alquanto indefinita», poiché nel piano strategico della Commissione sembrano coesistere strategie diverse di difficile coordinamento.

³⁹¹ Per una valutazione delle proposte di riforma dell’*acquis* sul diritto di asilo cfr. BENEDETTI, *op. cit.* p. 182 ss.; NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 5 ss.

³⁹² Cfr. *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide*, COM (2008) 820 def., 3 Dicembre 2008. Per quanto riguarda la baca-dati ‘EURODAC’, ad una prima proposta di modifica, COM (2008) 825 def., 3 Dicembre 2008, ha fatto seguito un’altra proposta, COM (2009) 342 def., 10 Settembre 2009, volta ad accogliere gli emendamenti del Parlamento europeo concernenti la possibilità per le autorità di contratto degli Stati membri e di Europol di accedere ai dati contenuti nel sistema ‘EURODAC’ ai fini di prevenzione, individuazione e investigazione di reati di terrorismo e altri gravi reati.

³⁹³ L’art. 1 della proposta della Commissione sostituisce in questo senso il riferimento alla ‘domanda di asilo’, affermando che “*il presente regolamento stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione*

Si prevedono anche maggiori garanzie procedurali, tra cui un diritto di informazione del richiedente asilo più funzionale e preciso³⁹⁴. Sono stabiliti alcuni fondamentali diritti procedurali, quali il diritto di presentare ricorso contro una decisione di trasferimento, il diritto all’assistenza e/o alla rappresentanza legale e, se necessario, all’assistenza linguistica, ed è precisata la procedura di notifica per rendere più effettivo il diritto d’impugnazione³⁹⁵. Si afferma, inoltre, il principio dell’accesso effettivo alla procedura di asilo, precisando l’obbligo per lo Stato competente di procedere a una valutazione completa delle esigenze di protezione dei richiedenti asilo trasferiti sul suo territorio.

Considerata la forte pressione migratoria a cui sono esposti alcuni Stati, nel disposto dell’art. 31, è prevista la sospensione temporanea del trasferimento verso uno Stato che non è in grado di accogliere i richiedenti, restando competenti gli Stati in cui si trovino gli individui³⁹⁶. In questo contesto, rileva la recente istituzione dell’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo con sede a Malta, il cui compito consiste anche nella promozione della cooperazione pratica fra Stati, i cui sistemi di asilo e accoglienza sono sottoposti a particolare pressione³⁹⁷. La nuova struttura dovrebbe

internazionale, presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide”.

³⁹⁴ Si prevede, a tal uopo, nel novellato art. 4 del Regolamento ‘Dublino II’, concernente il diritto d’informazione, l’adozione di un opuscolo informativo comune a tutti gli Stati membri affinché “*informati meglio sulle implicazioni del regolamento Dublino, i richiedenti saranno più consapevoli della procedura di determinazione della competenza, il che fra l’altro potrebbe contribuire a ridurre il fenomeno dei movimenti secondari*”.

³⁹⁵ Il nuovo art. 26 stabilisce che “*Il richiedente o altra persona di cui all’articolo 18, paragrafo 1, lettera d), ha diritto a un ricorso effettivo avverso la decisione di trasferimento di cui all’articolo 25, o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale*”. Il trasferimento, inoltre, non potrà essere eseguito prima che sopraggiunga la decisione sul ricorso in parola.

³⁹⁶ Ai sensi dell’art. 31, la richiesta è rivolta alla Commissione, che qualora ritenga che a motivo della situazione in cui versa uno Stato membro il livello di tutela dei richiedenti protezione internazionale rischi di non essere conforme alla legislazione comunitaria, può decidere la sospensione di tutti i trasferimenti verso lo Stato membro interessato. La Commissione notifica al Consiglio e agli Stati membri la decisione. Entro un mese dal ricevimento della notifica, qualsiasi Stato membro può deferire la decisione della Commissione al Consiglio che, deliberando a maggioranza qualificata, può prendere una decisione diversa entro un mese.

³⁹⁷ Cfr. Regolamento UE n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 Maggio 2010, *che istituisce l’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo*, in GUUE n. L. 132 del 29 Maggio 2010, pp. 11-28. In proposito si veda COMTE, *Une nouvelle agence dans le paysage institutionnel européen: le Bureau européen d’appui en matière d’asile*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, 2010, n. 2, pp. 287-320, il quale spiega in termini di efficacia l’esigenza di istituire una nuova agenzia, la trentunesima del sistema dell’UE, con compiti ristretti al campo specifico del diritto di asilo, sottolineando che l’attribuzione di competenze in materia ad agenzie esistenti, quali FRA o FRONTEX, avrebbe sminuito la rilevanza della tematica dell’asilo. Il considerando n. 10 del Regolamento dispone la necessità che, in regime di indipendenza e autonomia, “*l’Ufficio di sostegno agisca altresì in stretta cooperazione con l’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) e, se opportuno, con le pertinenti organizzazioni internazionali, per beneficiare della loro competenza e del loro sostegno*”. Il successivo considerando n. 11 prevede comunque che il nuovo organismo cooperi in particolare con l’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa

facilitare lo scambio d’informazioni tra gli Stati membri soprattutto sugli Stati di origine³⁹⁸, la condivisione delle migliori prassi e una riallocazione funzionale dei richiedenti asilo nel territorio dell’UE secondo il principio di solidarietà tra gli Stati.

Nel nuovo art. 27 della proposta di revisione del regolamento ‘Dublino II’, recuperando il valore della giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani, si specifica, inoltre, che “*gli Stati membri non trattengono una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente protezione internazionale*”, e che tale trattenimento si giustifica solo se sussistono rischi di fuga o misure alternative risultino scarsamente efficaci.

Soggetto a modifiche è anche il principio di unità familiare, per il quale si propone, soprattutto a tutela dell’interesse prevalente del minore, un’interpretazione estensiva del concetto di ‘famiglia’, tale da ricomprendere anche i familiari che beneficiano di protezione sussidiaria, soggiornanti in un altro Stato membro (artt. 9-10).

Le clausole ‘umanitaria’ e ‘di sovranità’, sono, inoltre, riunite in un’unica disposizione (art. 17), relativa alle cosiddette “clausole discrezionali”, in cui si prevede il ricorso alla clausola di sovranità principalmente per motivi umanitari e previo il consenso del richiedente protezione³⁹⁹, la clausola umanitaria, invece, sarà suscettibile di applicazione nei casi in cui ad un approccio rigido ai criteri di precedenza potrebbe conseguire la separazione tra familiari.

Particolare attenzione è dunque riposta all’impatto sui diritti fondamentali, colmando le lacune del sistema in vigore⁴⁰⁰. A tale esigenza è improntata anche la proposta di rifusione del regolamento ‘EURODAC’, a cui si richiede la compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali, consentendo, pertanto, che il diritto di asilo venga esercitato come diritto fondamentale del richiedente⁴⁰¹. Per

alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea (FRONTEX), istituita dal Regolamento (CE) del Consiglio n. 2007/2004, in GUUE L 349 del 25 Novembre 2004, p. 1.

³⁹⁸ L’art. 4 del Regolamento istitutivo dell’Ufficio europeo di sostegno all’asilo contiene un elenco dettagliato delle misure relative allo scambio di informazioni sui Paesi di origine, includendo la raccolta, secondo modalità trasparenti e imparziali, d’informazioni pertinenti, affidabili, accurate e aggiornate sui Paesi di origine, l’elaborazione di apposite relazioni, l’elaborazione di un formato e di una metodologia comuni per la presentazione, la verifica e l’utilizzo delle informazioni.

³⁹⁹ La proposta della Commissione specifica anche che “*per garantire che la clausola di sovranità non sia applicata contro gli interessi del richiedente, è mantenuto l’obbligo di ottenere il consenso di quest’ultimo*”.

⁴⁰⁰ Si chiarisce espressamente che “*la...proposta è stata oggetto di un esame approfondito volto a garantire la piena compatibilità con i diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale. Particolare rilievo è stato dato alla necessità di rafforzare le garanzie legali e procedurali delle persone soggette alla procedura Dublino e permettere loro di difendere meglio i loro diritti, nonché all’esigenza di rispettare maggiormente il diritto all’unità familiare e migliorare la situazione dei gruppi vulnerabili*”.

⁴⁰¹ Tale aspetto era evidenziato soprattutto dalla prima proposta di modifica, COM (2008) 820 def., 3 Dicembre 2008, da cui si desumeva che “*per quanto riguarda il diritto di asilo, le modifiche alle disposizioni del regolamento riguardanti le informazioni da fornire ai richiedenti asilo in merito all’applicazione del sistema Dublino fanno sì che questo diritto possa essere effettivamente*

quanto attiene alla tutela specifica dei dati personali, la proposta della Commissione contempla, nel disposto dell’art. 21, il divieto specifico di trasmettere a Paesi terzi, organizzazioni o enti non autorizzati i dati, con riguardo alla situazione particolare dei richiedenti protezione internazionale, per evitare che entrino a disposizione degli stessi Paesi da cui il richiedente è fuggito o di cui teme la persecuzione. È innovato, pertanto, il regime relativo alla gestione e sicurezza dei dati, prevedendo “*una gestione efficiente della cancellazione*”, in modo che tali dati siano conservati solo funzionalmente all’identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono raccolti.

3.7.2.b. Le modifiche proposte alle Direttive di armonizzazione minima.

Anche l’insieme delle misure minime contenute nelle direttive elaborate in attuazione del programma di Tampere è stato soggetto al cospicuo lavoro di revisione da parte della Commissione, la quale, sulla base del Piano strategico per l’asilo, ha presentato modifiche, volte a eliminare le disparità derivanti dall’esistenza di diversi status di protezione e introdurre standard di tutela più elevati.

Per quanto attiene alla proposta di modifica della direttiva 2003/9/CE sull’accoglienza dei richiedenti asilo, come si evince dalla consultazione delle parti interessate, la proposta mira a riallineare il sistema europeo agli standard internazionali in materia di tutela dei diritti umani, stabilendo, norme più elevate di trattamento nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, per garantire “*un livello di vita dignitoso, in conformità con quanto stabilito nel diritto internazionale*”⁴⁰².

Quanto alla portata, la proposta della Commissione prevede che essa si applichi a tutte le procedure di richiesta di protezione, inclusa, dunque, la richiesta di protezione sussidiaria. In particolare, la proposta contiene alcune innovazioni con riferimento alle condizioni di trattenimento dei richiedenti protezione e all’accesso alle condizioni materiali di accoglienza.

I nuovi articoli 8 -11 della proposta, informati al principio fondamentale che nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di chiedere protezione internazionale, allineandosi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e ai principali strumenti

esercitato”. La nuova proposta di modifica del 10 Settembre 2009, sottolinea la rilevanza della nuova disposizione che impone agli Stati membri di indicare nell’EURODAC se agiscono in applicazione delle clausole discrezionali previste dal regolamento Dublino, agevolando la comunicazione tra gli Stati membri e riducendo l’incertezza per il richiedente asilo. In generale, sulle proposte di modifica delle varie banche-dati create nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, cfr. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell’asilo, dell’immigrazione*, cit., p. 137 ss.

⁴⁰² Cfr. *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, COM (2008) 815 def., 3 Dicembre 2008.

internazionali, prevede il ricorso al trattenimento soltanto in casi eccezionali e abbia una durata “quanto più breve possibile⁴⁰³”. Il provvedimento deve essere motivato e il richiedente deve esserne “immediatamente” informato per iscritto e deve poter godere dell’accesso all’assistenza e/o alla rappresentanza legali, concesse gratuitamente dagli Stati membri. Particolarmente importante è il disposto dell’art. 10, in base a cui si fa obbligo agli Stati di non trattenere i richiedenti in istituti penitenziari ma solo in appositi centri di trattenimento, preservando la possibilità di stabilire contatti con i familiari e l’UNHCR e altri organismi competenti.

Anche l’accesso alle condizioni materiali di accoglienza appare soggetto a miglioramenti circa la tutela dei diritti fondamentali, introducendo dei correttivi, come l’obbligo per gli Stati di tenere conto, nell’assegnazione degli alloggi, del genere, dell’età e della situazione delle persone con esigenze particolari. Per fare in modo che l’accesso alle condizioni materiali di accoglienza assicuri “una qualità di vita adeguata per la salute ed il sostentamento dei richiedenti asilo”, la proposta obbliga gli Stati membri a tenere conto del livello di assistenza sociale garantito ai propri cittadini, quando assegnano un aiuto finanziario ai richiedenti asilo. Innovazioni rilevanti si riscontrano anche per quanto riguarda l’accesso al mercato del lavoro da parte dei richiedenti, introducendo due misure specifiche, previste dall’art. 15, consistenti nella possibilità di accesso all’occupazione dopo al massimo sei mesi a decorrere dalla presentazione della domanda di protezione internazionale, inoltre, in ossequio al principio di non discriminazione, si prevede per gli Stati che le condizioni nazionali di accesso al mercato del lavoro non limitino indebitamente l’ingresso dei richiedenti asilo in quel mercato.

In definitiva, la previsione di condizioni di accoglienza più elevate ed eque avrà conseguenze molto positive sui richiedenti asilo dal punto di vista dei diritti fondamentali.

Analogo effetto verso una maggiore protezione dei diritti umani assolverebbe la recente proposta di rifusione della direttiva ‘Qualifiche’⁴⁰⁴, adottata, sulla base del Libro Verde del 2007, congiuntamente alla rifusione della direttiva sulle procedure

⁴⁰³ L’art. 9 della Proposta stabilisce che il trattenimento “non non supera il tempo ragionevolmente necessario agli adempimenti amministrativi previsti per ottenere informazioni sulla cittadinanza del richiedente asilo o sugli elementi sui quali si fonda la sua domanda, o allo svolgimento del procedimento volto a stabilire se abbia il diritto di entrare nel territorio”.

⁴⁰⁴ Cfr. *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*, COM (2009) 551 def., 21 Ottobre 2009. Come espressamente indicato, l’obiettivo della proposta mira a introdurre “norme di protezione più elevate in relazione sia ai motivi che al contenuto della protezione, in linea con le norme internazionali”, che garantiscano la piena e completa applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951, e il pieno rispetto della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Si veda anche il rilevante commento dell’ECRE, *Comments on the European Commission Proposal to recast the Qualification Directive*, Marzo 2010, disponibile in: <http://www.ecre.org/files/ECRE_Position_Recast_Qualification_Directive.pdf>.

al fine di garantire un livello superiore di armonizzazione e migliori norme di protezione sia sul piano sostanziale sia a livello procedurale, come richiesto dal programma dell’Aia del 2004. Tale proposta mira a garantire un maggiore rispetto del regime internazionale di protezione dei rifugiati e degli strumenti regionali a tutela dei diritti umani, tra cui la Carta dei diritti fondamentali.

Dalle consultazioni con le parti interessate era emersa una convergenza circa un’ulteriore armonizzazione dei motivi e del contenuto della protezione, ma anche una divergenza su due questioni, relative all’espansione della nozione di ‘familiari’ e la modifica del concetto di ‘determinato gruppo sociale’. La Commissione propone un approccio pragmatico, volto ad ampliare la definizione di familiari coerentemente con le proposte che modificano il regolamento ‘Dublino II’ e la direttiva ‘Accoglienza’. Quanto alla definizione del motivo “appartenenza a un determinato gruppo sociale”, si è voluto fornire indicazioni più concrete sull’importanza da attribuire alle considerazioni di genere.

La proposta, inoltre, affronta alcune questioni delicate relative ai soggetti che offrono protezione, esprimendo la necessità di indicare un elenco esaustivo che eviti le differenti interpretazioni, tenendo in debito conto che alcuni ordinamenti nazionali interpretano estensivamente l’attuale definizione, considerando potenziali soggetti che offrono protezione anche clan, tribù o specifiche ONG, “*sebbene queste siano in grado di garantire alle vittime della persecuzione soltanto un’incolumità temporanea, o addirittura solo un rifugio*”⁴⁰⁵. Merita attenzione, pertanto, il concetto della “*volontà di proteggere*”⁴⁰⁶, con cui la proposta intende respingere la semplice circostanza che il soggetto sia in grado di fornire protezione come condizione sufficiente, sottolineando che tale volontà deve essere effettivamente completata da una concreta capacità di proteggere. Questo fattore si configura come un elemento patologico, poiché spesso può materializzarsi l’ipotesi che un soggetto, benché abbia la volontà di proteggere, in realtà non è dotato di quegli strumenti che traducano empiricamente l’intenzione nell’effettiva capacità di proteggere. Ciò vale, come confermato da un recente emendamento del Parlamento europeo, anche per le stesse entità statali, per le quali non si dovrebbe presumere che lo Stato da cui un

⁴⁰⁵ In particolare il commento elaborato dall’ECRE, cit., *supra* nt. 403, ha rimarcato come la protezione garantita dagli attori non statali sia «*limited in scope*» e «*limited in time*» e, pertanto «*may prove to be surprisingly volatile*». Per tali considerazioni, l’ECRE suggerisce di emendare l’art. 7 par. 1, specificando che solo le autorità statali possano considerarsi come ‘agenti di protezione’.

⁴⁰⁶ A tal fine, la proposta precisa che la protezione deve essere “*effettiva e duratura*”, e che i soggetti non statali che offrono protezione “*devono avere la volontà e la capacità di far rispettare lo stato di diritto*”. L’art. 7 della direttiva, in riferimento ai soggetti che offrono protezione, stabilisce, come già osservato che “*la protezione è in generale fornita...se il richiedente ha accesso a tale protezione*”, indicando indirettamente la semplice possibilità di accedere ai meccanismi di protezione dello Stato territoriale come condizione sufficiente per soddisfare uno standard di protezione.

richiedente asilo cerca protezione abbia necessariamente “la volontà e la capacità di far rispettare lo stato di diritto”⁴⁰⁷.

Anche il profilo sostanziale della protezione richiede notevoli correzioni a cui la proposta di modifica ha inteso assolvere, precisando che tale protezione “*può essere negata solo qualora la protezione possa essere ottenuta almeno in una parte del territorio del paese di origine*”. L’art. 8 della proposta, adeguandosi alla recente giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, stabilisce che un trasferimento interno allo stesso Paese di origine deve essere condizionato dalla valutazione preventiva delle condizioni generali vigenti in tale parte del Paese nonché delle circostanze personali del richiedente, avvalendosi a tal fine anche delle opinioni espresse da varie fonti d’informazione, quali l’UNHCR e l’Ufficio europeo di sostegno all’asilo⁴⁰⁸.

Sul piano della maggiore protezione dei diritti umani, due aspetti consentono di rilevare dei progressi. Anzitutto, con riferimento al nesso di causalità, quando lo Stato non sia in grado o non voglia fornire protezione alla persona interessata per un motivo connesso alla Convenzione di Ginevra, la condizione del collegamento è soddisfatta anche “*quando sussiste un collegamento tra gli atti di persecuzione e la mancanza di protezione contro tali atti*”⁴⁰⁹. Inoltre, la proposta di direttiva innova rispetto al diritto internazionale con riferimento alla definizione di “*gruppo sociale*” la cui appartenenza potrebbe essere fonte di condotte persecutorie. La proposta, correggendo la formulazione ambigua del vigente art. 10, par. 1, lett. d), prevede che siano tenute in debito conto le considerazioni di genere, ai fini di determinare l’appartenza ad un determinato gruppo sociale, valutando, ad esempio, il fatto che le

⁴⁰⁷ Parlamento europeo, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), *Progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, 2009/0164 (COD), 28 Settembre 2010, Relatore: Jean Lambert, cfr. in particolare emendamento 6. Nello stesso senso depone il commento presentato nel Maggio 2010 dall’ECRE, cit., *supra* nt. 403, pp. 6-7.

⁴⁰⁸ In *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, sent. dell’11 Gennaio 2007, ricorso n. 1948/04, punto 141, la Corte europea per i diritti umani ha riconosciuto che l’art. 3 CEDU non esclude la possibilità degli Stati di ricorrere ad un trasferimento interno alternativo, tuttavia, confermando quanto già affermato nel caso di un rinvio indiretto verso un altro Paese, la Corte non pregiudica la responsabilità dello Stato che procede all’espulsione “*to ensure that he or she is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention*” e pertanto “*...It sees no reason to hold differently where the expulsion is, as in the present case, to take place not to an intermediary country but to a particular region of the country of origin*”. La Corte, inoltre, considera come precondizioni per il ricorso ad un trasferimento interno alternativo alcune garanzie, implicanti che “*the person to be expelled must be able to travel to the area concerned, gain admittance and settle there, failing which an issue under Article 3 may arise, the more so if in the absence of such guarantees there is a possibility of the expellee ending up in a part of the country of origin where he or she may be subjected to ill-treatment*”.

⁴⁰⁹ In questo senso cfr. anche il commento dell’ECRE, cit., *supra* nt. 403, sulla modifica dell’art. 9, par. 3.

donne in alcune società rappresentano un gruppo sociale⁴¹⁰. Appare, comunque, opportuno che la valorizzazione del fattore sessuale includa anche gli individui di orientamento omosessuale, non solo perché ancor più delle donne, in determinate società essi sono vittime di persecuzione, ma anche per garantire un uniforme trattamento a livello europeo, in considerazione del fatto che di recente alcune corti interne hanno inteso riconoscere il diritto di asilo a soggetti perseguitati per l’orientamento sessuale⁴¹¹.

Nel complesso, il risultato più efficace della proposta di modifica attiene al ravvicinamento dei due status di beneficiari della protezione, cui si accenna nella stessa nuova denominazione dello strumento proposto, che annulla l’originaria connotazione temporanea della protezione sussidiaria, da cui scaturiva la previsione di un livello di diritti inferiore rispetto ai soggetti riconosciuti come rifugiati. Tale ravvicinamento dei diritti è necessario per garantire il pieno rispetto del principio di non discriminazione alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Starsburgo⁴¹².

Per assicurare coerenza all’obiettivo della seconda fase di sviluppo di stabilire una procedura unica ed uno status uniforme come pilastri del sistema europeo comune di asilo, la proposta di modifica delle direttiva ‘Qualifiche’ è soggetta ad un *iter* legislativo contestuale e parallelo all’esame della proposta di modifica della direttiva ‘Procedure’⁴¹³, entrambe attualmente all’esame del Parlamento europeo, la cui Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) ha

⁴¹⁰ L’art. 10, par.1, lett. d) della direttiva ‘Qualifiche’ individua un gruppo sociale quando “*i membri di tale gruppo condividono una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l’identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, e tale gruppo possiede un’identità distinta nel paese di cui trattasi, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante. In funzione delle circostanze nel paese d’origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell’orientamento sessuale. L’interpretazione dell’espressione «orientamento sessuale» non può includere atti classificati come penali dal diritto interno degli Stati membri; possono valere considerazioni di genere, sebbene non costituiscano di per se stesse una presunzione di applicabilità del presente articolo*”.

⁴¹¹ Cfr. Corte suprema inglese, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, sent. del 7 Luglio 2010, disponibile in: <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0054_Judgment.pdf>, in cui è stata confutata la *ratio* delle corti inferiori, le quali avevano ritenuto che nel caso dell’omosessualità il rischio di persecuzione poteva essere allontanato, tenendo segreto il proprio orientamento sessuale, e ha considerato che una simile costrizione costituirebbe una negazione della propria identità. A seguito di tale pronuncia il governo inglese ha inteso modificare la propria legislazione circa il trattamento dei richidenti asilo di orientamento omosessuale.

⁴¹² In particolare cfr. Ct.EDU, *Niedzwiecki c. Germania* e *Okpiz c. Germania*, sent. del 15 Febbraio 2006, ricorsi nn. 58453/00 e 59140/00.

⁴¹³ *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale (rifusione)*, COM (2009) 554 def., 21 Ottobre 2009. Si veda anche il rilevante commento dell’ECRE, *Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, Maggio 2010, disponibile in: <http://www.ecre.org/files/ECRE_Comments%20APD_May2010.pdf>.

presentato alla fine del 2010 dei progetti di relazione contenenti alcuni emendamenti⁴¹⁴.

Considerati i limiti e le critiche che hanno caratterizzato il più recente strumento di armonizzazione in materia di asilo, quale la direttiva ‘Procedure’, la Commissione ha presentato nel 2009 una proposta di modifica, volta a definire le condizioni necessarie affinché le procedure di asilo siano “accessibili, efficienti, eque e contestualizzate”. Nell’intento di favorire l’applicazione coerente dell’*acquis* sul diritto di asilo, la proposta prevede una procedura unica per entrambe le forme di protezione internazionale previste dalla direttiva ‘Qualifiche’. In questa prospettiva, il disposto del nuovo art. 9 par. 2 chiarisce che “*l’esame della domanda di protezione internazionale determina anzitutto se al richiedente è attribuibile la qualifica di rifugiato. In caso contrario, l’esame determina se l’interessato è ammissibile alla protezione sussidiaria*”.

Per quanto concerne l’accesso alla procedura, si specifica nell’art. 6 che la direttiva si applica anche alle acque territoriali⁴¹⁵, imponendo alle guardie di frontiera, alla polizia e al personale dei centri di trattenimento di fornire tutte le informazioni sulle procedure relative alla presentazione di una domanda di protezione internazionale⁴¹⁶.

Sul piano delle garanzie procedurali riconosciute ai richiedenti, un recente emendamento del Parlamento europeo ha inoltre previsto la possibilità di presentare istanza di protezione da parte di un rappresentante legale, qualora i richiedenti non possano inoltrarla di persona⁴¹⁷. La proposta modifica altresì le disposizioni vigenti in materia di procedure accelerate, stabilendo un elenco esaustivo e limitato di motivi per accelerare l’esame delle domande manifestamente infondate,

⁴¹⁴ Cfr. rispettivamente, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), *Progetto di relazione*, 2009/0164 (COD), 28 Settembre 2010, cit., *supra* nt. 406; *Progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale*, 2009/0165(COD), 15 Dicembre 2010, Relatore: Sylvie Guillaume. Le relazioni dovrebbero essere adottate nella sessione plenaria del Parlamento europeo e dovranno essere tenute in considerazione dalla Commissione europea, che è in fase di elaborazione una versione modificata della sua proposta di rifusione.

⁴¹⁵ L’ECRE nel suo commento, *supra* nt. 412, ritiene che «*Member States’ responsibility to provide access to an asylum procedure can adhere even beyond territorial waters, at least whenever a Member State actor exercises effective control over an asylum seeker outside third-country territory*». Si può attestare, infatti, una consolidata prassi in base alla quale è possibile ritenere che gli Stati sono vincolati agli obblighi derivanti dal diritto internazionale specialmente in materia di diritti umani anche quando esercitano operazioni di controllo in alto mare, cfr. in proposito Ct.EDU, *Medvedev e altri c. Francia*, sent. del 23 Marzo 2010, ricorso n. 3394/03, parr. 62-67.

⁴¹⁶ Si prevede anche che le autorità competenti “*provvedono a registrare le domande di protezione internazionale entro 72 ore dacché l’interessato ha espresso il desiderio di chiedere la protezione internazionale*”. Al fine di garantire maggiori garanzie per i diritti fondamentali dei richiedenti, il nuovo art. 4 attribuisce agli Stati il compito di provvedere a dotare l’autorità competente per l’esame delle domande di un personale competente e specializzato in materia di diritti umani, diritto internazionale dei rifugiati e trattamento delle informazioni.

⁴¹⁷ Cfr. *Progetto di relazione*, 2009/0165 (COD), 15 Dicembre 2010, cit., *supra* nt. 413.

conformemente alle indicazioni dell’UNHCR⁴¹⁸, ed eliminando la possibilità di omettere il colloquio personale. Si conferma, tuttavia, la critica, già espressa dall’UNHCR con riferimento all’art. 7 della direttiva ‘Procedure’, concernente la circostanza che il diritto di rimanere sia limitato alla durata del procedimento di primo grado⁴¹⁹. Parimenti, si reiterano le perplessità circa la previsione alquanto ambigua, dettata dall’art. 10 e riconfermata nel nuovo art. 11 della proposta, secondo cui, “*il richiedente asilo è informato dell’esito della decisione dell’autorità accertante in una lingua che è ragionevole supporre possa capire*”⁴²⁰.

Per esigenze di ‘razionalizzazione’, ai sensi del nuovo art. 27, la procedura d’asilo deve essere espletata entro il termine di sei mesi, prorogabili di altri sei in singoli casi comportanti questioni complesse in fatto e in diritto. Inoltre, in conformità agli obblighi internazionali, la proposta, pur senza prevedere alcun termine minimo comune di natura temporale, agevola per i richiedenti asilo l’accesso a un ‘ricorso effettivo’, espressione che in diversi punti dell’articolato sostituisce il più generico concetto di ‘rimedio’⁴²¹. Tale ricorso, in sintonia con la giurisprudenza comunitaria e della Corte europea, prevede il riesame completo di tutti gli elementi di fatto e di diritto ed *ex nunc* delle decisioni di primo grado in sede

⁴¹⁸ Cfr. art. 27 par. 6 della proposta di modifica della direttiva ‘Procedure’. Si fa riferimento in particolare a UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 30 (XXXIV) 1983, *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum*, in UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 4th ed., Geneva, 2009, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/protect>>, p. 395 ss.

⁴¹⁹ Come aveva già ravvisato l’UNHCR, *Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Doc. 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004)*, affinché sia assicurata la conformità con il principio di *non-refoulement* i ricorsi dovrebbero, in via di principio, avere effetto sospensivo e il diritto di rimanere dovrebbe essere esteso fino al momento in cui sia raggiunta una decisione definitiva in merito alla domanda.

⁴²⁰ Come aveva notato l’UNHCR, *Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures*, cit., commento all’art. 10, par. 1 lett. a), nell’ambito della procedura di asilo, dove molto dipende dalla testimonianza di un individuo, è essenziale comunicare in modo efficace con il richiedente asilo, è necessario pertanto fornire ad ogni richiedente asilo informazioni in una lingua che questi comprenda effettivamente, poiché la supposizione che un richiedente asilo parli o comprenda la lingua ufficiale del suo Paese di origine potrebbe non essere corretta. In questo senso, cfr. anche il più recente Commento dell’ECRE, *supra* nt. 412, alla proposta di modifica della direttiva ‘Procedure’, e il recente emendamento del Parlamento europeo, *Progetto di relazione*, 2009/0165(COD), 15 Dicembre 2010, cit., *supra* nt. 413, che riformula il testo del nuovo art. 11, con l’espressione “*il richiedente asilo è informato, in una lingua che capisce*”.

⁴²¹ Un emendamento del Parlamento europeo all’art. 41, par. 4 co. 2 della proposta, *Progetto di relazione*, 2009/0165 (COD), 15 Dicembre 2010, cit., *supra* nt. 413, prevede espressamente l’indicazione che: “*Gli Stati membri fissano un termine minimo di quarantacinque giorni lavorativi durante il quale i richiedenti possono esercitare il loro diritto al ricorso effettivo; per i richiedenti soggetti alla procedura accelerata di cui all’articolo 27, paragrafo 6, gli Stati membri prevedono un termine minimo di trenta giorni lavorativi*”. La motivazione di tale emendamento appare giustificata dall’estrema varietà dei termini che sono stati fissati dagli Stati membri e della necessità di pervenire a un sistema europeo comune di asilo, è pertanto necessario introdurre un termine minimo comune, consentendo così al richiedente di beneficiare di fatto e di diritto dell’accesso a un ricorso effettivo che varia in funzione della procedura che è stata applicata nella fattispecie.

giurisdizionale, inoltre, la proposta dispone l’effetto sospensivo automatico del ricorso avverso le decisioni di primo grado sulle domande di protezione internazionale⁴²².

Infine, alcune precisazioni attengono al controverso concetto di «Paese terzo sicuro», confermato dal nuovo art. 32, insieme agli altri due concetti di «Paese d’origine sicura» (art. 34) e di «Paese terzi europei sicuri» (art. 38). Le modifiche proposte dovrebbero portare a un’applicazione più coerente di tali concetti, fondata su requisiti sostanziali comuni, sulla revisione periodica della situazione nei Paesi designati sicuri e su garanzie procedurali equamente applicate in tutti gli Stati membri che ricorrono a tale meccanismo. La conferma di tali concetti è stata, comunque, molto dibattuta, in quanto, se da una parte, alcuni studi hanno preteso di ravvisare la natura ‘desueta’ o meramente ‘simbolica’ della regola del Paese sicuro⁴²³, d’altra parte, la proposta della Commissione la richiama, sottoponendola ad adeguate garanzie, alle quali si raccomanda di aggiungere ulteriori emendamenti oltre a quelli previsti dalla Commissione «*in order to ensure full compliance with Member States’ obligations under international refugee and human rights law*⁴²⁴».

Nonostante l’operatività del concetto del Paese sicuro sia attenuata dalla previsione, contenuta nell’art. 32 par. 2 lett. c), di norme interne che consentano almeno al richiedente di impugnare l’applicazione del concetto a motivo del fatto che egli sarebbe soggetto a tortura o ad altra forma di pena o trattamento crudele, disumano o degradante, ulteriori garanzie dovrebbero essere contemplate. In particolare, si ritiene necessaria una stretta aderenza alla normativa internazionale e l’esistenza di una procedura accessibile, equa ed efficace per il trattamento della domanda di protezione nel Paese in cui il richiedente è inviato, corroborata dalla volontà ed effettiva capacità di garantire protezione finché il soggetto ne avrà bisogno e nel rispetto del principio dell’unità familiare⁴²⁵.

⁴²² L’ECRE nel suo commento, *supra* nt. 412, p. 45, riconosce al riguardo che «*as a result, recast Article 41, combined with recast Articles 18 and 19, does little more than incorporate into the directive existing safeguards, which Member States must already respect in light of the ECHR and the CJEU’s jurisprudence*».

⁴²³ In particolare, l’ECRE, *supra* nt. 412, p. 43, avrebbe preferito l’abolizione del concetto, in quanto potenzialmente ‘dannoso’ per l’accesso alla protezione internazionale e allo stesso tempo scarsamente applicato in pratica. Una recente ricerca dell’UNHCR, *Improving asylum procedures. Comparative analysis and recommendations for law and practice*, Marzo 2010, in particolare cfr. Section 12–*The Safe Third Country Concept (Article 27)*, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/4ba9d99d9.pdf>>, p. 60 ss, indica che la regola del Paese terzo sicuro, come previsto dalla direttiva ‘Procedure’ ricorre nella legislazione di cinque Stati membri (Spagna, Regno Unito, Austria, Ungheria e Portogallo), mentre in sei Paesi, il concetto, pur presente sul piano normativo, non è applicato in pratica (Bulgaria, Repubblica Ceca, Finlandia, Grecia, Paesi Bassi, Slovenia) e in altri tre Paesi (Belgio, Francia, Italia) il concetto non è né previsto sul piano normativo né applicato in pratica. L’UNHCR, pertanto, conclude che «*while Member States appear to support the notion, the concept is largely symbolic, and holds little practical use*».

⁴²⁴ Si veda il commento dell’ECRE, *supra* nt. 412, p. 37.

⁴²⁵ *Ibid.*

Sulla base delle forti criticità sottese dal concetto di Paese sicuro e a fronte dei notevoli emendamenti che dovrebbero allineare la nozione ai parametri di legalità del diritto internazionale, si possono accogliere positivamente gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo alla proposta della Commissione e miranti alla soppressione dei concetti di «Paesi di origine sicura» e «Paesi terzi sicuri europei»⁴²⁶.

La proposta della Commissione è connessa anche all’istituzione del menzionato Ufficio europeo di sostegno per l’asilo, creato in particolare per fornire assistenza pratica agli Stati membri al fine di migliorare la qualità del processo decisionale nel settore dell’asilo. In questa prospettiva, appare interessante la capacità normativa dell’Ufficio che, in forza dell’art. 12 del Regolamento istitutivo, è chiamato ad adottare una relazione annuale sulla situazione riguardante l’asilo nell’UE. Sullo stesso piano è apprezzabile la competenza di adottare “*documenti tecnici riguardanti l’attuazione degli strumenti dell’Unione in materia di asilo, quali in particolare orientamenti e manuali operativi*”⁴²⁷.

Nell’insieme, il cantiere della Commissione in materia di asilo appare maggiormente sensibile alle garanzie per i diritti fondamentali dei richiedenti, benché si possa intuire che la successiva fase di valutazione congiunta da parte di Consiglio e Parlamento potrebbe ridimensionare il tenore delle proposte presentate. Tali proposte, tuttavia, non esauriscono gli strumenti per la costruzione di un sistema europeo comune di asilo, la Commissione intende, infatti, esplorare, le implicazioni giuridiche e pratiche di un trattamento comune delle domande di asilo all’interno e all’esterno dell’UE⁴²⁸. È certo che ogni strumento non può essere concepito autonomamente, in quanto ognuno di essi rappresenta un aspetto di un sistema organico di protezione, che può ritenersi completo nella misura in cui tutte le misure sono discusse e approvate nel loro insieme, prefigurando un regime di asilo coerente con l’ordinamento internazionale e gli obblighi di tutela dei diritti fondamentali.

⁴²⁶ Cfr. *Progetto di relazione*, 2009/0165 (COD), 15 Dicembre 2010, cit., *supra* nt. 413, Emendamento 50. I deputati hanno anche sostenuto la soppressione della possibilità per gli Stati membri di adottare o mantenere elenchi nazionali dei Paesi di origine sicuri e Paesi terzi sicuri.

⁴²⁷ La disposizione attua a riguardo un rinvio al ruolo propulsivo dell’UNHCR, i cui orientamenti costituiscono le linee guida, qualora “*tali documenti tecnici fanno riferimento ad elementi del diritto internazionale dei rifugiati*”. In questo frangente è tuttavia possibile ravvisare ancora l’intenzione degli Stati membri di tutelare le rispettive prerogative sovrane, poiché si specifica che “*tali documenti non hanno l’intento di dare istruzioni agli Stati membri sull’accoglimento o sulla reiezione delle domande di protezione internazionale*”, sebbene un ufficio tecnico sul diritto di asilo avrebbe potuto completare la competenza degli Stati a garantire una determinata forma di protezione internazionale secondo un’analisi oggettiva delle richieste più complesse e problematiche.

⁴²⁸ Una Comunicazione in proposito è prevista per il 2014, cfr. *Piano d’azione per l’attuazione del Programma di Stoccolma*, cit., *supra* nt. 222.

3.8. I nuovi standard di protezione in materia di asilo previsti dal trattato di Lisbona.

L’insieme delle proposte avanzate dalla Commissione sul diritto di asilo, pur individuando la base giuridica nel vecchio art. 63 TCE, in realtà, come specificato dal Programma di Stoccolma, sarà influenzato dall’entrata in vigore delle modifiche apportate dal trattato di Lisbona, il quale dovrebbe consentire di fondarsi sugli standard di protezione fissati dal nuovo Titolo V del TFUE, il cui capo II concerne le “politiche relative ai controlli alle frontiere, all’asilo e all’immigrazione”⁴²⁹.

Il trattato di Lisbona innova profondamente il diritto dell’UE, perché finalmente riesce a prevedere due basi giuridiche autonome per lo sviluppo di due politiche distinte attinenti rispettivamente all’asilo (art. 78) e all’immigrazione (art. 79). Il diritto di asilo risulta, pertanto, svincolato dall’approccio restrittivo che ha caratterizzato l’evoluzione precedente, in cui gli Stati membri valutavano la sussistenza delle ragioni per cui era possibile chiedere la protezione internazionale dal punto di vista della lotta all’immigrazione clandestina.

La disposizione ‘cardine’ è rappresentata dall’art. 78 che, riformulando i precedenti articoli 63, parr. 1 e 2 e 64, par. 2 TCE, attribuisce all’UE la competenza a sviluppare una politica comune nelle materie dell’asilo, della protezione sussidiaria e di quella temporanea “*volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento*”, armonizzando in una base giuridica unica le varie forme di ‘protezione internazionale’, elaborate durante la prima fase di costruzione del sistema europeo di asilo⁴³⁰. Alla necessità di elaborare ‘norme minime’, che hanno mantenuto molteplici differenze tra gli Stati membri, si sostituisce, nei termini dell’art. 67 par. 2, lo sviluppo di una politica comune in materia di visti, asilo e immigrazione⁴³¹, fondata sul principio di solidarietà, ossia

⁴²⁹ Osservava già prima dell’entrata in vigore della revisione apportata dal trattato di Lisbona, ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 671, che l’attualizzazione delle riforme prospettate ai fini della realizzazione del sistema comune di asilo comporta evidentemente l’esigenza di interventi che non consistano soltanto nell’adozione di norme minime «non sarebbe perciò possibile...[basare] tali nuove normative sulle disposizioni del trattato CE».

⁴³⁰ FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell’Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 10 (2010), n. 1, p. 26, chiarisce che «lo scopo delle tre forme di protezione dovrebbe essere quello di consentire a chiunque necessiti di una protezione internazionale di vedersi riconosciuto lo status appropriato alla propria situazione». Sui rilievi normativi in materia di asilo, sottesi alla riforma di Lisbona, cfr. anche BENEDETTI, *op. cit.*, p. 174 ss.; NASCIBENE, *Il futuro della politica europea d’asilo*, cit., p. 20 ss.; SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., p. 253 ss.

⁴³¹ Come rileva FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell’Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, cit., p. 17, «l’espressa qualificazione della politica come comune consentirà di adottare qualsiasi degli atti legislativi dell’Unione, vale a dire Decisioni, Direttive, Regolamenti». Specificamente, l’art. 78 par. 2 TFUE prevede l’adozione secondo la procedura

sulla necessità di ripartire tra tutti gli Stati gli oneri della gestione delle politica comune in un settore che, come noto, espone soprattutto gli Stati del versante mediterraneo⁴³².

Si comprende in tal senso l’introduzione per la prima volta del concetto di ‘asilo europeo’, quasi ad enfatizzare le caratteristiche peculiari di tale istituto nel contesto dell’UE rispetto ad altre regioni internazionali⁴³³. Tale politica si presenta più completa e articolata perché, considerando fra gli elementi costitutivi del sistema di asilo anche il “*partenariato e la cooperazione con i Paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea*”, si consente l’avvio di un sistema di protezione integrato nell’area mediterranea. Attraverso un’efficace cooperazione con i Paesi terzi, al fine di creare condizioni di accoglienza che impediscano rimpatri arbitrari, è possibile migliorare la gestione dei flussi di persone che chiedono protezione, ciò assume una valenza preponderante con riferimento tanto ai Paesi d’origine quanto ai Paesi di transito⁴³⁴. Il trattato introduce, in questo senso, il concetto di ‘gestione integrata delle frontiere esterne’, sebbene resti da verificare fino a che punto la previsione dell’art. 77, par. 2 lett. d) permetterà di andare oltre l’esclusiva attenzione al semplice movimento delle persone in relazione all’attraversamento delle frontiere e di valutare profili più attinenti alla tutela dei richiedenti asilo⁴³⁵.

Fondamentale è anche il rapporto con il diritto internazionale, particolarmente evidenziato dal riferimento nel trattato al principio di *non-refoulement*, il quale dovrebbe includere anche il divieto di respingimento alla frontiera che, impedendo l’ingresso agli stranieri, vanifica la possibilità di ottenere protezione⁴³⁶. In questo

legislativa ordinaria delle misure comuni volte a completare la costruzione del sistema europeo di asilo.

⁴³² L’art. 80 definisce il principio di solidarietà come la linea guida dell’azione dell’UE, prevedendo un’espressa attribuzione di competenza ad adottare “*misure appropriate ai fini dell’applicazione di tale principio*”. Un valido referente può essere rappresentato dalla base giuridica della protezione temporanea: l’art. 78, par. 2, lett. c) TFUE prevede ad esempio “*un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio*”. Tale disposizione deve essere interpretata congiuntamente al disposto dell’art. 78 par. 3, in cui si stabilisce che “*qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo*”.

⁴³³ FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell’Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, cit., p. 26.

⁴³⁴ Cfr. in particolare SPATTI, *La disciplina comunitaria dell’immigrazione e dell’asilo*, cit., pp. 253-254.

⁴³⁵ Si veda BENEDETTI, *op. cit.*, p. 180.

⁴³⁶ ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, cit., p. 695, la quale osserva che «la disposizione potrebbe...essere intesa come riferita al momento più delicato del sistema di protezione, cioè quello che precede la presentazione della domanda di riconoscimento».

senso, il rispetto dell’obbligo di non respingimento opererebbe anche a livello preventivo, assicurando un effettivo rispetto alla Convenzione di Ginevra del 1951.

Infine, rendendo vincolante la Carta dei diritti fondamentali dell’UE, il trattato di Lisbona introduce nell’ordinamento dell’Unione un diritto di asilo a portata individuale, la cui rilevanza colma anche la lacune che in relazione a tale diritto caratterizza nel contesto europeo la stessa CEDU, e si carica di un valore ancor più preponderante nella prospettiva dell’adesione dell’UE a tale Convenzione.

Il trattato di Lisbona, dunque, pur riprendendo la struttura essenziale della normativa precedente, profila una base giuridica più chiara e una sostanziale corrispondenza dei regimi del diritto dei rifugiati e della tutela umanitaria. La nuova disciplina del trattato rivela maggiore sensibilità nel bilanciamento tra le prerogative sovrane degli Stati e l’esigenza di assicurare una corrispondenza con il sistema di protezione dei diritti dell’uomo a livello universale ed europeo, nel tentativo di riuscire a sfatare definitivamente l’opinione che *«the emergence of a rights-respecting model of asylum law based on the Geneva Convention 1951 remains a distant dream⁴³⁷»*.

⁴³⁷ JUSS, *The Decline and Decay of European Refugee Policy*, cit., p. 749.

CADRE DE SYNTHÈSE

La perspective visant à dériver l'existence d'un droit de l'homme à l'asile défini « en négatif » selon le principe de non-refoulement, actionne dans certains contextes régionaux, particulièrement intéressés par les phénomènes migratoires, comme la région euro-méditerranéenne, qui ne dispose pas encore d'un système intégré de protection des réfugiés, l'attente que les efforts d'édification normative introduisent la prévision et la tutelle d'un droit d'asile, en tant que prérogative individuelle.

Dans cette perspective il faut analyser les efforts de l'Union européenne pour l'établissement d'un « système européen commun d'asile ».

Cet objectif, prévu pour la première fois à Tampere en 1999 par la présidence finlandaise du Conseil européen, réclame la mise en place d'un système pleinement conforme aux obligations internationales en matière d'asile, qui découlent directement de la Convention de Genève de 1951 et la CEDH. Par conséquent, un régime européen d'asile ne peut pas ignorer les obligations déjà codifiées dans un régime international.

La coopération des États membres de l'UE en matière d'immigration et asile a émergé progressivement à partir d'une coopération intergouvernementale au niveau bilatéral ou multilatéral. La plate-forme juridique internationale représente la base sur laquelle la nécessité de développer un système d'asile européen commun vient à échéance, avec, toutefois, les particularités, soulignées par le processus d'intégration européenne. La construction d'un tel système commun peut être explicite, alors, selon la théorie des «*self-contained regimes*», en constituant une hypothèse de *lex specialis* par rapport au droit international. Cette approche reflète une perspective de recherche, intrinsèquement liée à l'évolution des politiques communautaires d'asile qui ont mis en évidence la faiblesse des systèmes nationaux à mettre en œuvre les normes internationales à protection des demandeurs d'asile.

Jusqu'aux années '90 l'inclusion du droit d'asile dans le contexte normatif communautaire aurait semblé totalement illusoire à cause de la sensibilité de la problématique profondément liée à la souveraineté de l'État. Toutefois, les flux de réfugiés qui ont caractérisé la région euro-méditerranéenne depuis le début des années '90, ont conduit à une croissance des demandes d'asile en Europe. Cette réalité a souligné la nécessité d'élaborer des solutions communes au sein du système juridique communautaire plutôt qu'à l'extérieur comme déjà expérimenté par l'accord de Schengen de 1985 et la Convention de Dublin du 15 Juin 1990, concernant l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile.

Bien que le traité de Maastricht sur l'Union européenne (UE) de 1992 a rendu la coopération obligatoire en matière d'asile, définit une problématique de «*commun intérêt*», la complexe architecture institutionnelle et des procédures du troisième pilier a ralenti le développement d'une politique d'asile.

A cet égard, le traité d'Amsterdam, adopté en 1997, a répondu aux attentes de nombreux États membres de doter la Communauté européenne de compétences spécifiques dans le domaine de l'asile, en transférant dans le pilier communautaire, par l'introduction d'un nouveau « Titre IV », une compétence en matière de visas, asile, immigration et d'autres politiques liées à la libre circulation des personnes. L'Union européenne est définie comme un « espace de liberté, de sécurité et de justice » dans lequel le droit d'asile devient un pivot fondamental de développement conformément à la Convention de Genève de 1951 et à d'autres traités pertinents. Le système de droit international de protection des réfugiés, la CEDH et dans une certaine mesure les recommandations du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, deviennent partie de l'« acquis communautaire en matière d'asile ».

Néanmoins, le traité d'Amsterdam ne définit pas une compétence générale de l'Union en matière, énonçant seulement une série de priorités politiques avec l'indication des mesures à prendre, circonstance expressément prévue par l'article 63 TCE. Cette disposition a défini les caractéristiques distinctives autour desquelles on établira le cadre réglementaire finalisé à la création d'un régime européen commun d'asile, soulignant une distinction entre les mesures à prendre en ce qui concerne les réfugiés qui bénéficient déjà d'une protection en vertu de la Convention de Genève (article 63.1) et celles destinées au lieu d'une catégorie plus large de personnes, en particulier les personnes déplacées et les personnes qui ont besoin d'une protection internationale (art 63.2).

En référence aux réfugiés quatre domaines sont identifiés, s'agissant des critères et mécanismes de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile, l'accueil des

demandeurs d'asile, l'octroi du statut de réfugié et les procédures d'attribution ou de retrait du statut de réfugié. En ce qui concerne la deuxième typologie de mesures, deux sont les domaines qui relèvent: le premier est certainement novateur du droit international, car il permet le développement d'institutions spéciales pour protéger les droits des demandeurs d'asile, qui ne sont pas inclus dans la définition classique de réfugié, il s'agit de la protection temporaire, appliquée dans les situations d'urgence, comme l'exode massifs de « déplacés », et de la protection subsidiaire, qui s'applique à des catégories de personnes qui ne peuvent pas bénéficier d'autres formes de protection. Le deuxième domaine, d'autre côté, vise à promouvoir un équilibre des efforts entre les États membres pour accueillir les réfugiés et les personnes déplacées et supporter les conséquences de leur accueil.

Les mesures fondées sur l'article 63 devaient fournir un degré d'harmonisation minimal, préservant ainsi le pouvoir législatif des États membres, alors que les orientations stratégiques pour l'exercice des compétences communautaires sont contenues dans les Conclusions du Conseil européen de Tampere. Toutefois, des contradictions relevaient, car d'un côté, il était nécessaire de distinguer le statut juridique du demandeur d'asile, en tant que sujet en ayant besoin de protection internationale, des migrants volontaires, préfigurant ainsi une base juridique différente qui sera ensuite codifiée seulement par le nouveau Titre V, introduit récemment par la révision adoptée à Lisbonne en 2007. D'autre côté, les pressions migratoires requièrent une complémentarité entre les règles sur l'immigration et le système d'asile afin d'éviter l'abus du canal de la protection internationale.

La construction d'un système européen commun d'asile, envisagé à Tampere, devait se développer selon deux phases: la première régissant l'harmonisation des systèmes nationaux d'asile, la deuxième phase visant, à long terme, à la création effective d'une procédure d'asile commune et un statut uniforme pour les personnes qui bénéficient de l'asile ou de la protection subsidiaire, devrait aboutir dans 2012. Cette étape est susceptible d'être affectée par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'adoption du programme de Stockholm (2009-2014).

Pendant la première phase finalisée en 2004, deux règlements et quatre directives ont été adoptés, qui, malgré le caractère assez avancé du niveau de protection envisagé, on ne démontre pas explicitement une évolution du droit d'asile en tant que droit de l'homme dans le contexte de l'Union européenne.

Le profil de l'accueil des demandeurs d'asile est régi par la directive 2003/9/CE, finalisée à prévenir le phénomène de l'« *asylum shopping* ». Afin de donner effet à l'objectif d'établir des normes minimales concernant le statut de réfugié, on a adoptée la directive 2004/83/CE, régissant les conditions que les ressortissants des Pays tiers et les apatrides doivent respecter pour accéder au statut de réfugié ou recevoir une protection internationale. La directive règle également la protection octroyée à titre subsidiaire.

Cette normative représente la plupart d'autres caractéristiques que le phénomène de l'asile a joué en Europe dans les dernières années. La directive établit, en fait, un concept de « protection internationale » en raison de deux volets distincts, le réfugié au sens de la Convention de Genève, introduisant certaines novations au regard du droit international, car elle prévoit une définition détaillée de la notion de persécution, visant à éviter des interprétations différentes par les États membres, et de l'agent persécuteur qui, contrairement à la Convention de Genève, comprend aussi les acteurs non étatiques. La Directive 2004/83/CE règle aussi les cas de cessation du statut de réfugié d'une manière compatible avec la Convention de Genève. En ce qui concerne la perte du statut de réfugié le 10 Mars 2010, la Cour de justice a statué dans les affaires *Abdulla et d'autres* que la directive souligne que la perte du statut ne peut se produire qu'à la suite d'un changement durable de circonstances dans le Pays concerné, suffisant à décamper une crainte pour toute personne d'être persécutées.

Si, en ce qui concerne le statut de réfugié, la directive 2004/83/CE prévoit un concept unique de réfugiés valable dans toute l'UE, l'élément novateur de cet instrument réside dans l'introduction de la protection subsidiaire. De ce point de vue, la directive détermine une amplification du système de protection mis en place à Genève, car les conditions pour l'attribution de la protection subsidiaire ne relèvent pas seulement en référence à la menace de torture, mais aussi à la menace grave à la vie ou à l'intégrité physique dans des situations de conflit armé interne ou international.

Une autre institution de protection, également novateur du le droit international, concerne la protection par la protection temporaire des personnes déplacées. Dans cette perspective, la directive 2001/55/CE est la réponse au niveau communautaire à la pratique développée par les États membres

suite des conflits dans les Balkans. Comme cet instrument est nécessaire pour gérer l'afflux massif de réfugiés, il est défini comme une « procédure de caractère exceptionnel », assurant une protection immédiate et temporaire aux personnes déplacées, si le système d'asile est incapable de fonctionner correctement.

L'instrument normatif plus récent est la directive 2005/85/CE régissant une procédure unique pour les demandes d'asile. Si cette directive peut être considérée novatrice du droit international qui ne prévoit pas d'obligations spécifiques pour les États en ce qui concerne la réglementation des procédures de détermination du statut des réfugiés, toutefois, la possibilité discrétionnaire des États de prendre des mesures pour la mettre en œuvre limite l'uniformité de son application.

Un système plus intégré a été réalisé par le Règlement 343/2003 qui compose ce qu'on appelle le « système de Dublin » relatif à la détermination de l'État responsable d'une demande d'asile, qui a incorporé les dispositions de la Convention de Dublin de 1990. Le règlement, connu sous le nom « Dublin II », permet d'identifier l'État responsable d'une demande d'asile, mais il est susceptible d'entraîner, en raison de l'automatisme des critères, une violation de la Convention Genève et de l'article 3 CEDH. En fait, il est basé sur l'hypothèse que chaque État est considéré comme un Pays sûr et de ce fait on établit le transfert de ses responsabilités à l'État considéré compétent. Si un État membre n'accomplit pas de façon adéquate à ces conventions il pourrait conduire à une série de violations des obligations internationales, déterminant la responsabilité de l'État membre qui, sur la base du règlement, a transféré l'examen de la demande à un État qui ne respecte pas ses obligations internationales. C'est le cas de la Grèce avec référence à des expulsions vers la Turquie de ressortissants Afghans et Irakiens. A cet égard, le Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés a recommandé la suspension du mécanisme de Dublin.

Il demeure cependant que l'évaluation de la sécurité d'un Pays est extrêmement complexe et ne peut pas éviter une évaluation au cas par cas en tenant compte de la situation personnelle dans laquelle se trouve le demandeur d'asile. Significatif à cet égard est la récente décision de la Cour de Justice du 9 Novembre 2010 dans l'*Affaire République fédérale d'Allemagne c. B. et D.*, qui traite du problème de l'équilibre entre la protection de la sécurité nationale et la tutelle des personnes nécessitant une protection internationale. Dans l'arrêt, la Cour a reconnu la possibilité pour les États membres à reconnaître le droit d'asile en vertu de leur droit interne à des sujets qui sont exclus du statut de réfugié selon de l'article 12 de la Directive 2004/83/CE.

Dans un effort pour revitaliser l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le nouveau programme de La Haye, adopté en 2004, afin d'améliorer les capacités de l'Union et ses États membres à veiller aux droits fondamentaux, les garanties procédurales minimales et l'accès à la justice. Ce programme prévoit que la deuxième phase de développement d'un système commun d'asile doit être fondée sur la solidarité et la coopération pratique entre les États membres. Ces objectifs ont été confirmés dans le récent Programme de Stockholm (2010-2014) qui a réaffirmé la nécessité d'établir un système commun d'asile dans le 2012. Le programme prévoit une nouvelle approche plus pragmatique, fondée sur « l'application effective des instruments juridiques pertinents ».

Dans ce contexte, les propositions de la Commission visant à modifier la législation adoptée conduisent au début de la deuxième phase de développement d'un système européen d'asile, finalisée à combler les lacunes dérivantes bien d'un processus d'harmonisation retardé que des attentes aux normes communautaires de protection dans le respect de la législation nationale.

La première proposition vise à modifier le règlement « Dublin II » et le « système Eurodac », qui permet de vérifier si un demandeur a déjà déposé une demande d'asile dans un autre État membre. Les modifications proposées contiennent une extension de la procédure aux demandeurs de protection subsidiaire et l'introduction d'une plus ample protection juridique pour les personnes soumises à la procédure, notamment l'obligation d'information plus spécifique, le droit de recours contre une décision de transfert, le principe selon lequel une personne ne peut pas être détenue pour le seul fait d'exiger une protection internationale. Une attention particulière est consacrée au principe de l'unité de la famille en permettant la réunification avec les bénéficiaires de la protection subsidiaire. Compte tenu de la pression migratoire contre certains États membres on a prévu une nouvelle procédure de suspension des transferts dans un État membre qui n'est pas en mesure d'accepter des demandeurs d'asile, restant responsables du traitement des demandes les États membres où les demandeurs se trouvent. La procédure s'applique également au cas où l'autorité de l'État ne garantit pas de formes appropriées de protection. À cette fin, on a aussi récemment créé l'Office européen de support à l'asile par règlement n° 439 du 19 mai 2010 établi à Malte.

De plus, la directive sur l'accueil, la qualification de réfugié et la directive sur les procédures ont été examinés par la Commission afin de parvenir à un cadre cohérent en matière d'asile. Les modifications dressent à l'élimination de toutes les différences qui découlent de l'existence de deux statuts juridiques différents. Des modifications importantes sont proposées par la Commission à la directive sur les procédures. La proposition introduira une procédure unique pour les deux formes de protection internationale. Le nouvel article 9 prévoit en fait une première évaluation si le demandeur est considéré comme un réfugié, sinon, le test détermine si la personne peut bénéficier de la protection subsidiaire.

Toutes les propositions de la Commission sont fondées sur l'article 63 TCE, même s'elles semblent déjà se baser sur le nouveau cadre juridique institué par le traité de Lisbonne. Ce traité a le mérite d'avoir introduit pour la première fois deux bases juridiques autonomes pour la politique d'asile (article 78) et d'immigration (article 79) respectivement. Cette prévision permettra de limiter une approche restrictive au droit d'asile, typique de la première phase de développement, quand les besoins de protection des demandeurs d'asile étaient soumis à la nécessité d'aborder le problème de l'immigration clandestine. La protection envisagée prévoit l'adoption d'un statut uniforme devrait être valable dans toute l'Union. Enfin, l'article 78 permet le développement d'un système de protection intégré dans la région méditerranéenne, y compris les éléments du système d'asile européen, le partenariat et la coopération avec les Pays tiers pour gérer les flux de demandeurs d'asile ou de protection subsidiaire ou temporaire. La nécessité d'une coopération comprend à la fois les relations avec les Pays d'origine des flux, afin de les encourager à éliminer, autant que possible, des situations qui amènent à chercher refuge dans d'autres États, et les relations avec les Pays de transit. Globalement, par conséquent, le traité de Lisbonne constitue une avancée essentielle dans la législation en vigueur sur le droit d'asile.

L'aspect le plus important dans la perspective d'assurer une définition du droit d'asile en tant que droit de l'homme découle de l'attribution par le traité de Lisbonne de la même valeur juridique des traités à la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Cet instrument adopté en 2000 et réadapté en 2007 prévoit à l'article 18 un droit de l'homme à l'asile, comme on apprend des travaux préparatoires et d'une interprétation systématique de la Charte. Dans ce contexte un droit de l'homme à l'asile pourrait trouver un *locus standi* adéquat, car, en revanche, la prévision d'un droit d'asile étatique aurait altéré la valeur de la Charte dans son ensemble. L'article 18 détient encore une forte valeur symbolique, puisque pour la première fois après la Déclaration universelle de 1948, on reconnaît le droit à l'asile avec un contenu plus ample d'un simple droit « *de chercher et jouir asile* ».

LE DROIT D'ASILE DANS LE BASSIN DE LA MÉDITERRANÉE :
ENTRE RÉGIMES DE PROTECTION ÉMERGENTS
ET ACCORDS BILATÉRAUX ENTRE ÉTATS

﴿ وَاذْكُرُوا إِذْ أَنْتُمْ قَلِيلٌ مُسْتَضْعَفُونَ فِي الْأَرْضِ
تَخَافُونَ أَنْ يَتَخَطَّفَكُمُ النَّاسُ
فَأَوَّاكُمْ وَأَيْدِيكُمْ بِنَصْرِهِ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ
لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾

« Et rappelez-vous quand vous étiez peu nombreux, opprimés sur terre,
craignant de vous faire enlever par des gens.
Il vous donna asile, vous renforça de Son secours et vous attribua de bonnes choses
afin que vous soyez reconnaissants ».

– Coran, القرآن الكريم

سورة الأنفال « Le butin », sourate 8, verset 26.

4.1. Les migrations dans le dialogue euro-méditerranéen et la problématique de l'asile.

La construction d'un Système Européen Commun d'Asile ne peut pas se construire de façon isolée, détourné du contexte hétérogène et dynamique de la région euro-méditerranéenne. Selon les mêmes indications du Conseil européen de Tampere de 1999, confirmées dans les programmes de La Haye (2004-2009) e de Stockholm (2010-2014), en fait, ce régime devrait être fondé sur le Partenariat avec les États d'origine, afin de favoriser *«une approche globale des migrations qui aborde les aspects politiques, les droits de l'homme et les questions de développement dans les pays et régions d'origine et de transit¹»*.

¹ Conseil Européen de Tampere, *Conclusions de la Présidence*, 15-16 Octobre 1999, disponible à l'adresse: <www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/fr/ec/00200-r1.f9.htm>, par. 11, où on affirma que *«l'Union et les Etats membres sont invités à contribuer, dans les limites de leurs compétences respectives en vertu des traités, à l'amélioration de la cohérence des politiques intérieures et extérieures de l'Union. Le partenariat avec les pays tiers concernés constituera aussi un élément déterminant du succès de cette politique, dans le but de favoriser le co-développement »*.

Depuis le début du Partenariat euro-méditerranéen en 1995, le dialogue avec les Pays du Sud de la Méditerranée représente un facteur déterminant pour l'affirmation d'un système efficace de gestion des phénomènes des migrations². Ce dialogue euro-méditerranéen, qui, en réalité, consistait d'un faisceau d'accords bilatéraux, à caractère mixte, conclus par la Communauté européenne, ses États membres et, d'autre côté, par les Pays tiers de la Méditerranée, est évolué jusqu'à la prévision en 2003, alors que l'Europe s'élargissait à vingt-cinq, d'un nouveau concept, notamment la *Politique de Voisinage*³, et en 2008, d'une nouvelle « création institutionnelle », c'est-à-dire l'*Union pour la Méditerranée*⁴.

Voir aussi les Conclusions de la Présidence du Conseil Européen de Bruxelles, 5 Novembre 2004, et ensuite cf. Conseil de l'UE, *Programme de L'Haye: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea*, dans *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 53, 3 Mars 2005, et, enfin, Conseil européen, *Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, dans *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 115, 4 Mai 2010.

² La stratégie du Partenariat Euro-méditerranéen, qui consiste d'une coopération politique, économique, sociale et culturelle, a été lancée en occasion du Conseil Européen de Lisbonne, *Conclusions de la Présidence*, 26–27 Juin 1992, Doc. SN 3321/1/92, et affirmée, selon les orientations déjà définis au sein des sommets du Conseil Européen de Corfou (Juin 1994) et Essen (Décembre 1994), par la Déclaration de Barcelone (*Déclaration de Barcelone et programme de travail*), adoptée à la Conférence Euro-méditerranéenne, 27–29 Novembre 1995, par les Ministres des Affaires étrangères des États membres de l'UE et ceux de Algérie, Cyrène, Égypte, Israël, Jordanie, Liban, Malte, Maroc, Syrie, Tunisie, Turquie, Autorité Palestinienne. Les instruments juridiques pour la réalisation de cette stratégie sont notamment les accords d'association Euro-Med, mais ils comprennent aussi le programme de coopération MEDA et le dialogue politique. Une littérature abondante explore les développements de l'action extérieure de l'Union Européenne (UE) dans la Méditerranée, parmi les contributions les plus récentes, voir ROSSI, *Democrazia e diritti fondamentali: coerenza dell'azione esterna dell'Unione europea e politica verso il Mediterraneo*, dans TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 517 ss.; MARCELLI, *Tendances du droit international et coopération inter-méditerranéenne*, et CATALDI, *Les aspects juridiques du Partenariat Euroméditerranéen*, dans BENDO-SOUPOU (sous la dir.), *La nouvelle Méditerranée, conflicts et coexistence pacifique*, Rome/Paris, 2009, respectivement à p. 166 ss. et p. 179 ss.; FOIS, *Il partenariato euro-mediterraneo e il processo di Barcellona*, dans *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, vol. II, p. 1080 ss.; ZANGHÌ, *Le relazioni esterne dell'Unione europea: il partenariato euro mediterraneo*, dans RAVASI (ed.), dans *L'Unione Europea. Politiche comunitarie, opinione pubblica e società civile*, Milano, 2007, pp. 259–270; MARCHISIO (a cura di), *Aspetti giuridici del Partenariato Euro-mediterraneo*, Milano, 2001. Avec référence spécifique au phénomène des migrations voir les commentaires de ZANGHÌ, *Circolazione delle persone e migrazioni nel Mediterraneo*, dans CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Roma, 2009, p. 37 ss.; WIHTOL DE WENDEN, *Les migrations dans le cadre du Partenariat Euroméditerranéen*, dans *Études Internationales*, vol. 105 (2007), n. 4, pp. 35–78, qui, en fait, insiste que «le point d'ancrage de ce dialogue était la Méditerranée»; BETTS, *Towards a Mediterranean Solution? Implications for the Region of Origin*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 18 (2006), nn. 3–4, pp. 652–676.

³ Commission européenne, *L'Europe élargie — Voisinage: un nouveau cadre pour les relations avec nos voisins de l'Est et du Sud*, Communication au Council et au Parlement européen, COM (2003) 104 final, 11 Mars 2003. Voir PENNETTA, *Politica europea di vicinato e cooperazione regionale*, dans *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 1147 ss.

⁴ L'idée de «*Union pour la Méditerranée*» a été lancée par le Président français, Nicolas Sarkozy, et ensuite acquise par la Commission européenne, *Le processus de Barcelone: Union pour la Méditerranée*, COM (2008) 319 final, 20 Mai 2008. Voir CAFARO, *Un primo sguardo all'Unione per il Mediterraneo: luci e ombre*, et DI STASI, *L'Unione per il Mediterraneo: quale «modello» di*

Même si toutes ces initiatives évoquent des rapports de coopération assez étroits, on a l'impression que le paradigme d'interprétation demeure celui de la souveraineté territoriale de la « *fortress Europe*⁵ », où le droit d'asile « fonctionne au compte-gouttes⁶ ».

La Méditerranée est définie comme « un espace générateur de réfugiés⁷ », pourtant, la notion de « asile européen », explicitement introduite dans l'article 78, para. 2 lett. b) du *Traité sur le fonctionnement de l'UE* (TFUE), selon la réforme de Lisbonne⁸, ne semble pas résister à l'épreuve d'un droit de l'homme à l'asile en cours d'affirmation, car la pratique de refoulement témoigne encore une fois la valeur prédominante de la souveraineté territoriale, au préjudice des droits fondamentaux de l'homme⁹. Toutefois, il faut d'abord préciser que dans la même région internationale la recherche de conceptions individuelles du droit d'asile ne peut pas se limiter au laboratoire normatif de l'UE et à la dimension extérieure de sa politique d'asile et immigration¹⁰, puisque le contenu des instruments, qui constituent le dialogue euro-méditerranéen révèle un intérêt de façon 'dispersée' à la question de l'asile, en démontrant plutôt des concernâmes pour les défis de l'immigration¹¹.

organizzazione delle relazioni tra Stati ?, tous les deux dans TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, respectivement à p. 543 ss. et à p. 561 ss.

⁵ ALBRECHT, *Fortress Europe? – Controlling Illegal Immigration*, dans *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 10 (2002), n. 1, p. 12.

⁶ WIHTOL DE WENDEN, *Les migrations dans le cadre du Partenariat Euroméditerranéen*, cit., p. 39. Cf. aussi BOUBAKRI, *Protection internationale des réfugiés et des demandeurs d'asile dans le cadre des flux migratoires*, dans *Études Internationales*, vol. 94 (2005), pp. 81-89. Pour une étude complète de l'impact du phénomène des migrations dans la Méditerranée, cf. FARGUES (ed.), *Migrations Méditerranéennes: Rapport 2008–2009*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2009.

⁷ KLAI, *Problématique du refuge et de l'asile dans le monde arabe*, dans *Études Internationales*, vol. 105 (2007), n. 4, p. 79, constate que la Méditerranée « constitue une zone qui, à la fois, produit, génère et reçoit un nombre important de réfugiés ».

⁸ Cf. *Version consolidée du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, dans *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 83, 30 Mars 2010, art. 78.

⁹ Sur les aspects du refoulement dans la Méditerranée, voir en particulier MARCHESI, *Attraverso il Mediterraneo. Diritto di asilo, diritti umani e non refoulement*, dans SADUN BORDONI (a cura di), *Diritti dell'uomo e dialogo interculturale nel Mediterraneo*, Napoli, 2009, pp. 51–66, BOUBAKRI, (اللاجئين ردّ عدم مبدأ) *Le principe de non refoulement des réfugiés*, dans *Études Internationales*, vol. 101 (2006), n. 4, pp. 101-112

¹⁰ Le Conseil Européen de Séville, *Conclusions de la Présidence*, 21 et 22 Juin 2002, avait affirmé que « *il est capital pour l'Union européenne et ses États membres que les flux migratoires soient gérés dans le respect du droit, en coopération avec les pays d'origine et de transit de ces flux* » et avait demandé de doter d'une dimension extérieure la politique européenne d'asile et immigration. Cette approche de coopération *ad hoc* sera confirmée en occasion des sommets suivants du Conseil européen de Salonico (2003) et Bruxelles (2004).

¹¹ BETTS, *Towards a Mediterranean Solution?*, cit., p. 653, constate que « *until now, however, the EU's attempts to tackle the migration-asylum nexus within the Mediterranean context have led to an undifferentiated response based on exporting exclusion and deterrence to the Maghreb states* ». Voir aussi WIHTOL DE WENDEN, *Les migrations dans le cadre du Partenariat Euro-méditerranéen*, cit., p. 39, pour les difficultés d'encadrer le droit d'asile au sein du dialogue euro-méditerranéen.

Par des accords bilatéraux ou à travers la Commission européenne, les États européens se sont concentrés sur la coopération avec les Pays de transit dans un spectre hétérogène de domaines, y compris le contrôle des frontières ou la réadmission. Par conséquent, ces approches ont été en grande partie concentrées sur les symptômes, plutôt qu'adresser suffisamment les causes sous-jacentes des mouvements de demandeurs d'asile. Moins prédominant a été l'idée de développer une approche complète, supportée par les engagements avec les Pays d'origine. Les Pays tiers de la Méditerranée, en fait, sont doublement touchés par la problématique du refuge et de l'asile, car ils représentent un espace de transit mais aussi de séjour pour les réfugiés. La première opération du Haut Commissariat des Nations Unies pour le Réfugiés (UNHCR), à l'extérieur du contexte européen, en fait, a été effectuée et déroulée de 1957 à 1962 dans le monde arabe, en réponse à la demande du gouvernement tunisien pour une opération d'assistance aux réfugiés algériens¹².

Contrairement à l'asile européen qui se présente comme un concept juridique univoque au sein de l'UE, le monde afro-arabe se caractérise par la coexistence des instruments juridiques hétérogènes et aussi par une faible adhésion aux instruments internationaux relatifs à la protection des réfugiés, découlant d'un effroi à l'égard du sujet des droits de l'homme. Encore, certains Pays ne conçoivent pas la pratique de l'asile comme une opération purement humanitaire, en la considérant plutôt comme une attitude hostile à l'égard du Pays d'origine¹³, tandis que la même Résolution de l'Institut de Droit International de 1950 affirmait que «*tout État qui, dans l'accomplissement de ses devoirs d'humanité, accorde asile sur son territoire n'encourt de ce fait aucune responsabilité internationale*»¹⁴. A cette frayeur à l'égard de l'adhésion au «*système de Genève de protection des réfugiés*», a contribué aussi une interprétation erronée des dispositions de la Convention de 1951¹⁵, selon laquelle l'adhésion à cet instrument juridique aurait créé l'obligation d'accorder l'asile à tous les réfugiés¹⁶.

¹² Cette opération, qui a permis à 120 000 réfugiés algériens de quitter la Tunisie d'une manière organisée et sous contrôle internationale, a dépassé la limite de la Convention de Genève de 1951, qui permettait, avant l'adoption du Protocole Additionnel de 1967, d'opérer seulement vis-à-vis des réfugiés de la deuxième guerre mondiale en Europe.

¹³ KLAI, *Problématique du refuge et de l'asile dans le monde arabe*, cit., p. 79, souligne que seulement cinq Pays arabes, notamment Egypte, Arabie Saoudite, Yémen, Irak et Liban, ont participé aux débats au sein de l'Assemblée générale de l'ONU pour l'élaboration de la Convention de Genève du 28 Juillet 1951. Pour une analyse exhaustive voir l'ouvrage de ELMADMAD, *Asile et réfugiés dans les pays afro-arabes*, Casablanca, 2002. Plus en général sur la problématique des droits de l'homme en Afrique, voir VILJOEN, *International human rights law in Africa*, Oxford, 2007; ZANGHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, II ed., Torino, 2006, p. 413 ss; MURRAY, *Human Rights in Africa*, Cambridge, 2004.

¹⁴ Cfr. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Session de Bath, *L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, résolution du 11 Septembre 1950 (Rapporteurs: Arnold Raestad, Tomaso Perassi), art. 2, disponible à l'adresse: <http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1933.html>.

¹⁵ *Convention relative au statut des réfugiés (Convention relating to the Status of Refugees)*, adoptée le 28 Juillet 1951 par la Conférence des Plénipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des

Les caractéristiques du scénario qu'on vient de dessiner comportent, de toute façon, l'analyse des instruments juridiques, dont le Bassin de la Méditerranée s'est doté pour la protection des réfugiés, afin de constater s'il est possible de reconstruire l'existence d'un droit de l'homme à l'asile, en conformité aux obligations découlant du droit international général.

4.2. L'évolution d'un droit de l'homme à l'asile dans le régime conventionnel africain de protection des réfugiés.

Du point de vue normatif, l'élaboration de normes régionales sur la tutelle du droit d'asile a représenté l'objectif fondamental qui sous-tend l'action des institutions africaines et notamment l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), remplacée depuis le 9 Mai 2002 par l'Union Africaine (UA)¹⁷, laquelle s'est aperçue très tôt de la nécessité de doter le continent africain d'un système conventionnel propre pour la protection des réfugiés¹⁸.

Néanmoins, en poursuivant le but d'établir un équilibre entre le principe de l'humanitarisme et celui de la non-ingérence dans les affaires internes des États, la Charte de l'OUA ne faisait aucune référence à la problématique des réfugiés, en établissant seulement le cadre juridique, au sein duquel on aurait dû développer un régime conventionnel spécifique. Les nombreuses résolutions adoptées par

apatrides, entrée en vigueur le 22 April 1954, (États signataires: 19; États-Partie: 144), UN *Treaty Series*, vol. 189, p. 137, disponible à l'adresse: <<http://www2.ohchr.org/english/law/refugees.htm>>.

¹⁶ Pour cette interprétation voir KLAI, *Problématique du refuge et de l'asile dans le monde arabe*, cit., p. 82 ss.

¹⁷ *Acte constitutif de l'Union Africaine* (UA), adopté par la trente-sixième session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement, 11 Juillet 2000, Lomé (Togo), texte disponible à l'adresse: <http://www.africa-union.org/about_au/fmacteconstitutif.htm#>, et soumis à la signature et la ratification des 53 États membres de l'OUA. Après avoir obtenu la ratification des deux tiers des membres, selon l'article 28 de l'Acte constitutif, l'Union Africaine a été solennellement proclamée en Mars 2001 et a pris officiellement la succession de l'OUA, le 9 Juillet 2002, à Durban (Afrique du Sud).

¹⁸ Sur la problématique des réfugiés et de l'asile dans le système conventionnel africain, voir ABUYA, *Past Reflections, Future Insights: African Asylum Law and Policy in Historical Perspective*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 19 (2007), n. 1, pp. 51-95; LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 113 ss.; MUJUZI, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of refugees' rights*, dans *African Human Rights Law Journal*, vol. 9 (2009), n. 1, pp. 160-182; HANSUNGULE, *African Refugees in Africa: Perspectives, Challenges and Prospects*, dans *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 11 (2007), n. 2, pp. 127-158; CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés: de la protection aux droits*, dans *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2007, p. 63 ss.; MURRAY, *Refugees and internally displaced persons and human rights: The African system*, dans *Refugee Survey Quarterly*, vol. 24 (2005), pp. 56-66; TAGUM FOMBENO, *Réflexions sur la question des réfugiés en Afrique*, dans *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2004, n. 57, pp. 245-274; ELMADMAD, *op. cit.*, p. 113 ss.; SOLOMON, *Protecting refugee rights - Getting serious about terminology*, dans *African Human Rights Law Journal*, vol. 2 (2002), n. 1, pp. 57-67; DEGNI-SEGUI, *L'action des institutions africaines en matière de réfugiés*, dans *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du XXXe Colloque (Caen) de la Société Française pour le Droit International (SFDI), Paris, 1997, p. 229 ss.

l'Organisation africaine sur le droit d'asile, depuis le début de son activité, réfléchit la tendance à chercher un « équilibre entre les concessions faites aux droits de la personne humaine avec les impératifs de la sécurité de la région et des États ¹⁹ ». Cette position ressemble à la caractérisation du système européen commun d'asile, emphasiant l'ambivalence de la nature juridique du droit en question, expression de la souveraineté de l'État, d'un côté, et prérogative individuelle, d'autre côté.

Afin d'aborder les problèmes des réfugiés en Afrique, le Conseil des Ministres a institué une Commission spéciale²⁰, qui tout d'abord constata que le régime international fondé sur la Convention de Genève de 1951 ne couvrit pas les aspects de la problématique de l'asile en Afrique²¹, et, par conséquent, la Commission a été mandatée en 1964 d'élaborer une convention sur les aspects particuliers des réfugiés en Afrique, dont un premier projet a été soumis à la quatrième session du Conseil des Ministres en 1965, qui lui recommanda de le modifier à la lumière des observations des États et à cette fin on a créé un Comité d'experts²². La difficulté principale du processus de préparation d'un instrument juridique pour le contexte spécifique de l'Afrique consistait dans l'effort de codifier une définition autonome de réfugié, dégagée du texte de la Convention de Genève de 1951. Ce résultat a été accompli pendant la Conférence de 1967 sur les aspects juridiques économiques et sociaux des problèmes des réfugiés en Afrique, et, enfin, après plusieurs compromis et la création en 1968 d'un Bureau pour le placement et l'éducation des réfugiés africains, le texte de la *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des Réfugiés en Afrique*, qui « constituera pour l'Afrique, le complément régional efficace de la Convention de 1951 des Nations Unies sur le statut des réfugiés²³ », fut adopté par les États africains le 10 Septembre 1969.

¹⁹ Voir ELMADMAD, *op. cit.*, p. 116.

²⁰ Résolution CM/RES 19(II).

²¹ MURRAY, *Refugees and internally displaced persons and human rights: The African system*, cit., p. 57, a noté que « *feeling that the circumstances of Africans were insufficiently considered in the existing international instruments, in particular the 1951 UN Convention on Refugees, the OAU moved towards the creation of its treaty* ».

²² Résolution CM/RES 36(III) 1964, paras 4-8.

²³ *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des Réfugiés en Afrique*, adoptée le 10 Septembre 1969 par l'Assemblée des Chefs d'État et de gouvernement à Addis-Abéba (Ethiopie), entrée en vigueur le 20 Juin 1974, dans UN *Treaty Series*, n° 14, vol. 691, texte disponible à l'adresse: <www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Refugee_Convention.pdf>, art. VIII para. 2. Sur cet instrument juridique régional, voir MURRAY, *Refugees and internally displaced persons and human rights*, cit., p. 56 ss.; MUKIRYA NYANDUGA, *Refugee Protection under the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, dans *German Yearbook of International Law*, vol. 47 (2004), p. 85 ss.; ELMADMAD, *op. cit.*, p. 120 ss.; OPOKU, *Refugee movement in Africa and the OAU Convention on Refugees*, dans *Journal of African Law*, vol. 39 (1995), n. 1, pp. 79-86; WEISS, *The Convention on the Organisation of African Unity Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, dans *Human Rights Journal*, vol. 3 (1970), n. 3, pp. 3-70.

4.2.1. *La notion d'asile dans la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des Réfugiés en Afrique.*

Bien que la Convention de l'OUA de 1969 reconnaisse le système de Genève comme « *l'instrument fondamental et universel relatif au statut des réfugiés*²⁴ », elle est considérée à l'avant-garde bien du système international de protection des réfugiés que d'autres régimes régionaux d'asile²⁵. En ce qui concerne la protection des demandeurs d'asile, en fait, la Convention de l'OUA se configure comme l'instrument normatif international le plus progressé, pour deux facteurs principaux, notamment une extension de la notion de réfugié et aussi la prévision d'une approche du droit d'asile, ôtée du contexte traditionnel de la souveraineté territoriale.

4.2.1.a. L'extension de la notion de « réfugié ».

En premier lieu, l'article II de la Convention de l'OUA codifie une définition binaire de « réfugié », qui réfléchit d'abord, en déférence au régime international d'asile, la notion contenue dans l'article 1 A (2) de la Convention de Genève de 1951, comme modifiée par le Protocol de New York de 1967²⁶. Néanmoins, en complétant cette notion traditionnelle, le paragraphe suivant, afin d'établir des normes favorisant l'acceptation de cette notion par le plus large nombre d'États et permettre, par conséquent, la jouissance du bénéfice de l'asile aux plus grand nombre de personnes, présente une définition spécifique de « réfugié africain », en se référant à « *toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement*

²⁴ *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des Réfugiés en Afrique*, Préambule, point 9. Plusieurs dispositions sont finalisées à la coopération avec le régime international d'asile, voir, par exemple, l'art. VIII para. 1, où on affirme que « *Les États membres collaboreront avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés* ». La Convention a été ratifiée ou acceptée par la plupart des États africains, sauf: Djibouti, Eritrée, Madagascar, Mauritius, Namibie, République Démocratique Arabe Sahrawi, Somalie et São Tomé et Prince, cf.: <<http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/List/Convention%20on%20Refugees.pdf>>, on souligne aussi que les États suivants ont signé la Convention : Somalie (1969); Madagascar (1969); Mauritius (1969); Djibouti (2005).

²⁵ Cependant, ELMADMAD, *op. cit.*, p. 120, confirme que « la Convention de l'OUA est conçue comme un simple complément de la Convention de Genève, à vocation universelle. Sa raison d'être n'est donc pas de supplanter la Convention de Genève, bien que cette dernière montrait des signes de vieillesse et d'inadaptation ».

²⁶ L'art. I para. 1 de la Convention de l'OUA reproduit la notion de réfugié contenue dans la Convention de Genève de 1951, en affirmant que : « *le terme 'réfugié' s'applique à toute personne qui, craignant avec raison, d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social et de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut, ou en raison de la dite crainte, ne veut y retourner* ».

l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité²⁷».

Au niveau de cette deuxième notion de réfugié, la Convention de l'OUA adjoint au traditionnel critère tiré de la persécution, un critère, qui innove le droit international, tiré de la violence. Par contre au premier critère, qui se contente de reprendre et de confirmer le droit de Genève²⁸, le critère tiré de la violence se caractérise par sa contribution à étendre la catégorie des réfugiés aux victimes du totalitarisme, des guerres civiles ou des conflits internationalisés. De cette façon, on n'exclue pas la possibilité que la notion de persécution obtienne une portée collective et non seulement individuelle, puisque les causes qui définissent le réfugié africain en effet se composent de facteurs capables d'influer collectivement sur les expériences humaines, ainsi que l'acceptation individuelle de persécution ne peut plus être considérée le seul élément nécessaire pour déterminer l'attribution du statut de réfugié.

Cette interprétation démontre d'ailleurs l'attention réservée par les négociateurs de la Convention d'aborder aussi les problèmes des exodes massifs de réfugié, déterminés par des différents phénomènes de violence, qui caractérisent la plupart de la région africaine. Enfin, la Convention renforce le statut juridique du réfugié, en établissant un lien significatif avec le droit d'asile, codifié à l'article II.

4.2.1.b. L'interprétation controversée du droit d'asile.

Par rapport au régime international, énucléé dans la Convention de Genève de 1951, la Convention de l'OUA est innovatrice parce qu'elle prévoit pour la première fois un droit d'asile, dont l'interprétation, est assez complexe. En affirmant dans l'article II paragraphe 2 que *« l'octroi du droit d'asile aux réfugiés constitue un acte pacifique et humanitaire et ne peut être considéré par aucun État comme un acte de*

²⁷ Voir Convention de l'OUA de 1969, art. I para. 2. Cette définition a été indiquée par MURRAY, *Refugees and internally displaced persons and human rights: The African system*, cit., p. 56, comme *« the expanded 1969 OAU Convention refugee definition »*. À tel propos, MUJIZI, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of refugees' rights*, cit., pp. 165–166, a aussi précisé que *« by adopting the OAU Refugee Convention's definition, African countries wanted to ensure that the recognition of the unique characteristics of African refugees got binding legal status under the OAU treaty and not under General Assembly Resolutions whose legal effect has for many years been a source of considerable disagreement among international law scholars »*, prévision confirmée par l'incorporation dans les législations de nombreux États de la définition contenue dans l'art. I para. 2 de la Convention de l'OUA, en fait, *« the fact that many African countries have incorporated the OAU Refugee Convention's definition of a refugee could be indicative of the commitment of these countries to give effect to that treaty and also to ensure that they extend as much protection to people fleeing their countries as possible »*.

²⁸ Pour des considérations sur la portée des deux critères, voir en particulier DEGNI-SEGUI, *L'action des institutions africaines en matière de réfugiés*, cit., p. 231 ss.

nature inamicale », la Convention semble confirmer l'acception étatique du droit de l'asile, conçu comme expression de la souveraineté territoriale. Cette interprétation serait confirmée par la norme du premier paragraphe, qui invite les États « à faire tout ce qui est en leur pouvoir, dans le cadre de leurs législations respectives, pour accueillir les réfugiés²⁹ ».

En réalité, la doctrine a souligné que « la formulation exacte de l'article 2, paragraphe 2, est ambiguë³⁰ ». D'un côté, l'interprétation authentique du texte conduit à conserver une approche conforme au droit international traditionnel qui n'a pas encore consacré un droit subjectif à l'asile *stricto sensu*, car l'État demeure libre d'accorder le bénéfice de l'asile. D'autre côté, si on accepte une interprétation téléologique et systématique de la norme sur le droit d'asile, probablement on ne peut pas exclure *a priori* l'existence d'un droit de l'homme à l'asile, car la teneur de l'article II confirmerait « l'esprit de faire en sorte que l'asile soit à tout prix octroyé aux réfugiés³¹ », et qu'une fois accordé ce droit ne peut plus être retiré. Sans doute, l'analyse des paragraphes 3 et 4 de l'article 2 peut contribuer à esquisser l'ambiguïté de la disposition sur le droit d'asile.

Le paragraphe 3, en particulier, fait référence au notoire principe de non-refoulement, qui, à différence du droit d'asile, constitue l'objet de nombreux instruments internationaux. Toutefois, la Convention de l'OUA innove le droit international, en prescrivant le non-refoulement comme une règle absolue et non dérogeable³², à différence de la Convention de Genève. A la lumière du paragraphe 3, il est, ensuite, possible d'interpréter la disposition du paragraphe 1, qui prescrit aux États de s'engager « à faire tout ce qui est en leur pouvoir... pour accueillir les réfugiés », avec la prévision, bien qu'en termes non péremptoires, de devoirs

²⁹ En fait le texte complet des deux paragraphes reconnaît que:

« 1. Les Etats membres de l'OUA s'engagent à faire tout ce qui est en leur pouvoir, dans le cadre de leurs législations respectives, pour accueillir les réfugiés, et assurer l'établissement de ceux d'entre eux qui, pour des raisons sérieuses, ne peuvent ou ne veulent pas retourner dans leurs pays d'origine ou dans celui dont ils ont la nationalité.

2. L'octroi du droit d'asile aux réfugiés constitue un acte pacifique et humanitaire et ne peut être considéré par aucun Etat comme un acte de nature inamicale ».

³⁰ CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 63.

³¹ Selon ce point de vue, DEGNI-SEGUI, *L'action des institutions africaines en matière de réfugiés*, cit., p. 233, estime qu'un pas a été franchi par l'art. II. Voir aussi CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 64.

³² L'art. II para. 3 de la Convention de l'OUA prévoit que :

« Nul ne peut être soumis par un Etat membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour les raisons énumérées à l'article 1, paragraphe 1 et 2 ».

A cet égard, voir DEGNI-SEGUI, *L'action des institutions africaines en matière de réfugiés*, cit., p. 233. Sur la nature de *jus cogens* du principe de non-refoulement on fait particulière référence en doctrine à ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 13 (2001), pp. 533-554.

spécifiques de tutelle des demandeurs d'asile³³. De plus, la Convention de l'OUA n'est pas limitée seulement à l'interdiction du refoulement des réfugiés qui ont eu accès au territoire des l'États, mais prescrit aussi la prohibition du refus d'admission à la frontière et l'expulsion pour tous ceux qui invoquent protection contre une menace de persécution, attribuant de cette façon un véritable droit d'asile à qui détient les conditions requises par l'article I.

L'importance du principe de non-refoulement a été évoquée dans les deux Conférences d'Arusha sur les réfugiés africains de 1979 et 1989³⁴. En particulier, la Recommandation I de la Conférence de 1979, même si confirme que l'asile « *is still a right of the State* », invite les États à mettre en œuvre les instruments internationaux sous la tutelle des droits de l'homme et à respecter le principe de non-refoulement³⁵. Pour la première fois, au sein d'un texte conventionnel, bien qu'au niveau régional, l'interdiction de refoulement est complétée par la prévision d'un droit d'asile, qui, bien qu'influencé par l'idée de la souveraineté territoriale, « *rappresenta uno dei picchi evolutivi più elevati della disciplina internazionale del diritto di asilo*³⁶ ».

4.2.2. *Le droit d'asile dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et l'apport de la jurisprudence de la Commission africaine à son interprétation.*

Afin de comprendre la teneur du droit d'asile dans le régime conventionnel africain de protection des réfugiés, et surtout son éventuelle affirmation en tant que droit de l'homme, la disposition de l'article II de la Convention de l'OUA de 1969 doit être rapporté à un deuxième instrument normatif, dont l'OUA s'est dotée en 1981, notamment la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, connue aussi comme « Charte de Banjul »³⁷.

³³ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 115, affirme à cet égard que « *il paragrafo 1 dell'articolo 2 contiene una disposizione che, seppur in toni piuttosto generici ed indefiniti, sposa un approccio sensibilmente difforme rispetto a quello generalmente seguito dal resto della comunità internazionale* ».

³⁴ Cf. ELMADMAD, *op. cit.*, p. 122 ss.

³⁵ Pour les textes des Recommandations adoptées avec une analyse des travaux de la Conférence voir ERIKSSON, MELANDER, NOBEL, *An analysing account of the Conference on the African Refugee Problem*, Arusha, May 1979, Uppsala, 1981, p. 47 ss.

³⁶ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 116.

³⁷ *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, adoptée par la dix-huitième Conférence des Chefs d'État et de gouvernement, 27 Juin 1981, Nairobi (Kenya), entrée en vigueur le 21 Octobre 1986, OAU Document CAB/LEG/67/3 rev. 5. L'adoption de la Charte africaine de 1981 représente la conclusion d'un processus démarré au sein du Congrès des Juristes Africains, organisé par la Commission Internationale des Juristes à Lagos en Nigeria du 3 au 7 Juin 1961, et, ensuite, mûri au sein de la Conférence de Monrovia des Chefs d'États et du gouvernement de 1979. Finalement, la rédaction de la Charte a été déroulée à Dakar jusqu'à Décembre 1979, et le texte définitif a été adopté à l'unanimité le 27 Juin 1981 à Banjul (Gambie), le document, en fait, est connu aussi comme « Charte de Banjul ». Sur l'élaboration de la Charte, ZANGHI, *La protezione*

Cet instrument, en récupérant l'esprit de la *Convention américaine des droits de l'homme* de 1969³⁸, consacre l'article 12 paragraphe 3 au droit de rechercher et recevoir asile, conçu comme une extension du droit à quitter tout pays, prévu dans le paragraphe 2, et du droit de circuler librement, contenu dans le paragraphe 1³⁹. Toutefois, comme souligné en doctrine, la Charte de Banjul semble codifier un droit « qui n'existe pas » pour l'individu, en se configurant uniquement comme droit souverain de l'État, puisque ce droit devrait être exercé « conformément à la loi de chaque pays et aux conventions internationales »⁴⁰. Encore, l'expression « en cas de persécution », prévue par l'article 12 paragraphe 3, amène à une conception plus limitée du droit d'asile par rapport à la norme de la Convention de l'OUA de 1969, dont la définition de réfugié est notamment plus large et n'est pas limitée à l'existence d'un risque de persécution, conformément à la discipline de la Convention de Genève de 1951.

La Charte de Banjul codifie aussi le principe de non-refoulement dans son article 12 paragraphe 4⁴¹, cependant, si l'interprétation de l'article 12 paragraphe 3 n'est pas du tout suffisante à définir l'exacte portée du droit d'asile, une ultérieure clarification, par référence à la relation entre les deux textes juridiques, notamment la Convention de l'OUA de 1969 et la Charte Africaine, peut jaillir de l'approche bien au droit d'asile qu'à l'interdiction de refoulement, poursuivie par la jurisprudence évolutive de la Commission africaine pour les droits de l'homme et des peuples⁴². Établie, selon l'article 30 de la Charte africaine, la Commission est chargée de la promotion et la protection des droits contenus dans la Charte de Banjul

internazionale dei diritti dell'uomo, cit., p. 418 ss.; VILJOEN, *op. cit.*, p. 281 ss.; OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, The Hague, 2003; ELMADMAD, *op. cit.*, p. 122 ss.

³⁸ *American Convention on Human Rights*, adoptée à San José de Costa Rica, 22 Novembre 1969, entrée en vigueur le 18 Juillet 1978, OAS *Treaty Series*, n. 36, texte disponible à l'adresse: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-32.html>>.

³⁹ Le texte de l'art. 12 de la *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* prévoit:
«1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi.

2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques.

3. Toute personne a le droit, en cas de persécution, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger, conformément à la loi de chaque pays et aux conventions internationales».

⁴⁰ Voir à cet égard ELMADMAD, *op. cit.*, pp. 123–124, qui affirme comme « la formulation de l'article 12 (3) de la Charte de Banjul est donc plus restrictive que celle de la Convention africaine de 1969 ».

⁴¹ En termes assez généraux, l'art. 12 para. 4 reconnaît que « l'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi ».

⁴² Pour une étude plus complète sur cette question, voir MUJUZI, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of refugees' rights*, cit., p. 174 ss.; ZANGHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 433 ss.; MURRAY, *Human Rights in Africa*, cit., p. 185 ss.; OUGUERGOUZ, *op. cit.*, p. 234. Pour un examen méticuleux de la jurisprudence voir VILJOEN, *op. cit.*, pp. 310–417.

et de l'interprétation des conventions africaines sur les droits de l'homme, y compris la Convention de l'OUA de 1969 et aussi la Charte de 1981⁴³.

Pourtant, de temps en temps la Commission, selon la compétence, disciplinée dans les articles 55 et 56⁴⁴, à recevoir les communications individuelles, a développé une jurisprudence très valable en ce qui concerne les droits de la Charte africaine et aussi au sujet du droit d'asile et des réfugiés.

Dans ce domaine, il faut d'abord souligner que dans le cas de l'*Organisation Mondiale contre la torture et d'autres c. Rwanda*⁴⁵, où la Commission, en évoquant le droit d'asile et le principe de non refoulement, mentionnés à l'article 12 paragraphes 3 et 4 de la Charte de Banjul, a noté que « *this provision should be read as including a general protection of all those who are subject to persecution, that they may seek refuge in another state* », et a constaté une violation de l'article 7 paragraphe 1 de la Charte africaine, qui prévoit le droit de toute personne « *à ce que sa cause soit entendue* », conséquent à l'expulsion des réfugiés du Burundi, sans leur donner la possibilité de soumettre la cause aux autorités judiciaires nationales. De cette façon, la Commission a interprété la Charte africaine d'une manière favorable aux droits des réfugiés, en confirmant la teneur du principe de non-refoulement, car le droit d'obtenir accès aux autorités judiciaires avant d'une

⁴³ Plus spécifiquement l'art. 45 de la Charte africaine de 1981 confirme que la Commission a pour mission de: « 1. Promouvoir les droits de l'homme et des peuples et notamment:

a) Rassembler de la documentation, faire des études et des recherches sur les problèmes africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples, organiser des séminaires, des colloques et des conférences, diffuser des informations, encourager les organismes nationaux et locaux s'occupant des droits de l'homme et des peuples et, le cas échéant, donner des avis ou faire des recommandations aux gouvernements;

b) Formuler et élaborer, en vue de servir de base à l'adoption de textes législatifs par les gouvernements africains, des principes et règles qui permettent de résoudre les problèmes juridiques relatifs à la jouissance des droits de l'homme et des peuples et des libertés fondamentales;

c) Coopérer avec les autres institutions africaines ou internationales qui s'intéressent à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des peuples.

2. Assurer la protection des droits de l'homme et des peuples dans les conditions fixées par la présente Charte.

3. Interpréter toute disposition de la présente Charte à la demande d'un Etat partie, d'une Institution de l'OUA ou d'une Organisation africaine reconnue par l'OUA.

4. Exécuter toutes autres tâches qui lui seront éventuellement confiées par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement».

⁴⁴ Les articles 47–54 contemplent aussi la compétence de la Commission africaine de recevoir communications interétatiques, cette procédure a eu un développement bien plus que limité, rapportable uniquement au cas *République Démocratique du Congo c. Burundi, Rouanda et Uganda*, (2004) AHRLR 19 (ACHPR 2004).

⁴⁵ *Organisation Mondiale Contre la Torture and Others v. Rwanda* (2000) AHRLR 282 (ACHPR 1996), para. 29–34. Voir Communications 27/89, 49/91 and 99/93, *Organisation Mondiale Contre la Torture and Association Internationale des Juristes Démocrates, International Commission of Jurists, Union Inter africaine des Droits de l'Homme v Rwanda*.

expulsion « *is one of the ways to ensure that the refugees are not returned to their countries of origin where they will be in danger*⁴⁶ ».

Une deuxième importante communication de la Commission africaine en faveur du droit d'asile et de la protection des réfugiés concerne le *cas Institute Africain pour les droits de l'homme et le développement (au nom des réfugiés de la Sierra Leone en Guinée) c. Guinée*⁴⁷. La question a été hâtée, en conséquence du discours du Président de la Guinée, incitant à l'arrêt et à la détention des réfugiés de la Sierra Leone, en flagrante violation de l'article 2 de la Charte africaine, qui consacre le principe de non discrimination⁴⁸. Suite aux épisodes de violence contre les réfugiés, la Commission, en se référant à l'article 12 paragraphe 5 de la Charte africaine plutôt qu'à la Convention de l'OUA de 1969⁴⁹ ou à la Convention de Genève de 1951, a condamné les expulsions massives des réfugiés et a aussi souligné la violation du principe de non-refoulement « *under which no person should be returned by force to his home country where his liberty and life would be under threat*⁵⁰ ». En répondant à la défense du gouvernement de la Guinée, en outre, la Commission a affirmé un principe particulièrement important, car, bien que les États africains doivent aborder plusieurs problèmes dans le domaine de l'accueil des réfugiés, ils ne devront pas compromettre les obligations qui

⁴⁶ MUJUZI, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of refugees' rights*, cit., p. 176.

⁴⁷ *African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v Guinea* (2004) AHRLR 57 (ACHPR 2004). Voir Communication 249/2002, *African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v Republic of Guinea*.

⁴⁸ L'art. 2 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples affirme, en fait, que : « *Toute personne a droit à la jouissance des droits et des libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

⁴⁹ À cet égard, l'art. 12 para. 5 de la Charte africaine prévoit que: « *L'expulsion collective d'étrangers est interdite. L'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux* ».

⁵⁰ *African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v Guinea*, cit., para. 45 ss. La Commission a d'abord affirmé que l'interdiction des expulsions massives n'est pas seulement interdite par la Charte africaine, mais aussi, « *among the articles and other legal instruments to which the respondent state is a party and by which it is bound to protect all persons against discrimination can be noted: article 4 of the OAU Convention on the Specific Aspects of Refugees, article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights and article 3 of the 1951 United Nations Convention on the Status of Refugees* ».

De plus, la Commission a constaté que « *The complainants contend that President Conté's speech not only made thousands of Sierra Leonean refugees flee Guinea and return to the dangers posed by the civil war, but it also clearly authorised the return by force of Sierra Leonean refugees. Thus, the voluntary return of refugees to Sierra Leone under these circumstances cannot be considered as voluntary but rather as a dangerous option available for the refugees* ».

découlent en matière de protection des droits de l'homme au niveau international et régional⁵¹.

La jurisprudence de la Commission africaine, qu'on vient d'analyser, conduit à deux conclusions en ce qui concerne l'interprétation du droit d'asile. Tout d'abord, il est significatif que la Commission ait confié à la Charte de Banjul plutôt qu'à la Convention de l'OUA de 1969, en confirmant l'acceptation restrictive du droit d'asile codifié à l'article 12 paragraphe 3, alors que la doctrine souhaité qu'on aurait fait référence à l'article II paragraphe 2 de la Convention de l'OUA⁵². Enfin, en ce qui concerne les rapports entre les normes susmentionnées, on peut constater que leur portée formelle est plus efficace au niveau juridique de l'article 14 paragraphe 1 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, étant le droit d'asile au sein du régime africain consacré dans des instruments contraignants et non simplement dans des déclarations⁵³.

4.3. Le droit d'asile dans la tradition islamique et les textes arabes sur les droits de l'homme et des réfugiés.

Si le régime conventionnel africain d'asile démontre une caractérisation juridique sensiblement plus avancée par rapport au système international, il faut constater que dans la région euro-méditerranéenne plusieurs conceptions du droit d'asile coexistent et à côté du système européen d'asile commun et du régime africain, dans la tradition arabe de matrice islamiste le droit d'asile sous-tient encore un caractère de « sacralité »⁵⁴. La tradition coranique de l'Islam, en fait, a déterminé la consécration d'un droit d'asile, conçu comme un droit d'obtenir la protection par un État, en le configurant comme un concept universel, incorporé dans le droit public de toute la région arabe⁵⁵.

Le concept arabe-islamiste du droit d'asile repose sur une tradition séculière, où la dimension religieuse se mêle aux aspects plus proprement juridiques. Le monde arabe partage avec la région euro-méditerranéenne le même contexte de

⁵¹ Voir aussi les commentaires de MUJUZI, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of refugees' rights*, cit., p. 179.

⁵² Voir en particulier ELMADMAD, *op. cit.*, p. 123.

⁵³ Voir à cet égard CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 65.

⁵⁴ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 117, parle à cet égard d'une règle juridique coutumière, incorporée dans la pratique des États.

⁵⁵ Sur les origines de la pratique de l'asile dans les sociétés méditerranéennes préislamiques et son développement au sein de l'Islam, voir en particulier ARNAOUT, *L'asile dans la tradition arabo-islamique*, Genève, 1986, p. 9 ss., qui reconnaît les fondements juridiques de cette institution dans le Coran et dans la « Sunna », la tradition, c'est-à-dire l'ensemble des paroles et des actions du Prophète qui ont été retenues par ses compagnons et transmises par eux-mêmes aux générations suivantes. Voir aussi ABOU-EL-WAFA, *The Right to Asylum between Islamic Shari'ah and International Refugee Law. A Comparative Study*, Ryad, 2009; ELMADMAD, *Asylum in Islam and in Modern Refugee Law*; 'ABD AL-RAHIM, *Asylum: a Moral and Legal Right in Islam*; TÜRK, *Reflections on Asylum and Islam*, tous publiés dans *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 2, p. 7 ss.

migrations, qui dans la tradition islamique ont été interprétées comme des mouvements vers la terre de l'Islam (*dâr al-Islâm*). Cette circonstance a conduit à l'affirmation du droit d'obtenir protection (*amân*) pour tous les individus et d'un conséquent devoir sacré d'asile à la charge de toutes les autorités politiques⁵⁶.

Toutefois, la dimension sacrée et humanitaire du droit d'asile dans la tradition de l'Islam s'est récemment affaiblie dans les textes normatifs, suite à l'émergence au sein du droit international du concept de la souveraineté territoriale presque absolue de l'État⁵⁷. Avant d'analyser la teneur des instruments normatifs arabes sur le droit d'asile, il vaudrait mieux étudier la conception du droit d'asile dans la *shari'ah*, conçue par rapport au droit international comme un système coutumier régional.

4.3.1. Le droit d'asile entre *shari'ah* et droit international.

Aussi bien dans le droit international qu'au sein de la *shari'ah* islamique le droit d'asile sous-tend des conditions afin qu'il peut être reconnu à l'individu.

Pourtant, si selon la Convention de Genève de 1951 l'existence d'un risque de persécution représente le facteur déterminant pour l'attribution du statut de réfugié, la loi islamique n'insiste pas sur ce facteur contingent et attribue une application plus large au droit d'asile, reconnu à toute personne qui veuille s'établir dans la terre de l'Islam⁵⁸. Ce droit, énucléé dans le concept de l'*amân* répond à deux préoccupations fondamentales, rapportables, en premier lieu, à l'exigence de garantir protection au demandeur d'asile, qui aurait, un droit absolu, car en aucun cas il peut « se voir refuser l'accès, l'admission sur le territoire du pays auprès duquel il a demandé refuge⁵⁹ », d'autre côté, il ne peut pas rentrer dans son pays d'origine. Dans cette perspective, on peut apprendre l'existence et l'opérativité au sein de la *shari'ah* du principe de non-refoulement, y compris la règle de la non extradition du demandeur d'asile⁶⁰.

⁵⁶ ARNAOUT, *op. cit.*, p. 17 ss., souligne le caractère sacré du droit d'asile, qui, en aucun cas, pouvait être contesté aux demandeurs d'asile. Voir aussi 'ABD AL-RAHIM, *Asylum: a Moral and Legal Right in Islam*, cit., p. 17 ss.; ELMADMAD, *op. cit.*, p. 87 ss.

⁵⁷ À cet égard, LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 117, note que « a tale involuzione non sono state estranee la tradizione restrittiva europea in materia e le crescenti tensioni politiche e culturali tra il mondo islamico e quello occidentale ».

⁵⁸ Comme a emphasized ABOU-EL-WAFA, *op. cit.*, p. 45, « ...the granting of asylum is not only contingent upon the fact that the person had fled to Muslim land owing to fear of "persecution" he/she is subject to....Asylum may be granted to any person, who wishes to reside in Muslim land, because he embraced Islam or because he wants to live as a non-Muslim under protection in Muslim land ».

⁵⁹ ARNAOUT, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁰ Comme a affirmé MAHMASSANI, *The principles of international law in the light of the Islamic doctrine*, dans *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1966, p. 256, on peut dire que l'Islam a été le premier système normatif à adopter le principe de non refoulement et la règle de la non extradition de quiconque ait commis des délits politiques.

Dans la doctrine islamique du droit international, les règles coutumières, auxquelles le principe de non-refoulement appartient, sont bien plus influentes que les normes conventionnelles, en tant qu'elles réfléchissent la pratique notamment acceptée par les États. On peut constater, de plus, que le rôle prépondérant de la tradition, qui est source de la loi islamique, se présente dans le droit international comme une coutume particulière, de cette façon on peut comprendre la valeur du principe de non refoulement, qui se rattache à l'interdiction de renvoyer aux pays d'origine toute personne qui risque persécution ou torture⁶¹.

La dimension sacrée du droit d'asile préfigure cette institution comme un droit inaliénable de toute personne qui demande protection sur le territoire où on applique la *shari'ah*⁶². Cette approche a été confirmée aussi par l'*International Law Association*, qui a considéré l'asile au sein de la tradition musulmane comme « *a real human right*⁶³ », et a été codifié dans certains instruments islamiques régionaux. En premier lieu, il faut faire référence au texte de l'article IX de la *Déclaration islamique universelle des droits de l'homme* du 19 Septembre 1981, élaborée par un group d'experts du Conseil Islamique à Londres, qui attribue à « *toute personne persécutée ou opprimée le droit de chercher refuge et asile* ». Cette disposition se connote soit d'une teneur universelle, en reconnaissant le droit d'asile à tout être humain sans aucune discrimination soit d'une valeur religieuse, car on indique le lieu de refuge pour tous les musulmans⁶⁴. Les dispositions de cet article, pourtant, ont été atténuées au cours des développements normatifs suivants et soulignent, pareillement, la difficulté d'assurer une valeur religieuse et sacrée au droit d'asile après l'affirmation de la souveraineté territoriale des États en droit international⁶⁵.

⁶¹ Pour une étude plus complète sur le principe de non refoulement dans la *shari'ah* par rapport au droit international cf. ABOU-EL-WAFA, *op. cit.*, p. 53 ss., qui affirme en fait que « *returning a refugee to a state, where his life may be at risk or his basic rights violated is deemed as treachery, which is forbidden according to the law of Islam. This applies equally, no matter whether a refugee is a Muslim or a "convert". In the latter case, such person enjoys all rights of a Muslim, including protection of his life and personal safety, regardless of the fact that the refugee is a non-Muslim seeking protection or a non-Muslim living in Muslim territory (zimmi), because, having been granted aman or a covenant of protection, he is to enjoy the same sanctity as any Muslim* ».

⁶² *Ivi*, p. 241, l'auteur estime le droit d'asile comme « *an inalienable right for individuals in terms of grant and enjoyment* ».

⁶³ Cf. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *L'asile et les réfugiés dans la tradition musulmane - Asylum and Refugees in Islamic Tradition*, Report of the Sixty-ninth Conference Report of the Sixty-nine Conference, 2000.

⁶⁴ Groupe d'experts du Conseil Islamique à Londres, *Déclaration Islamique universelle des droits de l'homme*, 19 Septembre 1981, art. IX :

« *a - toute personne persécutée ou opprimée a le droit de chercher refuge et asile. Ce droit est garanti à tout être humain quels que soient sa race, sa religion, sa couleur ou son sexe.*

b - Al masjid al haraam (la maison sacré d'Allah) à La Mecque est un refuge pour tous les Musulmans ».

⁶⁵ Cf. à cet égard ELMADMAD, *op. cit.*, p. 131.

Ensuite, l'article 13 du projet de *Charte des droits de l'homme dans l'Islam* du 1983, issue de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI)⁶⁶, ainsi que l'article 12 de la *Déclaration du Caire sur les droits de l'homme dans l'Islam* de 1990⁶⁷, confirment encore, qu'un droit d'asile reconnu à toute personne persécutée correspond un devoir à le respecter par tous les membres de la communauté islamique⁶⁸. En effet, l'analyse de cette dernière norme révèle une perplexité, puisque on ne fait pas référence à « toute personne », mais à l'expression « tout homme », circonstance qui pourrait conduire à reconnaître des limites *ratione personae* de nature sexuelle au droit d'asile. On peut, toutefois, considérer que l'interprétation authentique du texte aie une extension universelle en ce qui concerne les bénéficiers, car à la *Déclaration du Dacca sur les droits de l'homme en Islam* de 1983, en présentant les mêmes dispositions déjà exposées à maintes reprises dans la littérature classique sur les droits de l'homme en Islam, on affirma un seul point nouveau, c'est-à-dire l'égalité entre l'homme et la femme en dignité comme en droits⁶⁹.

4.3.2. *L'action de la Ligue des États Arabes dans le domaine de l'asile.*

Bien que la problématique du droit d'asile a joué un rôle très important dans l'évolution des sociétés arabes, au niveau normatif régional il n'y a aucun instrument juridique dans ce domaine ayant force obligatoire. Il s'agit plutôt d'un corpus des déclarations, chartes et projets qui constituent ce qu'en droit international est défini « *soft law* ». Ces documents ne jaillissent pas seulement du domaine religieux de l'Islam mais aussi de l'activité des organisations internationales

⁶⁶ Pour les textes arabes sur les droits de l'homme on peut consulter AL-MIDANI, *Les droits de l'homme en Islam, Textes des organisations arabes et islamiques*, Strasbourg, 2003. Sur la mission et le développement de l'OCI, créée sur décision du sommet islamique réuni à Rabat le 25 Septembre 1969, voir en particulier BEN ACHOUR, *La Nouvelle Charte de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI)*, dans *Revue Générale de Droit International Public*, 2008, n. 4, pp. 833 – 848 ; BOUACHBA, *L'organisation de la Conférence islamique*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 28 (1983), pp. 265-291.

⁶⁷ L'article 12 de la Déclaration du Caire, adoptée le 5 Août 1990, au Caire (Egypte), lors de la XIX Conférence islamique des Ministres des Affaires étrangères établit que :

«*Tout homme a droit, dans le cadre de la Charria, à la liberté de circuler et de choisir son lieu de résidence à l'intérieur ou à l'extérieur de son pays. S'il est persécuté, il a le droit de se réfugier dans un autre pays. Le pays d'accueil se doit de lui accorder asile et d'assister sa sécurité, sauf si son exil est motivé par un crime qu'il aurait commis en infraction aux dispositions de la Charria.*»

⁶⁸ ARNAOUT, *op. cit.*, p. 27, affirme que « obligation religieuse pour le croyant, l'octroi de l'asile est automatiquement obligation politique et juridique pour tout membre de la communauté islamique », pareillement ABOU-EL-WAFA, *op. cit.*, p. 243 confirme que « *the obligation to respect asylum as a human right is well-established in Islam, being an integral part of faith and Shari'ah* », voir aussi 'ABD AL-RAHIM, *Asylum: a Moral and Legal Right in Islam*, cit., p. 15 ss.

⁶⁹ Cf. le commentaire de AL-MIDANI, *Les droits de l'homme en Islam*, cit., sur la Déclaration du Dacca sur les droits de l'homme en Islam, adoptée au Dacca (Bangladesh) le 11 Décembre 1983, par la IV Conférence des Ministres des Affaires Etrangères de l'OCI.

régionales, comme la Ligue des États Arabes⁷⁰, finalisée à adopter un cadre régionale en matière.

Même si cette organisation n'a pas encore adopté un texte spécifique sur le droit d'asile et la protection des réfugiés, plusieurs dispositions se rattachent à la thématique⁷¹. Un premier projet de *Charte arabe des droits de l'homme*, élaboré par un group d'experts en 1971, suite à une décision de la Commission spéciale des droits de l'homme, interdisait l'exile comme sanction pénale et reconnaissait dans son article 16 le droit de demander asile politique dans un autre pays contre le risque de persécution⁷². Toutefois, il s'agissait d'une prévision normative assez limitée, qui n'attribuait pas à l'État une obligation d'accorder l'asile à l'individu⁷³.

4.3.2.a. La Convention arabe sur le statut des réfugiés dans les États arabes.

Les efforts ultérieurs d'introduire un droit individuel d'asile, complétés par la prévision d'un devoir de l'État à l'accorder ont conduit seulement en 1994 à l'adoption d'une *Convention arabe sur le statut des réfugiés dans les États arabes*⁷⁴. Cet instrument évoque la conception islamique de l'asile et aussi les règles internationales sur les droits de l'homme et des réfugiés, y compris la Convention de Genève de 1951. Contrairement au régime international, la définition de réfugié, envisagée par la Convention arabe de 1994, montre une sensibilité à l'égard des opposants politiques, en fait, même si semblable à la Convention de Genève, une raison pour demander le statut est omise : «celle de la persécution pour des raisons politiques⁷⁵». Cependant, cela n'est pas la seule nouveauté de la Convention arabe de 1994, qui innove le droit international, en introduisant, dans l'article 1, les catastrophes naturelles comme une des causes pour demander asile, et en confirmant aussi, pareillement à la Convention de l'OUA de 1969, l'hypothèse de l'occupation

⁷⁰ La Ligue des États Arabes, en tant qu'organisation intergouvernementale régionale, est la plus ancienne organisation internationale créée à la fin de la Seconde Guerre mondiale, cf. *Charte de la Ligue des États Arabes* (LEA), adoptée le 22 Mars 1945 par les six États arabes fondateurs, notamment, Arabie Saoudite, Egypte, Irak, Jordanie (à l'époque, Transjordanie), Liban et Syrie, le Yémen a rejoint ces États et a signé le Pacte en Mai 1945. Elle regroupe, actuellement, vingt-deux États répartis sur les continents africain et asiatique. Sur l'institution de la Ligue des États arabes, voir ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 453 ss.

⁷¹ Pour une étude plus complète sur cette question voir ELMADMAD, *op. cit.*, p. 125 ss.

⁷² Le Conseil de la Ligue par résolution 2668/30 du 10 Septembre 1970, avait décidé de former un comité d'experts et de confier la tâche d'élaborer un projet de Charte. Ce comité s'est réuni du 24 Avril au 10 Juillet 1971 au Secrétariat général de la Ligue. À la fin de ses travaux, il a adopté un premier projet de Charte, ensuite soumis aux États membres de la LEA pour des commentaires. Voir ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 454 ss.

⁷³ Comme affirme ELMADMAD, *op. cit.*, p. 126, « les clauses relatives à l'asile sont, dans ce projet de Charte de Droits de l'Homme, en retrait par rapport au Droit International sur les réfugiés ».

⁷⁴ Cf. LEA, *Arab Convention On Regulating Status of Refugees In The Arab Countries*, texte reproduit par l'UNHCR en *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, vol. 3 (2007), p. 146 ss.

⁷⁵ Cf. ELMADMAD, *op. cit.*, p. 129.

étrangère en tant que cause pour chercher asile⁷⁶. Cette innovation, encore une fois, comporte un retour à la tradition de l'humanisme islamique qui caractérisait la pratique de l'asile dans la tradition religieuse, selon laquelle l'asile répondait à la fuite à cause d'une peur ou d'un besoin de protection.

4.3.2.b. Le droit d'asile dans la nouvelle *Charte arabe des droits de l'homme*.

En 1994, un deuxième facteur d'évolution dans le domaine plus ample des droits de l'homme est représenté par l'adoption de la *Charte arabe des droits de l'homme*⁷⁷, dont le texte depuis le 2002 sera soumis à un procès de modernisation et actualisation, qui a conduit la Commission permanente des droits de l'homme de la Ligue arabe à l'élaboration d'un nouveau « bagage » normatif, adopté par le Conseil au sommet de Tunis du 23 Mai 2004⁷⁸.

Au niveau normatif, cet instrument se caractérise par un certain détachement de la loi coranique, qui, en revanche, détermine un retrait pour le droit d'asile. En fait, en confirmant la portée du précédent article 23 de la Charte, adoptée en 1994, l'article 28, en prévision d'un droit de l'individu de demander asile, ne codifie pas aucune obligation pour l'État⁷⁹. Ainsi conçu, le droit d'asile représente le

⁷⁶ L'article 1 de la Convention arabe de 1994, en fait, reconnaît come réfugié :

«1. Any person who is outside the country of his nationality or outside his habitual place of residence in case of not having a nationality and owing to well-grounded fear of being persecuted on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, unable or unwilling to avail himself of the protection of or return to such country.2. Any person who unwillingly takes refuge in a country other than his country of origin or his habitual place of residence because of sustained aggression against, occupation and foreign domination of such country or because of the occurrence of natural disasters or grave events resulting in major disruption of public order in the whole country or any part thereof».

⁷⁷ Conseil de la Ligue des États Arabes, *Charte Arabe des Droits de l'Homme*, Résolution 5437 du 15 Septembre 1994, Le Caire. Sur l'élaboration du projet définitif et plus en général sur la problématique de la codification des droits de l'homme dans le contexte régional arabe, voir MAAOUIA, MEKKI, *Les droits de l'homme dans le monde arabe entre régionalisme et universalisme*, dans BEN ACHOUR, LAGHMANI (dir.), *Les droits de l'Homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, Paris, 2008, pp. 201-228; ZANGHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 459 ss., cf. aussi AL-MIDANI, *La Charte arabe des droits de l'homme*, dans *Jura Gentium, Revue de philosophie du droit international et de la politique globale*, vol. I (2005), n. 1, disponible à l'adresse: <<http://www.juragentium.unifi.it/fr/surveys/islam/rights/charte.htm>>.

⁷⁸ Conseil de la Ligue des États Arabes, *Nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme*, adoptée le 22 Mai 2004, à Tunis, lors du XVI Sommet de la Ligue, entrée en vigueur le 15 Mars 2008. Pour un examen méticuleux du contenu de la nouvelle *Charte arabe des droits de l'homme*, voir ZANGHI, BEN ACHOUR (a cura di), *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme. Dialogue italo-arabe*, Actes de la Table Ronde Italo-arabe du 17-18 Décembre 2004 (Messine), Torino, 2005. Cf. aussi RISHMAWI, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forwards?*, dans *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 361-376.

⁷⁹ L'art. 28 établit que : « Chacun a le droit de demander l'asile politique à un autre pays pour échapper à la persécution; ce droit ne peut être exercé par une personne qui fait l'objet de poursuites pour une infraction de droit commun. Il est interdit d'extrader des réfugiés politiques ».

Pareillement, l'art. 23 de la Charte, adoptée en 1994, affirmait que : « Devant la persécution, tout citoyen a le droit de demander l'asile politique dans un autre pays. Ce droit ne peut être invoqué

prolongement de la disposition de l'article 27, qui, affirmant le droit de quitter un Pays, y compris celui d'origine, interprète le principe de libre circulation, énoncé par l'article 26⁸⁰.

Enfin, on peut constater que l'adoption de la Charte arabe des droits de l'homme a permis une fusion juridique entre les principes de l'humanitarisme islamique et l'universalisme des droits de l'homme. En ce qui concerne le droit d'asile, même si la Charte arabe ne reconnaît pas un droit de l'individu à obtenir l'asile, cette interprétation ne peut pas effacer la conception dérivant de la tradition et de la loi islamique, qui valorisent le droit d'asile, conséquent au devoir de l'État d'attribuer sa protection. La Charte arabe, donc, constitue un paramètre de convergence des États arabes à la doctrine universaliste du droit international des droits de l'homme, circonstance qui ne peut pas exclure la possibilité que certains droits, caractérisant le contexte arabe, peuvent bénéficier de la protection et l'interprétation plus ample, qui le respect de la tradition y confère.

4.3.3. *Les séminaires des experts arabes dans le domaine de l'asile*

En ce qui concerne la problématique du droit d'asile, la tradition juridique arabe a de temps en temps chargé d'autres organismes d'experts, qui ont contribué par leur activité aux efforts d'établir un cadre juridique en matière⁸¹.

L'élaboration d'une Charte arabe des droits de l'homme, en fait, reposait aussi sur les travaux d'un group de juristes experts, qui en 1986 avait élaboré un projet de Charte des droits de l'homme et du peuple dans le monde arabe, avec la prévision d'un droit « *de rechercher et de recevoir asile en tout pays arabe* », complété par l'affirmation du principe de refoulement⁸². De plus, l'Institut international de droit humanitaire de San Remo en collaboration avec l'UNHCR a organisé quatre

dans le cas de poursuites réellement fondées sur une infraction de droit commun. Il est interdit d'extrader les réfugiés politiques ».

⁸⁰ L'art. 27 affirmé que : « a) *Nul ne peut être arbitrairement ou illégalement empêché de quitter un pays quel qu'il soit, y compris son propre pays, interdit de séjour dans une région donnée, ou obligé à séjourner dans ledit pays; b) Nul ne peut être exilé de son pays ou privé du droit d'y retourner ».*

L'article 26 prévoit que : « a) *Toute personne qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie jouit de la liberté de circuler et choisit librement son lieu de résidence, où que ce soit sur ce territoire dans le respect des lois en vigueur;*

b) Aucun Etat partie n'expulsera une personne qui ne détient pas sa nationalité mais qui se trouve légalement sur son territoire, qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et après lui avoir donné, sauf si des considérations de sécurité nationale s'y opposent, la possibilité d'introduire un recours devant l'autorité compétente; l'expulsion collective est interdite dans tous les cas ».

⁸¹ À cet égard, cf. ELMADMAD, *op. cit.*, p. 129 ss.

⁸² C'était la disposition de l'art. 40 du projet, reproduit en UNHCR, *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, International Instruments, vol. 2: *International Humanitarian Law, International Criminal Law, International Maritime and Aviation Law, Miscellaneous*, Geneva, 2007, p. 135.

séminaires de 1984 à 1992, le dernier desquels, réalisé au Caire, a conduit à l'adoption d'une *Déclaration sur la protection des réfugiés et des personnes déplacées dans le monde arabe*⁸³. Il s'agit d'un document significatif, car il vient après la guerre du Golfe, qui avait causé de grands exodes massifs de population⁸⁴. En effet, l'importance de ce document consiste dans la recommandation que « *les États arabes adoptent un vaste concept de 'réfugié' et de 'personne déplacée', ainsi qu'une norme minimale pour leur traitement s'inspirant des dispositions des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux réfugiés et des instruments régionaux pertinents*⁸⁵ ».

Enfin, il faut souligner les conclusions de la Conférence des Nations Unies sur l'asile et l'Islam du 10 Décembre 2007, qui établissent une analogie entre la tradition et la pratique islamique et les systèmes modernes de protection des demandeurs d'asile, en reconnaissant le patrimoine commun de valeurs⁸⁶. On souhaite, dans cette perspective, que les conclusions marquent une étape positive pour la promotion d'un cadre de protection efficace dans tous les États de l'Organisation de la Conférence Islamique.

4.4. Le droit d'asile dans la pratique conventionnelle Euro-méditerranéenne : entre tendance à l'externalisation et devoir de non-refoulement.

Les régimes régionaux qui complètent le système euro-méditerranéen d'asile et de protection des réfugiés soulignent encore la naïveté juridique des instruments élaborés afin de préserver des valeurs fondamentales, comme le principe de libre circulation ou l'interdiction du refoulement, toutefois on n'a pas encore su définir un système intégrât de protection au niveau supranational. Si cet aspect représente le défi le plus importante pour l'Union européenne, le caractère hétérogène des régimes africains et arabes ne permet pas d'envisager un développement semblable à l'essor du concept d'asile européen.

⁸³ Un groupe d'experts arabes a adopté lors d'une réunion au Caire du 16 au 19 Novembre 1992 la *Déclaration sur la protection des réfugiés et des personnes déplacées dans le monde arabe*, cf. AL-MIDANI, *Les droits de l'homme en Islam*, cit.

⁸⁴ Le Préambule de la Déclaration de 1992, en fait, constate « *les souffrances que le monde arabe a enduré du fait de l'afflux massif de réfugiés et de personnes déplacées et notant, en outre, avec une profonde inquiétude les mouvements continuels de réfugiés et de personnes déplacées dans le monde arabe et la tragédie humaine qu'ils subissent* », pareillement les références à la population palestinienne sont très évidentes, étant le principal objet des préoccupations liées à la protection des réfugiés dans le monde arabe.

⁸⁵ *Ivi*, art. 6.

⁸⁶ Une synthèse de la Conférence des Nations Unies sur l'asile et l'Islam du 10 Décembre 2007, Kuala Lumpur, est publiée dans *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 2, p. 65 ss.

La description du scénario euro-méditerranéen en matière d'asile révèle un amarrage à la souveraineté territoriale des États⁸⁷, et la négociation des accords bilatéraux entre États européens et Pays tiers de la Méditerranée suggère comme, parfois, le droit d'asile, hors de retentissantes Chartes des valeurs, fait l'objet très délicat des accords de coopération bilatéraux. Cette circonstance confirme, comme l'UNHCR a récemment souligné que « *the Mediterranean Sea is indeed an 'asylum route' for many people fleeing violence and persecution*⁸⁸ », néanmoins, la Méditerranée est aussi un réseau d'accords et au milieu de ses vagues les droits de l'homme risquent de noyer.

4.4.1. Le processus d'externalisation du droit d'asile.

Le défaut d'un cadre supranational de protection du droit d'asile dans la Méditerranée est cause de la prolifération d'accords bilatéraux entre États, afin d'aborder le problème de l'immigration irrégulière. Cette pratique conventionnelle, qui s'adresse surtout aux Pays méditerranéens de l'Union Européenne, est probable de comporter une violation du principe de non-refoulement au détriment par conséquence du droit d'asile.

Un premier aspect qui s'oppose à une application efficace du principe de non-refoulement concerne la pratique de l'externalisation du droit d'asile (*external refugee protection*), par laquelle l'État où une personne présente sa demande d'asile, la refoule, en transférant la responsabilité de l'examen de la demande à un autre État⁸⁹. Cette procédure peut être réalisée au sein d'un cadre normatif conventionnel ou par un acte unilatéral, mais dans ce dernier cas il faut constater la manifestation de la volonté par laquelle un État confirme l'existence d'une responsabilité d'un autre État à déterminer le statut de réfugié.

Cependant, l'externalisation du droit d'asile soulève des perplexités, en ce qui concerne le respect du droit international en matière d'asile et la protection des

⁸⁷ Pour une étude plus complète du scénario en question cf. BETTS, *Towards a Mediterranean Solution?*, cit., p. 653 ss. À cet égard voir aussi GIL-BAZO, *The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 18 (2006), nn. 3-4, pp. 571-600.

⁸⁸ Cf. UNHCR, *Mediterranean Sea arrivals: UNHCR calls for access to protection*, Briefing Notes, 9 Janvier 2009, disponible à l'adresse: <<http://www.unhcr.org/print/4967386e4.html>>.

⁸⁹ À cet égard voir en doctrine : PIRRONE, *L'esternalizzazione della procedura di accertamento dello status di rifugiato e tutela dei diritti dell'uomo*, dans BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Fagnano Alto, 2008, pp. 215-224, qui qualifie ce pratique comme « *espressione delle preoccupazioni, diffuse nei Paesi dell'Europa occidentale, per l'accrescersi dell'immigrazione illegale e del timore che un uso abusivo della normativa sul diritto di asilo... possa costituire uno strumento a favore di tale immigrazione e un ostacolo per le relative politiche di contrasto* »; CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: l'approccio dell'Unione Europea, tra prassi degli Stati membri e competenze comunitarie*, dans ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 199 ss.

droits fondamentaux⁹⁰. D'un côté, en fait, l'opérativité des procédures d'externalisation pourrait provoquer une violation de la Convention de Genève de 1951, qui à la lettre de l'article 33 établit le principe de non-refoulement, quand on refoule un individu dans un Pays où il y a des risques fondés et réels de persécution. Il faut souligner, à cet égard, que la violation du principe de non-refoulement est pareillement considérée une infraction du droit international coutumier et, donc, la manquée adhésion à la Convention de Genève n'exclue pas l'obligation de non-refouler une personne au risque de torture ou persécution.

De plus, même que le *Covenant des Nations Unies pour les droits civils et politiques* de 1966 ne prévoit aucun droit d'asile, à la lumière du principe de non-discrimination, contenu dans l'article 26, la procédure d'externalisation en effet peut discriminer entre demandeurs d'asile refoulés et non⁹¹. Cette observation, enfin, permet de constater que la pratique d'externalisation peut causer violations des droits fondamentaux, comme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a de temps en temps affirmé depuis le cas *T.I. c. Royaume Uni*.

Dans cette circonstance, la Cour a estimé que la responsabilité de l'État peut être engagée par l'envoi d'un demandeur d'asile dans un Pays tiers, en vertu d'un cadre juridique d'externalisation de la procédure de reconnaissance du statut de réfugié, dans les cas de l'espèce, la Convention de Dublin de 1990, s'il existe un risque réel de voir ensuite le requérant renvoyé dans un Pays où il risque d'être soumis à des traitements inhumains ou torture⁹².

⁹⁰ Sur les risques de la pratique d'externalisation cf. en particulier CLARK, F. CRÉPEAU, *Human Rights in Asylum sharing and other Human Transfer Agreements*, dans *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22 (2004), n. 2, pp. 217-240, qui soulignent en fait que « *the human rights of an individual can clearly be violated when forcibly transferred by one State to another* ». Voir aussi BORELLI, *Allontanamento dello straniero dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani*, dans ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, p. 99 ss.

⁹¹ *Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques*, adopté le 16 Décembre 1966 par Ris. 2200 (XXI) de l'Assemblée Générale et entré en vigueur le 23 Mars 1976, UN *Treaty Series*, vol. 999, p. 171, texte disponible aussi à l'adresse: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. L'art. 26 du Pacte affirme que : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

C'est le même commentaire au Pacte qui par l'application du principe de non discrimination attribue à l'individu un droit d'asile sur une base égalitaire à toute personne, cf. NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kiel/Strasbourg, 1993, p. 479.

⁹² On a déjà analysé la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, *supra* chapitre 2. Néanmoins dans la décision *T.I. c. Royaume Uni*, arrêt du 7 Mars 2000, requête n° 43844/98. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour a effectué une évaluation indirecte de la pratique d'externalisation, prévue par la Convention de Dublin de 1990, *Journal Officiel* n° C 254 du 19 Août 1997, pp. 1-12. Pour une étude complète de la jurisprudence de la Cour européenne, voir BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, 2010; MOLE, *Le droit d'asile et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, IV éd. Strasbourg, 2008. Voir aussi CHETAIL, *Les droits des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des*

Une pratique d'externalisation, enfin, devrait se réaliser sur la base d'un régime conventionnel bilatéral ou multilatéral, qui prévoit non seulement l'obligation pour l'État de destination d'évaluer la demande d'asile, mais aussi des procédures et des critères de garantie des droits fondamentaux⁹³. Généralement, la procédure d'externalisation du droit d'asile dans le contexte de la Méditerranée est fondée sur les accords de réadmission, qui représentent aussi des instruments applicatifs de la notion de « Pays sûr ».

4.4.1.a. La règle du « Pays sûr » comme hypothèse limitative du droit d'asile.

Depuis le début des ans '90, afin d'éviter d'être chargés de la violation du principe de non-refoulement, plusieurs États d'asile ont adhéré à la règle du « Pays sûr », pour circonvenir les obligations internationales en matière, sans, quand même, les violer⁹⁴. Il faut, tout d'abord, souligner la différence entre deux qualifications du concept de « Pays sûr », puisque, d'un côté, si un accord est fondé sur la notion de « Pays tiers sûr », il n'adresse pas la question de la qualification du demandeur d'asile comme réfugié, en renvoyant seulement dans ce Pays tiers le processus de reconnaissance du statut de réfugié. En revanche, si un accorde, comme par exemple, le Protocole sur l'asile pour les ressortissants des États membres de l'UE, encore attaché au traité de Lisbonne⁹⁵, contemple le refoulement d'un individu dans un « Pays d'origine sûr », il n'est pas éligible au droit d'asile, car on assume que dans son Pays d'origine il n'y a aucun risque de persécution⁹⁶.

droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangères menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants, dans *Revue Belge de Droit International*, 2004, p. 155 ss.

⁹³ Cf. PIRRONE, *L'esternalizzazione della procedura di accertamento dello status di rifugiato*, cit., p. 223.

⁹⁴ À cet égard, CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato*, dans ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, p. 205, a affirmé, en fait, que la notion de Pays sûr était devenu « *punto di riferimento di una crescente tendenza ad erodere il contenuto degli obblighi internazionali in materia di rifugio ed asilo, senza peraltro rifiutarne in radice l'imperatività* ». La notion de « Pays sûr » a fait l'objet d'une spéculation doctrinale assez consistante, pour une étude plus complète voir LEIMSIDOR, *The Concept of "Safe Third Country" in Asylum Legislation, Regulation and Practice: Political, Humanitarian and Practical Considerations*, dans ZAGATO (a cura di), *op. cit.*, pp. 39– 54; BYRNE, SCHACKNOVE, *The Safe Country Notion in European Asylum Law*, dans *Harvard Human Rights Journal*, vol. 9 (1996), pp. 185 – 228. Pour des références ultérieures cf. SPATTI, *L'allontanamento dei richiedenti asilo verso 'Paesi sicuri'. La disciplina comunitaria a confronto con il diritto internazionale a tutela dei rifugiati e con i diritti fondamentali dell'individuo*, dans RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni. Fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, 2007, p. 134 ss.; BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, 2006, p. 344 ss.

⁹⁵ Cf. *Protocole (n° 24) sur l'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union Européenne, attaché au Traité de Lisbonne qui modifie le traité sur l'Union européenne et le traité qui institue la Communauté européenne*, 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1 Décembre 2009, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 306 du 17 Décembre 2007.

⁹⁶ Comme expliqué par la Délégation du Royaume Uni à Genève, *Sending Asylum Seekers to Safe Third Countries*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), p. 120, « 'Safe' means that the asylum applicant would not face treatment contrary to article 33 of the [Refugee

Bien que l'UNHCR ait emphatisé que le « Pays sûr » « *remains a notion, as opposed to an established legal principle or concept*⁹⁷ », les États européens ont incorporé cette notion dans les lois internes et ont pareillement permis son développement dans l'acquis de l'UE en matière d'asile⁹⁸. En effet la légitimité de la règle du Pays sûr, au niveau du droit international était confirmée par l'article 1 du projet de Convention sur l'asile territoriale de 1977⁹⁹, et ensuite acceptée par l'UNHCR, à condition qu'il n'y ait aucun risque à la vie et la liberté du demandeur d'asile, et qu'il ait la possibilité de bénéficier du droit d'asile, selon une procédure effective¹⁰⁰. Cette circonstance explique la portée d'une récente décision de la Cour fédérale du Canada, qui a considéré, par exemple, les États-Unis comme « Pays non sûr », pour le non-respect du principe de non-refoulement, puisque le système d'asile des États-Unis prévoit que la demande doit être présentée dans une année après l'entrée dans le territoire, peine la perte absolue du bénéfice de l'asile¹⁰¹.

*Convention], or other violations of fundamental human rights. 'Third' distinguishes the country in question from two others, namely the country which has received the asylum application and the country in which the applicant claims to fear persecution and of which he is a citizen ». Pour une analyse des différences et des similarités entre les deux acceptions du concept de « Pays sûr », voir HAILBRONNER, *The Concept of 'Safe Country' and Expedient Asylum Procedures: a Western European Perspective*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 5 (1993), n. 1, pp. 31- 66.*

⁹⁷ Cf. FORTIN, *The 'Safe Third Country' Policy in the Light of the International Obligations of Countries vis-à-vis Refugees and Asylum-seekers*, Research Paper, UNHCR, London, July 1993, para. 4.12.14. Pour l'opérativité de la règle en question au sein des législations nationales voir en particulier LEIMSIDOR, *The Concept of "Safe Third Country" in Asylum Legislation, Regulation and Practice*, cit., p. 39 ss.

⁹⁸ Pour la première fois, le concept a été défini par la *Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} Décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres*, dans *Journal Officiel de l'Union européenne*, n° L 326 du 13 Décembre 2005, p. 13 article 27.

⁹⁹ Cf. Assemblée générale, Résolution 3372 (XXIX), *Elaboration of a Draft Convention on Territorial Asylum*, 10 Décembre 1974, A/RES/3272(XXIX), l'art. 1 établissait que : «...where it appears that a person requesting asylum from a Contracting State already has a connexion or close links with another State, the contracting Statemay, if it appears fair and reasonable, require him first to request asylum from that State ».

¹⁰⁰ UNHCR, Executive Committee, Conclusion n° 58 (XL) 1989, *The Problem of Refugees and Asylum Seekers who move in an irregular manner from a Country in which they had already found Protection*, 13 Octobre 1989, dans UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 4th ed., Geneva, 2009, p. 55, disponible à l'adresse: <<http://www.unhcr.org/protect>>. La définition élaborée par l'UNHCR, *Master Glossary of Terms*, Rev. 1, 2006, p. 15, disponible à l'adresse: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42ce7d444.html>>, en fait, regarde comme « Pays tiers sûr », « *a country in which an asylum-seeker could have had access to an effective asylum regime, and in which he/she has been physically present prior to arriving in the country in which she/he is applying for asylum* ». Pareillement l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM), *International Migration Law, Glossary on Migration*, Geneva, 2004, p. 58, affirme que « *a safe third country is considered by a receiving country to be any other country, not being the country of origin, in which an asylum seeker has found or might have found protection. The notion of safe third country (protection elsewhere/first asylum principle) is often used as a criterion of admissibility to the refugee determination procedure* ».

¹⁰¹ Cf. Cour Fédérale, *Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe v. Her Majesty the Queen*, 2007 FC 1262, 29 Novembre 2007, texte disponible à l'adresse : <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/474fe8d62.html>>.

Un Pays tiers peut être considéré sûr, de ce fait, selon les indications élaborées aussi par le Conseil de l'Europe, seulement si « *will provide effective protection against refoulement and the possibility to seek and enjoy asylum*¹⁰² ». La Cour européenne des droits de l'homme, en relation au récent cas *Saadi c. Italie*, a souligné, en fait, que l'existence de garanties appropriées que l'État de destination du demandeur d'asile soit effectivement un « Pays sûr » ne peut se fonder sur des considérations générales, mais sur la réelle constatation qu'une telle circonstance soit satisfaite en relation aux aspects particuliers du cas de l'espèce¹⁰³.

Enfin, la tendance jurisprudentielle, délinée par la Cour européenne et certains juges nationaux, représente l'expression d'un important principe soutenu par le droit coutumier qui tutelle l'individu contre la violation des droits fondamentaux. La détermination d'un Pays sûr comporte selon le droit international que cet État assure non seulement le respect du principe de non-refoulement, mais aussi la jouissance des droits fondamentaux¹⁰⁴. Il s'agit d'un principe de droit international qui devrait constituer le paramètre de référence pour l'élaboration des accords bilatéraux, faisant l'objet du droit d'asile, surtout dans le contexte de la Méditerranée, où le respect des obligations internationales en matière de protection des réfugiés et droits de l'homme ne montre pas une parfaite adhésion au droit international.

4.4.1.b. La compatibilité des accords de réadmission avec le droit d'asile.

La règle du « Pays sûr » fait l'objet de nombreux instruments conventionnels qui notamment représentent la manifestation de la procédure d'externalisation du droit d'asile. Cette circonstance souvent se configure comme une conséquence indirecte des accords de réadmission, relatifs au renvoi des ressortissants étrangers dans leur Pays d'origine ou dans un Pays tiers sans imposer des obligations sur ce

¹⁰² Cf. Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Recommandation n° R(97)22, *Containing Guidelines on the Application of the Safe Third Country Concept*, 25 Novembre 1997, lettre c). Ce document contient aussi les critères pour l'application du concept de Pays tiers sûr, voir lettre d), qui contemple la circonstance que « *the asylum-seeker has already been granted effective protection in the third country or has had the opportunity, at the border or within the territory of the third country, to make contact with that country's authorities in order to seek protection there before moving on to the member state where the asylum request is lodged or, that as a result of personal circumstances of the asylum-seeker, including his or her prior relations with the third country, there is clear evidence of the admissibility of the asylum-seeker to the third country* ».

¹⁰³ Cf. Grande Chambre, *Saadi c. Italie*, arrêt du 28 Février 2008, requête n° 37201/06, para. 147. La Cour a affirmé que « *l'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque, comme en l'espèce, des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention* ». Pour une analyse du cas, surtout par référence au caractère absolu du principe de non-refoulement voir GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, dans *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 91 (2008), n. 2, pp. 449–456.

¹⁰⁴ Voir LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 423 ss.

dernier État en matière d'évaluation de la demande d'asile¹⁰⁵, étant la réadmission des étrangers, en particulier des immigrés irréguliers, la seule obligation qui découle de ces accords. La pratique conventionnelle sous-tient divers accords de ce type bien à caractère bilatéral que multilatéral, qui concernent la réadmission des ressortissants des États parties ou de Pays tiers par rapport à l'accord¹⁰⁶. De plus, après l'attribution par le traité d'Amsterdam en 1997 d'une compétence en matière d'asile, la Communauté européenne a conclu elle-même des accords de réadmission avec des États tiers¹⁰⁷. A cet égard, la Commission européenne a défini en 2002 la réadmission comme l'« acte par lequel un État accepte de réadmettre une personne (qu'il s'agisse de l'un de ses ressortissants, d'un ressortissant d'un pays tiers ou d'un apatride), dont il est établi qu'elle est entrée illégalement dans un autre État, que sa présence y était illégale ou son séjour irrégulier¹⁰⁸ ».

¹⁰⁵ L'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 52, définit l'accord de réadmission un « Agreement which addresses procedures for one State to return aliens in an irregular situation to their home State or a State through which they passed en route to the State which seeks to return them ». En doctrine sur la problématique des accords de réadmission voir MARCHEGANI, *L'accordo di riammissione quale strumento integrato di cooperazione tra stati per il contrasto all'immigrazione irregolare*, dans PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti: nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, p. 113 ss.; CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato*, cit., p. 215 ss.; ABELL, *The Compatibility of Readmission Agreements with the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 11 (1999), n. 1, pp. 60–83; HAILBRONNER, *Readmission Agreements and the Obligations on State under Public International Law*, dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV*, vol. 57 (1997), p. 1 ss. Voir aussi, surtout avec référence au droit de l'Union Européenne ALENI, *La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, dans *Diritto dell'Unione Europea*, vol. 11 (2006), n. 3, pp. 585–606; GRAZIANI, *Gli accordi di riammissione*, dans LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, p. 432 ss.; PASTORE, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, dans *Rivista di diritto internazionale*, vol. 81 (1998), n. 4, pp. 968-1021.

¹⁰⁶ ABELL, *The Compatibility of Readmission Agreements*, cit., p. 64, a noté que « multilateral agreements are preferred to the bilateral ones because there is more pressure on the country to accept the conditions imposed by a certain group of countries ».

¹⁰⁷ Cf. *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 340 du 10 Novembre 1997.

¹⁰⁸ Cf. Commission européenne, *Communication au Conseil et au Parlement européen, relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, Bruxelles, 14 Octobre 2002, COM (2002) 564 final, p. 26. Par conséquent la Commission affirme que l'accord de réadmission est « Accord imposant des obligations réciproques aux parties contractantes et fixant des procédures administratives et opérationnelles détaillées, afin de faciliter le retour et le transit des personnes qui ne remplissent pas, ou ne remplissent plus, les conditions d'entrée, de présence ou de séjour dans l'État requérant ». Ces définitions suivent une ample consultation de la Commission démarrée par le *Livre vert Relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, COM (2002) 175 final, publié en 2002 et s'encadrent au sein de la politique européenne commune en matière d'asile et gestion des migrations, en cours de développement depuis le Conseil européen de Tampere de 1999. Sur les accords de réadmission conclus par la Communauté européenne, en particulière avec les Pays Tiers de la région balkanique, voir récemment CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione*, dans TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 323 ss.; par référence aux accords de réadmission au sein du Partenariat Euro-méditerranéen, voir CASSARINO, *I negoziati relativi alla riammissione nell'ambito del processo di Barcellona*, *Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, Dossier del Servizio Studi e Ricerche del Senato della Repubblica, 2005, pp. 1–17.

Bien que le but des accords de réadmission soit la lutte à l'immigration illégale, cette pratique conventionnelle a été transformée de temps en temps dans un moyen de déloger les demandeurs d'asile, sans encourir dans une violation de la Convention de Genève de 1951. Le renvoi de ces demandeurs d'asile dans un Pays sûr, en fait, est fondé presque uniquement sur l'existence d'un accord de réadmission et ces accords notamment « *do not provide for the responsibility on the part of the safe third country to assure asylum seekers access to a fair refugee determination procedure*¹⁰⁹ ». De plus, ces accords n'assurent pas contre le risque d'un renvoi de l'individu dans des contextes de persécution ou d'autres violations des droits de l'homme, et, enfin, cette pratique conventionnelle ne prévoit pas de mécanismes relatifs à la possibilité que les demandeurs d'asile peuvent recevoir une effective protection ou le bénéfice de l'asile. De ce point de vue, on comprend, donc, comme l'application de la règle du Pays sûr a causé aussi la violation du droit de l'individu de chercher asile quand la vie et la liberté étaient sérieusement menacées¹¹⁰.

Si les accords de réadmission pour définition représentent un moyen de contraste à l'immigration irrégulière, cette pratique conventionnelle ne semblerait pas compatible avec la caractérisation humanitaire du droit d'asile. Il va sans dire que l'asile doit se distinguer du phénomène de l'immigration, de ce fait, la prévision d'une réglementation du droit d'asile au sein d'un instrument juridique notamment conçu afin d'aborder la problématique de l'immigration, détourne la compatibilité avec la Convention de Genève de 1951, car on donne une connotation négative au droit d'asile, engendré de cette façon dans le lit de la souveraineté territoriale¹¹¹.

Afin de favoriser la compatibilité avec le régime international de protection des réfugiés, des clauses de réadmission ont fait l'objet des accords négociés par la Commission européenne avec les autres Pays Méditerranéens. A cet égard, la Commission a établi les principes qui guident un traité de réadmission¹¹², en prévoyant, d'abord, que le retour volontaire de l'individu prévale sur celui forcé, et confirmant pour le Pays d'origine l'obligation, qui découle aussi de l'article 13 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et de l'article 12 du *Pacte de Nations Unies sur le droits civils et politiques*, de réadmettre ses ressortissants¹¹³. Avant de négocier un accord de réadmission, de plus, il faut considérer la situation politique et surtout le respect des droits de l'homme du Pays tiers ou d'origine. Ce principe

¹⁰⁹ ABELL, *The Compatibility of Readmission Agreements*, cit., p. 66.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Pour plusieurs références voir MARCHEGANI, *L'accordo di riammissione quale strumento integrato di cooperazione*, cit, p. 113 ss.

¹¹² Cf. Commission européenne, *Communication au Conseil et au Parlement européen Concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine*, 15 Novembre 2001, COM(2001) 672 final, p. 24.

¹¹³ À cet égard voir HAILBRONNER, *Readmission Agreements and the Obligations on State under Public International Law*, cit., p. 3 ss.

découle de la norme internationale non dérogeable du non-refoulement, qui interdit, en fait, le transfert des demandeurs d'asile dans des Pays où il y a des risques réels de subir traitements inhumains.

L'analyse de la pratique conventionnelle bilatérale et multilatérale en matière de réadmission dans le Bassin de la Méditerranée, cependant, montre que parfois le seul paramètre de référence est la préservation de la souveraineté territoriale des États européens ou de l'Union dans son ensemble, à détriment des droits des demandeurs d'asile¹¹⁴. Cette constatation est soulignée surtout par les accords bilatéraux que certains États ont conclus seulement dans l'intérêt de limiter tout court le phénomène de l'immigration. En fait si l'obligation de réadmettre les individus dans leur Pays d'origine est supportée par une pratique uniforme et constante et par conséquent est considérée une règle coutumière, la réadmission d'individu dans un Pays tiers, dont ils n'ont pas la nationalité pourrait préfigurer des cas de déportation¹¹⁵.

4.4.2. *Le droit d'asile dans les accords bilatéraux entre États de la Méditerranée.*

La Méditerranée est une espace territoriale composée d'un rapport particulier entre souveraineté territoriale et mouvements de personnes qui a déterminé la prolifération de plusieurs solutions conventionnelles finalisées à limiter ce phénomène social avant que juridique¹¹⁶. La problématique a intéressé en premier lieu l'Italie, qui a négocié depuis le 1990 avec les Pays du Maghreb nombreux accords de coopération, comprenant aussi des clauses de réadmission, car ces instruments sont finalisés principalement au contrôle des flux migratoires¹¹⁷.

¹¹⁴ Cf. CASSARINO, *I negoziati relativi alla riammissione nell'ambito del processo di Barcellona*, cit., p. 14.

¹¹⁵ HAILBRONNER, *Readmission Agreements and the Obligations on State under Public International Law*, cit., p. 45 ss., a remarqué que «*the principle of readmission of one's own nationals is generally recognised within treaties under international law. Because of a uniform opinion juris and consistent state practice it is also considered a principle of customary international law*». D'autre côté l'auteur a emphatisé que «*due to lack of a common European practice and opinto Jurts an obligation, derived from customary law, on neighbouring states to readmit nationals of third states who have entered illegally is not yet evident*».

¹¹⁶ GIL-BAZO, *The Practice of Mediterranean States*, cit., p. 593, a souligné que «*a nexus (this is, the presence of the individual in the territory of a State) explains the creative resort by States to various practices aimed at preventing the physical arrival of refugees to their territories, including by 'moving' their borders to the country of origin of asylum seekers and the enactment of sophisticated legal fictions aimed at avoiding the recognition of the legal presence of those physically present*».

¹¹⁷ Pour une description soignée du scénario conventionnel entre l'Italie et les Pays du Maghreb, voir en particulier MUNARI, *Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione Europea e rapporti bilaterali dell'Italia*, dans TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 281 ss. Voir aussi CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato*, cit., p. 216 ss.; CASSARINO, *I negoziati relativi alla riammissione nell'ambito del processo di Barcellona*, cit., p. 12 ss., lequel a reconnu que «*la conclusione di accordi di riammissione è parte integrante delle politiche*

Pourtant, il s'agit d'accords qui ne concernent pas le droit d'asile, bien que leur application pratique soulève des problèmes au niveau de la protection des droits fondamentaux des réfugiés et demandeurs d'asile.

Toutefois, bien que la coopération italienne avec le Pays du Maghreb doive répondre aux principes du dialogue euro-méditerranéen, récemment a acquis un pivot d'orientation presque autonome, caractérisé par un prépondérant recouvrement de la souveraineté territoriale. Le réseau de cette coopération consiste des traités signés avec le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, la Libye, auxquels il faut ajouter aussi les accords avec l'Égypte.

En ce qui concerne la coopération avec le Maroc et l'Algérie, il s'agit d'une coopération moins structurée. Par rapport au Maroc en 2005 un accord bilatéral a été signé sur le contrôle des migrations pour des raisons de travail¹¹⁸, en particulier les relations avec le Maroc intéressent surtout des programmes de coopération technique et l'engagement italien à communiquer toutes les offres d'emploi afin de rationaliser les migrations des travailleurs qualifiés.

Par référence à l'Algérie, on énumère deux accords en vigueur, qui s'occupent respectivement de réadmission et coopération dans le domaine de la lutte au terrorisme international, l'immigration irrégulière et le trafic de stupéfiants¹¹⁹. En particulier, l'*Accord sur la libre circulation* des personnes du 24 Février 2000, prévoit des obligations spécifiques et bilatérales en matière de réadmission des ressortissants irréguliers¹²⁰, tandis que l'*Accord d'amitié, bon voisinage et coopération* du 2003 s'encadre dans l'esprit du partenariat euro-méditerranéen, auquel le Préambule fait référence explicite, afin d'introduire les domaines de coopération bilatérale.

Plus spécifiquement en matière de réadmission se place l'Accord bilatéral récemment négocié entre l'Italie et l'Égypte et signé le 9 Janvier 2007¹²¹. Il s'agit d'un accord assez complexe, et aussi plutôt long, qui règle, à l'article 2, la procédure de réadmission, à cet égard, particulièrement intéressant est la clause 'non préjudiciable', contenue dans l'article 11, selon laquelle l'accord ne limite pas les obligations qui dérivent du droit international, y comprise la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés, qui notamment à l'article 33 consacre le principe

di contrasto all'immigrazione clandestina del governo italiano». Les textes des accords bilatéraux entre l'Italie et les Pays du Maghreb sont disponibles à l'adresse : <<http://www.itra.esteri.it>>.

¹¹⁸ Cf. *Accordo bilaterale in materia di lavoro*, signé à Rabat le 21 Novembre 2005, en vigueur depuis le 1 Juin 2007, publié dans GURI, n° 185 Suppl. Ord. du 10 Août 2007.

¹¹⁹ Cf. *Accordo sulla circolazione delle persone*, signé à Rome le 24 Février 2000, entré en vigueur le 18 Octobre 2006, publié dans GURI, n° 38 Suppl. Ord. du 15 Février 2007; *Trattato di amicizia, buon vicinato e cooperazione*, signé à Alger le 27 Janvier 2003, entré en vigueur le 23 Juillet 2004.

¹²⁰ L'article 4 de l'*Accord sur la circulation des personnes* prévoit aussi les modalités d'effectuation de la réadmission.

¹²¹ *Accordo di Cooperazione in materia di riammissione*, signé à Rome le 9 Janvier 2007, entré en vigueur le 25 Avril 2008, publié dans GURI, n° 242 Suppl. Ord. du 15 Octobre 2008.

de non-refoulement. À la lumière de ces dispositions, toute hypothèse de réadmission contraire à la procédure, régulée par l'article 2 pourrait soulever des questions de légitimité à la lumière de l'accord lui-même et du droit international.

Bien plus organisée, mais aussi problématique, c'est la coopération italienne avec la Tunisie et la Libye. Il s'agit d'une forme de coopération à caractère globale qui touche plusieurs aspects, dont leur évolution a produit des remarques assez intéressantes au niveau du droit international, surtout en ce qui concerne l'application du droit d'asile et la pratique de réadmission.

4.4.2.a. Les accords entre l'Italie et la Tunisie et l'*Affaire Saadi*.

La Tunisie est le premier Pays, intéressé par le processus de Barcelone, avec lequel un accord de réadmission avec l'Italie a été adopté en 1998 et il est encore en vigueur¹²², en disposant le rapatriement des ressortissants qui se trouvent illégalement sur le territoire des deux Pays, dont les modalités sont spécifiées dans la partie II. De plus, les deux Pays ont conclu un traité d'amitié, bon voisinage et coopération, signé à Rome le 10 Février 2003, en vigueur depuis 2004¹²³, et, encore, un accord *ad hoc*, signé le 13 Décembre 2003, a remplacé un traité du 1998, visant à intensifier l'échange des informations sur la criminalité organisée (par le biais des échanges du personnel et de la formation de fonctionnaires tunisiens en italien), la surveillance maritime conjointe dans le canal de Sicile, et le contrôle des navires soupçonnés de transporter des immigrants¹²⁴.

Dans le cadre de ce faisceau d'accords, il semble, néanmoins, difficile l'identification de la solution la plus propre aux flux migratoires des ressortissants tunisiens, que le récent bouleversement politique du monde arabe a originés, ne s'agissant pas seulement des demandeurs d'asile mais pour la plupart des migrants économiques : à cet égard la conclusion d'un nouvel accord de réadmission a été

¹²² Il s'agit en effet d'une *Echange de notes relatif à la réadmission de personnes en situation irrégulière*, du 6 Août 1998, Rome, entrée en vigueur le 23 Septembre 1999, publiée dans GURI n° 11 Suppl. Ord. du 15 Janvier 2000. Pour des références aux instruments internationaux adoptés par la Tunisie cf. BENCHIKH, CHEKIR, *Présentation des principales dispositions juridiques tunisiennes relatives à la migration des personnes*, Notes d'analyse et de synthèse – module juridique, Consortium euro-méditerranéen pour la recherche appliquée sur les migrations internationales, CARIM-AS 2006/03.

¹²³ Cf. *Traité d'amitié, bon voisinage et coopération*, signé le 10 Février 2003, approuvé par la loi n° 2004-28 du 5 Avril 2004, *Journal Officiel de la République Tunisienne*, n° 29, 9 Avril 2004, p. 923, ratifié par le décret n° 2004-963 du 19 Avril 2004, *Journal Officiel de la République Tunisienne*, n° 34 du 27 Avril 2004, ratifié par le gouvernement italien le 11 Mai 2004, publié dans GURI n° 206 Suppl. Ord. du 2 Septembre 2004, entrée en vigueur le 11 Mai 2004.

¹²⁴ L'art. 10 de cet accord établit que :

«Les Parties contractantes, en conformité avec leurs législations nationales, s'accordent sur le fait que la coopération en matière de lutte contre la criminalité, comme prévu par les dispositions du présent accord, s'étendra à la recherche de personnes qui se sont soustraites à la justice et sont responsables de faits délictueux, ainsi qu'à l'utilisation de l'expulsion, lorsque les circonstances le requièrent et sauf application des dispositions en matière d'extradition».

annoncée le 5 Avril 2011¹²⁵. La problématique comporte la considération de la situation tunisienne dans son ensemble, et ainsi la possibilité d'effectuer le rapatriement des ressortissants tunisiens, s'il y a le complet respect des droits fondamentaux.

La Tunisie confirme une ancienne tradition d'accueil des étrangers qui cherchaient asile, ce facteur explique l'importance donnée au droit international des réfugiés et à ses instruments applicatifs bien au niveau universel que régional¹²⁶. En particulier, la Tunisie est engagée vis-à-vis de la Convention de Genève de 1951, ensuite intégrée par le Protocole de New York de 1967, cet instrument universel a été rendu obligatoire en Tunisie déjà sous le Protectorat français par le décret du 2 Juin 1955¹²⁷, alors qu'après l'indépendance, obtenue le 20 Mars 1956, l'ONU et l'UNHCR ont considéré la date du 24 Septembre 1957, comme celle de l'accession de la Tunisie à la Convention de Genève sur le statut des réfugiés¹²⁸. Au niveau régional, la Tunisie est liée au cadre juridique de protection des réfugiés établi par l'Union Africaine et, de ce fait, à la Convention de l'OUA de 1969, ainsi qu'à la Charte Africaine de 1981¹²⁹, instruments qui notamment innovent le droit international des réfugiés.

En ce qui concerne le droit tunisien, la Constitution de 1959 dispose dans son article 17 de l'interdiction d'extrader les réfugiés politiques, sans considérer, d'autre côté, le droit d'asile pour les réfugiés, « mais il s'est contenté de leur accorder une protection minimale¹³⁰ », qui en effet ne s'étend pas aux autres mesures qui peuvent

¹²⁵ Bref, voir CASSARINO, *Accordo Italia-Tunisia, per che fare?*, in *Affari Internazionali*, 7 Avril 2011, disponible à l'adresse: <<http://www.affarinternazionali.it/stampa.asp?ID=1722>>, lequel souligne qu'un accord bilatéral visant à faciliter l'expulsion ou la réadmission des migrants en condition irrégulière reflète « par définition » *«un'asimmetria di interessi che si può correggere solo attraverso compensazioni finanziarie, commerciali o materiali variabili nel tempo»*.

¹²⁶ Pour une étude complète sur l'opérativité des instruments de protection des réfugiés et sur le droit d'asile dans le système juridique tunisien voir en particulier BOUBAKRI, *L'adhésion de la Tunisie aux instruments internationaux relatifs à la protection des réfugiés*, dans *Études Internationales*, vol. 105 (2007), n. 4, pp. 93 – 118.

¹²⁷ Les traités internationaux étaient négociés et ratifiés par la France, mais la Tunisie, qui disposait d'une autonomie interne devait les rendre applicables, pour plusieurs références sur la problématique des rapports internationaux de la Tunisie sous le Protectorat français cf. PINTO, *Les Conventions du 3 Juin 1955 entre la France et la Tunisie*, dans *Annuaire Français de Droit International*, 1955, pp. 53 – 66.

¹²⁸ Il y a lieu de remarquer à cet égard, comme BOUBAKRI, *L'adhésion de la Tunisie aux instruments internationaux relatifs à la protection des réfugiés*, cit., p. 104, a emphatisé, que «la Tunisie est l'un des premiers Pays qui s'était lié par la Convention de Genève 1951. On peut considérer la Tunisie et le Maroc deux Pays pionniers dans le monde arabe, dont le niveau d'adhésion est le plus faible jusqu'à maintenant». En effet, les seuls Pays arabes membres à la Convention de Genève de 1951 sont : Algérie, Djibouti, Egypte, Mauritanie, Maroc, Somalie, Soudan, Yémen.

¹²⁹ La Convention de l'OUA de 1969 a été ratifiée par Loi n° 89-77 du 2 Septembre 1989, la Charte Africaine de 1981 a été ratifiée par Loi n° 82-64 du 6 Août 1982.

¹³⁰ BOUBAKRI, *L'adhésion de la Tunisie aux instruments internationaux relatifs à la protection des réfugiés*, cit., p. 110. Il y a lieu de remarquer aussi que dans le monde arabe, la Constitution égyptienne « brille...par ses dispositions très avancées sur les autres Constitutions », car elle est la seule à avoir prévu dans son article 53 le droit d'asile « à tout étranger ayant été persécuté pour avoir

mettre la vie d'un demandeur d'asile en risque, comme l'expulsion ou la non admission à la frontière.

Selon cette analyse succincte des instruments normatifs en matière d'asile et protection de réfugiés en Tunisie, est-il possible de considérer cet État un Pays sûr et, donc, faire partie d'un accord de réadmission ? La réponse pourra découler de l'examen de l'affaire *Saadi c. Italie* devant la Cour européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence suivante¹³¹.

À l'origine de l'affaire se pose une requête emmenée contre l'Italie par un ressortissant tunisien, *Nassim Saadi*, qui a saisi la Cour de Strasbourg le 14 Septembre 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention, alléguant que la mise à exécution de la décision d'expulsion vers la Tunisie par le gouvernement italien l'aurait exposé au risque d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention, à un déni flagrant de justice, portant aussi atteinte à son droit au respect de sa vie familiale¹³². Le recours était saisi, en fait, d'un ressortissant tunisien qu'en Italie était imputé aussi de terrorisme international¹³³.

Toutefois, la Cour d'assises de Milan infligea pour d'autres chefs d'accusation, sauf que pour terrorisme international, une peine d'interdiction d'exercer des fonctions publiques pendant cinq ans, et ordonna qu'après avoir purgé sa peine, l'intéressé fût expulsé du territoire italien. Entre-temps, en 2005, deux jours après l'arrêt de la Cour d'assises de Milan, le Tribunal militaire de Tunis avait condamné le requérant « par défaut » à vingt ans d'emprisonnement pour appartenance à une organisation terroriste agissant à l'étranger en temps de paix et pour incitation au terrorisme et le condamné était en outre privé des droits civils et soumis à un « contrôle administratif » pour une durée de cinq ans. Le 8 Août 2006, le ministre de l'Intérieur ordonna son expulsion vers la Tunisie, en observant qu'il représentait une menace à la sécurité nationale pour sa participation à des organisations d'islamistes intégristes en Italie. Par conséquent, le requérant faisait demande d'asile politique en Italie, en alléguant d'avoir été condamné « par défaut »

défendu les intérêts des peuples ou les droits de l'Homme, la paix ou la justice », cf. le texte du document en CANAL-FORGUES, *Recueil des Constitutions des Pays arabes*, Bruxelles, 2000, p. 110. En revanche, et en contraste avec le droit international, la Constitution saoudienne dans son article 42 affirme que l'asile politique est accordé « si l'intérêt public l'exige », alors que notamment l'asile est un acte pacifique et humanitaire accordé dans l'intérêt du réfugié.

¹³¹ *Supra*, nt. 103. Pour un commentaire au cas d'espèce voir en particulier SCOTT, *Saadi v Italy: Preventing Deportation Under Article 3 and National Security Concerns: The European Court of Human Rights Struggles To Find a Balance*, dans *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 17 (2009), pp. 601 – 615.

¹³² Cf. Grande Chambre, *Saadi c. Italie*, cit., para. 1 ss.

¹³³ Code pénal italien, art. 270 *bis*. En effet, quatre chefs d'accusation ont été formulés à l'encontre du requérant, cf. para. 12. « Selon le premier, celui-ci s'était associé avec d'autres personnes afin de commettre des actes de violence (dont des attentats) dans des Etats autres que l'Italie et dans le but de semer la terreur...Le deuxième chef d'accusation concernait la falsification...Le requérant était également accusé de recel et d'avoir tenté de favoriser l'entrée sur le territoire italien d'un nombre indéterminé d'étrangers au mépris des lois sur l'immigration ».

en Tunisie pour des raisons de nature politique et craindre d'être soumis à la torture, mais le préfet (*Questore*) de Milan déclara cette demande irrecevable au motif que le requérant était dangereux pour la sécurité de l'État.

En 2007, l'ambassade d'Italie à Tunis adressa une note verbale au gouvernement tunisien pour demander des assurances diplomatiques selon lesquelles, en cas d'expulsion vers la Tunisie, le requérant ne serait pas soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention et ne subirait aucun déni flagrant de justice¹³⁴. Par une note verbale du 10 Juillet 2007, le Ministère tunisien des Affaires étrangères a confirmé que « *les lois tunisiennes en vigueur garantissent et protègent les droits des détenus en Tunisie et leur assurent des procès justes et équitables*¹³⁵ ». En revanche, certains rapports issus d'organisations actives dans le domaine des droits de l'homme, notamment Amnesty International et Human Rights Watch, soulignent les violations du droit à un procès équitable et des droits des détenus par les autorités tunisiennes¹³⁶.

La Cour de Strasbourg, après l'affirmation que le droit d'asile n'est pas reconnu dans la Convention de 1950, établit qu'il « *y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3*¹³⁷ ».

Pour vérifier l'existence d'un risque de traitements inhumains, la Cour a souvent attaché de l'importance aux informations contenues dans les rapports le plus récents provenant d'associations internationales indépendantes de défense des droits de l'homme, telles qu'Amnesty International, ou aussi de sources gouvernementales. En fait, dans le cas d'espèce, la Cour a dénié, en premier lieu, la « mise en équilibre » entre le risque que la personne aurait subi en cas de refoulement et la menace à la sécurité de l'État¹³⁸. Ensuite, la Cour a conclu que la Tunisie n'offrait

¹³⁴ *Ivi*, para. 51 ss. Un mémorandum élaboré par le Secrétariat Général en 2006, cf. COMMISSION DE DROIT INTERNATIONAL, *Expulsion of Aliens*, Memorandum by the Secretariat, 31 Marzo 2006, UN Doc. A/CN.4/565, souligne l'importance du moyen juridique des assurances diplomatiques, surtout au cas où l'expulsion comporterait un risque d'être soumis à torture. Sur la pratique des assurances diplomatiques dans le cadre jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme, voir récemment l'étude de MARCHEGANI, *Le assicurazioni diplomatiche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, dans TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 473 ss. Voir aussi GIANELLI, *Obbligo di non refoulement e assicurazioni diplomatiche*, dans *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, cit., p. 363 ss.; SKOGLUND, *Diplomatic Assurances Against Torture- An effective Strategy?*, dans *Nordic Journal of International Law*, 2008, p. 319 ss.; FORNARI, *Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional*, dans *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2007, p. 389 ss.

¹³⁵ Cf. Grande Chambre, *Saadi c. Italie*, cit., para. 55.

¹³⁶ Voir références dans le texte de l'arrêt, cf. Grande Chambre, *Saadi c. Italie*, cit., para. 71 ss.

¹³⁷ *Ivi*, para. 125.

¹³⁸ *Ivi*, para. 139, la Cour a affirmé que

« *la mise en balance, d'une part, du risque que la personne subisse un préjudice en cas de refoulement et, d'autre part, de sa dangerosité pour la collectivité si elle n'est pas renvoyée repose sur une conception erronée des choses. Le « risque » et la « dangerosité » ne se prêtent pas dans ce contexte à un exercice de mise en balance car il s'agit de notions qui ne peuvent qu'être évaluées*

pas de garanties adéquates contre le risque de torture. En particulier, les argumentations de la Cour ont fait références à deux moyens de preuve, notamment les rapports d'Amnesty International¹³⁹ et de Human Rights Watch, où des cas nombreux et réguliers de torture et de mauvais traitements y sont signalés concernant des personnes accusées en vertu de la loi antiterrorisme de 2003, considérant aussi que « *le gouvernement défendeur n'a pas produit d'éléments ou de rapports susceptibles de réfuter les affirmations provenant des sources citées par le requérant*¹⁴⁰ ». La Cour, à cet égard, a souligné que « *même s'il est vrai que le Comité international de la Croix-Rouge a pu visiter les prisons tunisiennes, cette organisation humanitaire est tenue au secret sur l'accomplissement de ses missions et qu'en dépit de l'engagement pris en avril 2005, un droit de visite analogue a été refusé à une organisation indépendante de défense des droits de l'homme telle que Human Rights Watch*¹⁴¹ ».

Enfin, en ce qui concerne la pratique des assurances diplomatiques, bien que plusieurs organisations non-gouvernementales et certains organes au sein des Nations Unies et du Conseil de l'Europe, aient considéré ces instruments « *inherently unreliable* », la Cour de Strasbourg de temps en temps a retenu qu'il s'agit d'un élément important pour la détermination du risque¹⁴². Toutefois, dans le cas d'espèce, la Cour a affirmé que « *le poids à accorder aux assurances émanant de l'État de destination dépend en effet, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée*¹⁴³ » et la seule existence d'une législation interne favorable à la protection des droits de l'homme n'est pas suffisante à légitimer une expulsion selon l'opérativité de la règle du pays d'origine sûr, car la pratique internationale illustre nombreux exemples de flagrante dyscrasie entre la prévision de maintes instruments normatifs de tutelle de droits de l'homme et leur ponctuelle violation au niveau matériel, et malheureusement le droit international est un système fortement lié à l'évolution de la pratique des États plutôt qu'à leurs

indépendamment l'une de l'autre. En effet, soit les éléments de preuve soumis à la Cour montrent qu'il existe un risque substantiel si la personne est renvoyée, soit tel n'est pas le cas. La perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité si elle n'est pas expulsée ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements si elle est refoulée ».

¹³⁹ En particulier cf. AMNESTY INTERNATIONAL, *Report 2008- In the Name of Security: Routine Abuses in Tunisia*, London, 23 June 2008, pp. 30-31, disponible à l'adresse: <<http://www.amnesty.org>>.

¹⁴⁰ *Ivi*, para. 143.

¹⁴¹ *Ivi*, para. 146.

¹⁴² À cet égard, voir en particulier GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi*, cit., p. 455. Pour une étude plus complète en sens critique cf. MARCHEGIANI, *Le assicurazioni diplomatiche alla luce della più recente giurisprudenza*, cit., p. 491, laquelle est de l'avis que « *la valorizzazione delle assicurazioni diplomatiche da parte della Corte costituisca un elemento che rischia di determinare un abbassamento del grado di tutela previsto dallo stesso art. 3 della Convenzione* ».

¹⁴³ Cf. Grande Chambre, *Saadi c. Italie*, cit., para. 148.

engagements théoriques. Même dans les cas suivants contre l'Italie¹⁴⁴, les assurances, que l'Italie avait reçues, beaucoup plus détaillées que celles fournies par la Tunisie en ce qui concerne l'Affaire *Saadi*, ont été considérées insuffisantes pour exclure l'existence d'un risque de traitement contraire à l'article 3 CEDH, surtout à cause de l'absence d'un mécanisme pour surveiller son efficacité.

Cette situation a été confirmée par le Commissaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, qui après sa visite en Italie en 2009, «*remains worried by a number of deportations that have taken place, especially from Italy to Tunisia, and by credible reports showing that on certain occasions the deportees had been subjected to torture in the latter country*»¹⁴⁵.

En référence bien à l'alléguée violation de l'article 3 de la CEDH et du droit à la vie privée et familiale, prévue par l'article 8 de la Convention, la jurisprudence relative à l'Affaire *Saadi* a été récemment rappelée dans l'Affaire *Trabelsi c. Italie*¹⁴⁶, sur laquelle la Cour européenne, le 13 Avril 2010, a réitéré les conclusions déjà exprimées en référence à l'Affaire *Saadi*, remarquant en particulier le risque d'une violation de l'article 3 de la CEDH en cas d'expulsion du requérant vers la Tunisie, Pays où, selon le rapport d'Amnesty International, il y a lieu de constater l'existence de risques sérieux d'être soumis à torture ou traitements mauvais. En ce qui concerne la violation de l'article 8 de la CEDH, le requérant soutenait que son expulsion vers la Tunisie l'aurait privé des liens affectifs avec sa femme et ses deux enfants mineurs résidants en Italie, à cet égard la Cour a néanmoins jugé qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément la possible violation du droit à la vie privée et familiale, ayant déjà éclairé une violation du droit absolu découlant de l'article 3 de la CEDH.

D'autre côté, il faut, enfin, constater l'existence d'éléments problématiques dans la même jurisprudence de la Cour de Strasbourg, car, dans les arrêts susmentionnés, les plus récents dans le domaine de l'éloignement des étrangers, les juges ont exprimé une évaluation générale de la condition du Pays tiers, qui a fait de l'accord de réadmission un instrument 'impraticable'. Cette circonstance est symptomatique d'une évolution assez contestable de la jurisprudence de Strasbourg, à laquelle est demandé en effet seulement de se prononcer sur le cas d'espèce et d'établir si une violation de la CEDH a eu lieu, vis-à-vis des questions adressées par

¹⁴⁴ Cf. *Ben Khemais c. Italie* arrêt du 24 Février 2009, requête n° 246/07; *Abdelhedi c. Italie*, requête n° 2638/07, *Ben Salah c. Italie*, requête n° 38128/06, *Bouyahia c. Italie*, requête n° 46792/06, *C.B.Z. c. Italie*, requête n° 44006/06, *Darraji c. Italie*, requête n° 11549/05, *Hamraoui c. Italie*, requête n° 16201/07, *O. c. Italie*, requête n° 37257/06, *Soltana c. Italie*, requête n° 37336/06, les arrêts sont toutes du 24 Mars 2009.

¹⁴⁵ HAMMARBERG, *Report by Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Italy on 13-15 January 2009*, CommDH (2009)16, Strasbourg, 16 April 2009, p. 3.

¹⁴⁶ CtEDH, 2^{ème} Section, *Affaire Trabelsi c. Italie*, arrêt du 13 Avril 2010, requête n° 50163/08.

une certaine requête. D'ailleurs, on pourrait s'interroger à cet égard s'il y a encore des bornes pour les juges de Strasbourg...

4.4.2.b. Les accords entre l'Italie et la Libye et le cas de Lampedusa.

Bien plus complexes ce sont les problématiques qui récemment ont qualifié le rapport entre l'Italie et la Libye dans le domaine de l'immigration et de l'asile, car de ses côtes des consistants flux migratoires se développent.

Un dialogue bilatéral entre les deux Pays est démarré depuis la négociation en 2002 d'un accord de collaboration pour la lutte à la criminalité organisée et à l'immigration irrégulière, complété par deux Protocoles signés en 2007¹⁴⁷. Cependant, après l'entrée en vigueur le 2 Mars 2009 du *Traité d'amitié, partenariat et coopération*, signé à Benghazi le 30 Août 2008, cette collaboration a été finalisée au sein d'un plus ample cadre de contrôle et gestion de l'immigration irrégulière¹⁴⁸. D'emblé, cet instrument ne contient pas de dispositions spécifiques sur la réadmission en Libye des migrants interceptés en haute mer et provenant des côtes libyques. Au niveau de la pratique, cependant, cet instrument a permis depuis Mai 2009 la réadmission en Libye des migrants interceptés par les autorités italiennes et refoulés, afin de décliner les obligations internationales qu'incontestablement seraient jaillies dès que les migrants étaient sur le territoire italien, lorsque la haute mer représente une « zone grise » en ce qui concerne l'application du droit international¹⁴⁹. Les points sensibles de la question, de ce fait, sont trois: notamment

¹⁴⁷ Pour plusieurs détails cf. MUNARI, *Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione Europea e rapporti bilaterali dell'Italia*, cit., p. 282 ss.

¹⁴⁸ Cf. Loi 6 Février 2009 n° 7, *Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista*, Benghazi, 30 Août 2008, dans GURI n° 40 du 18 Février 2009, le texte du traité est aussi disponible dans *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 92 (2009), n. 2, p. 633. L'article 19 de cet instrument bilatéral confirme les engagements entrepris depuis l'accord de 2002 (paragraphe 1), lorsque au paragraphe 2 on fait référence à l'établissement d'un système de contrôle des frontières terrestres Libyques, à gérer par des sociétés italiennes avec la requête de l'Union Européenne de couvrir le 50 % de coût, enfin le paragraphe 3 contient un principe de collaboration mutuelle dans la lutte de l'immigration irrégulière. Pour une analyse de cet instrument voir RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, *Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, Dossier del Servizio Studi e Ricerche del Senato della Repubblica, 2009, n. 108, pp. 1– 16, lequel reconnaît que «*Il Trattato del 2008 non è un semplice trattato di amicizia e navigazione, ma intende imprimere una salto di qualità alle relazioni dei due paesi, istituendo un vero e proprio partenariato*».

¹⁴⁹ À cet égard, FISCHER-LESCANO, LÖHR, TOHIDIPUR, *Border Controls at Sea: Requirements Under International Human Rights and Refugee Law*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 21 (2009), n. 2, pp. 257, ils ont affirmé que «*Governments occasionally argue that state border controls, particularly on the high seas, take place in a space where refugee and human rights law do not apply*». Pour des références plus complète, voir TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, dans *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3 (2009), n. 3, pp. 604– 631.

le refoulement à la mer, le contrôle conjoint et le traitement des migrants et des demandeurs d'asile expulsés vers la Libye¹⁵⁰.

En premier lieu, le refoulement, exécuté par les autorités italiennes, en excluant la possibilité de vérifier l'existence des conditions et des éléments pour l'attribution de l'asile aux migrants, il est contraire soit à la Constitution italienne soit à la Convention de Genève de 1951. Même si une partie de la doctrine classique du droit international conteste l'applicabilité de cette Convention en haute mer, d'autre côté, il y aurait lieu de constater que la Convention Européenne des droits de l'homme trouve application, interdisant le refoulement d'un demandeur d'asile dans un Pays qui pourrait porter des préjugés aux droits fondamentaux, en pouvant engager la responsabilité internationale de l'État¹⁵¹. La question du contrôle conjoint attend encore des règles claires d'engagement et d'actuation¹⁵², lorsque la question la plus difficile concerne la situation des droits de l'homme en Libye, en particulier vis-à-vis de la protection de réfugiés et demandeurs d'asile.

Dans ce scénario il est possible d'encadrer le cas des demandeurs d'asile du Centre de Séjour Temporaire et d'Assistance (CPTA) de Lampedusa, pour lequel l'Italie a été souvent rappelée au respect des obligations internationales dans le domaine des droits de l'homme et des réfugiés, car la procédure d'externalisation du droit d'asile « *does not actually relocate the asylum procedures outside the EU's external borders but rather deprives asylum seekers of the possibility of accessing asylum determination procedure*¹⁵³ ».

¹⁵⁰ Cf. RONZITTI, *Lo scontro sui respingimenti e il trattato Italia-Libia*, dans *Affari Internazionali*, 15 Novembre 2010, disponible à l'adresse: <www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1594>.

¹⁵¹ Voir en particulier TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione Europea dei diritti umani*, dans *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3 (2009), n. 3, pp. 591–607.

¹⁵² Cf. MUNARI, *Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione Europea e rapporti bilaterali dell'Italia*, cit., pp. 283–284.

¹⁵³ ANDRIJASEVIC, *DEPORTED: The Right to Asylum at EU's External Border of Italy and Libya*, dans *International Migration*, vol. 48 (2010), n. 1, pp. 141–173, remarque en fait que « *as instruments for the detention of irregular migrants and asylum seekers, CPTAs were established under 'Turco-Napoletano' law with the purpose of administrative detention of third-country nationals pending expulsion from Italy. Asylum seekers, as well as migrants who have been served an expulsion order, are detained in CPTAs for a maximum of 60 days when they present an asylum application after having received an expulsion or refusal of entry order and/or if their appeal is at the final stage and they are awaiting the court's decision on the appeal* ». Voir aussi DEL GUERCIO, *Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani*, dans *Gli Stranieri - Rassegna di studi e giurisprudenza*, vol. XVII (2010), n. 2, pp. 73–96; BENVENUTI, *Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, dans *Costituzionalismo*, n. 1/2009 disponible à l'adresse: <<http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=313>>; DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, dans *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 92 (2009), n. 3, pp. 800 – 807; MORRONE, *L'Italia e gli obblighi internazionali e comunitari in materia di asilo e immigrazione: il «caso Lampedusa»*, dans *Civitas Europa*, 16/2006, pp. 225–240. La possibilité de retenir l'étranger dans les CPTA, pour le temps nécessaire, quand il n'est pas faisable d'exécuter l'expulsion ou le refoulement, parce qu'il faut donner secours à l'étranger ou pour obtenir plusieurs informations sur son identité, est réglementé par

Vers la fin du 2004 plusieurs centaines de demandeurs d'asile, probablement provenant de la Libye, arrivaient à Lampedusa et étaient retenus auprès du CPTA local, sans recevoir assistance et renseignements sur la possibilité de présenter une demande d'asile et ensuite refoulés vers la Libye¹⁵⁴, Pays de leur dernier transit, en soulevant de cette façon, les critiques des organes internationaux de promotion des droits de l'homme, notamment le Comité des Nations Unies pour le droits de l'homme et l'UNHCR, qui confirmait la nécessité d'appliquer la Convention de Genève de 1951 et garantir protection aux demandeurs d'asile avant leur expulsion¹⁵⁵.

Cette situation a continué aussi en 2005, quand l'UNHCR, suite au refus de l'Italie de lui consentir la visite au CPTA de Lampedusa à raison de sécurité, a affirmé que *«la question s'impose de savoir si l'Italie a vraiment pris les précautions nécessaires pour s'assurer qu'elle ne renvoyait pas des réfugiés bona fide en Libye, un pays qui ne peut pas être considéré comme un pays d'asile sûr»*¹⁵⁶.

L'interdiction de refouler des individus dans un Pays où ils risquent la jouissance des droits fondamentaux, premièrement le droit à la vie, peut être considéré désormais une règle de droit international coutumier et avec un caractère non dérogeable, dont l'application ne concerne pas seulement ceux qui bénéficient

le Décret Legislatif du 25 Juillet 1998 n° 286 *«Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»*, GURI n° 191 du 18 Août 1998, Suppl. Ord. n° 139, modifié par la Loi du 30 Juillet 2002 n° 189, GURI n° 1999 du 26 Août 2002 ; voir aussi la Loi 12 Novembre 2004 n° 271 de conversion du décret-loi d. lg. Du 14 Septembre 2004 n° 241, portant des dispositions urgentes en matière d'immigration, GURI n° 267 du 13 Novembre 2004.

¹⁵⁴ Selon ce qu'on a reporté devant le Parlement par le Ministre de l'Intérieur italien, dans une semaine (du 29 Septembre au 2 Octobre 2004) 1153 personnes dans un total de 1787 arrivées ont été transférées en Libye par des transportations aériennes, cf. *Camera dei deputati, Informativa urgente in ordine alle modalità del rimpatrio degli immigrati sbarcati nell'isola di Lampedusa*, Intervento del Ministro dell'Interno, séance du 8 Octobre 2004, cf. aussi Senato della Repubblica, XIV Legislatura, *Resoconto stenografico della 675^a seduta*, 14 Octobre 2004, p. 4.

¹⁵⁵ Cf. UN Human Rights Committee, *Concluding Observations on Italy*, UN Doc. CCPR/C/ITA/CO/5 du 28 Octobre 2005, disponible à l'adresse: <www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs85.htm>. Voir aussi le Rapport du Rapporteur Spécial des Nations Unies du 15 Novembre 2004, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Ms. Gabriela Rodriguez Pizarro, UN Doc. E/CN.4/2005/85/Add.3, disponible à l'adresse: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/170/51/PDF/G0417051.pdf?OpenElement>>, et le rapport d'AMNESTY INTERNATIONAL, *Italy: Temporary Stay – Permanent Rights, The treatment of foreign nationals detained in 'temporary stay and assistance centres' (CPTAs)*, n° EUR 30/004/2005, 18 June 2005, disponible à l'adresse: <<http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR30/004/2005>>, ce document contient une définition de demandeur d'asile, identifié comme *«someone who has left their country but not found protection as a refugee. Although still awaiting formal and final determination of their status, the asylum-seeker is still entitled to the protection of international refugee law»*, affirmant aussi que *«asylum seekers should be assumed to be refugees, unless or until they are found not to be in need of international protection»*. À cet égard voir MORRONE, *L'Italia e gli obblighi internazionali e comunitari in materia di asilo e immigrazione*, cit., p. 231 ss.

¹⁵⁶ Cela était la perplexité exprimée par le porte-parole de l'UNHCR aux journalistes à Genève, cf. Le HCR vivement inquiet du sort des personnes expulsées de Lampedusa, *Communiqués de presse*, 18 Mars 2005, disponible à l'adresse: <<http://www.unhcr.fr/4acf430d1f.html>>.

déjà du statut de réfugié. Il y a lieu de constater que la pratique des expulsions à Lampedusa a intéressé aussi la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, qui a reçu les requêtes présentées par un group de migrants. L'arrêt de la Cour, disposé, après que les juges avaient adressé une demande formelle au gouvernement italien, finalisée à obtenir des informations sur les procédures d'identification de tout demandeur et leur développement, a rayé les requêtes du rôle, à cause des vices formels et de la circonstance « *que les représentants ont perdu tout contact avec l'ensemble des requérants* », tel qu' « *il est en effet impossible d'approfondir la connaissance d'éléments factuels concernant la situation particulière de chaque requérant*¹⁵⁷ ». Il y a lieu de soutenir que la Cour n'aurait pas pu se prononcer sur la question, en suggérant au moins une orientation valable pour la conduite politique de l'Italie dans le domaine de la gestion des flux d'immigrants, prévoyant la possibilité de recevoir des requêtes ayants le même objet¹⁵⁸, parce que la compétence de la Cour concerne l'examen du cas de l'espèce. On semblerait inadéquat un rôle de ce type pour la Cour de Strasbourg, qui pourrait déterminer une « *politicisation* » de sa nature juridictionnelle.

¹⁵⁷ À cet égard, le Commissaire du Conseil de l'Europe pour les droits de l'homme a déclaré dans son Rapport du 2009 sur la situation en Italie que « *by its Decision of 11 May 2006 the European Court of Human Rights has declared admissible the complaints of a number of irregular migrants who had arrived on the Italian isle of Lampedusa and were subject to expulsion to Libya. The applicants' complaints concerned notably alleged violations of Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol N° 4 to the Convention* », cf. HAMMARBERG, *Report by Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Italy on 13-15 January 2009*, cit., para. 72. Il s'agissait notamment des requêtes suivantes *Ahmed Hussun et quatre autres*, requête n° 10171/05, *Yasser Mohammed et un autre*, requête n° 10601/05, *Mohamed Salem et 78 autres*, requête n° 11593/05, *Kamal Midawi*, requête n° 17165/05. Il y a lieu de remarquer, toutefois, que la Cour européenne par l'arrêt rendu le 19 Janvier 2010 dans l'affaire *Hussun et autres c. Italie* a décidé de rayer les requêtes du rôle n°s 10171/05, 10601/05 et 11593/05, « *compte tenu de l'impossibilité d'établir le moindre contact avec les requérants dont il est question* », la Cour en fait a considéré que « *leurs représentants ne peuvent pas, d'une manière significative, continuer la procédure.... Dans ces circonstances, il est en effet impossible d'approfondir la connaissance d'éléments factuels concernant la situation particulière de chaque requérant. Notamment, en ce qui concerne les requérants expulsés, il n'est pas donné à la Cour d'acquérir des renseignements concernant, d'une part, le lieu où, en Libye, ces requérants ont été renvoyés et, d'autre part, les conditions d'accueil de ceux-ci de la part des autorités libyennes* ». Selon la prévision de l'article 37 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est possible pour les juges de rayer du rôle une requête dans tout cas que les circonstances démontrent que le recourant ne veut plus maintenir sa requête, si le différend faisant objet de la requête est resous, ou si pour la Cour l'examen de la requête n'est plus justifiable. Il faut aussi souligner, comme a emphatisé FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, disponible à l'adresse : <www.asgi.it/home_asgi.php?n=print&id=786&type=news&l=it>, que « *risulta raccapricciante che il Governo non sia stato in grado di riferire sulla loro sorte : se siano stati espulsi, respinti, trattenuti o rilasciati... quale responsabilità è quella di uno Stato che dichiara di non sapere cosa sia accaduto a trentacinque persone?* »

¹⁵⁸ Cf. requête n° 27765/09 présentée par Sabir Jamaa Hirsi et d'autres contre l'Italie, introduite le 26 Mai 2009. À cet égard, ZANIBONI, *La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e garanzie procedurali*, dans TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 223, en effet il a soutenu que les juges des Strasbourg « *avrebbero potuto assumere ... un atteggiamento più future-oriented, e affrontare, almeno in parte, il merito della questione* ».

Sur la base de ces événements, il est difficile d'identifier les expulsions collectives de Lampedusa vers la Libye en termes d'externalisation de l'asile. L'idée d'externalisation suppose, en fait, que les demandeurs d'asile et les réfugiés sont réinstallés où ils peuvent bénéficier de protection effective et du droit d'accéder aux procédures d'asile. En effet, la Libye n'a pas ratifié la Convention de Genève de 1951, pour des raisons idéologiques, en soutenant que dans les Pays arabes il est possible de donner asile seulement aux individus de foi islamique, en outre l'Office du UNHCR n'existe plus et les centres de traitement des demandeurs d'asile ne sont pas encore opératifs¹⁵⁹.

D'autre côté, l'Italie, dans le respect du principe d'égalité souveraine des États ne pourrait pas contraindre la Libye à ratifier la Convention de Genève de 1951 et ouvrir l'Office de l'UNHCR à Tripoli, comme préambule à la poursuite de sa politique d'expulsion de migrants en Libye¹⁶⁰. De plus, bien que la Libye soit partie de la Convention de l'OUA de 1969, qui notamment contient des prévisions assez avancées au niveau de la tutelle des réfugiés, l'Italie n'a aucun titre officiel pour en demander le respect et, encore, en rappelant la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, il faut remarquer que les accords et les instruments de protection des droits de l'homme ne doivent pas seulement être ratifiés, mais aussi concrètement mis en œuvre.

Enfin, comme la Libye ne dispose pas d'une politique effective concernant les réfugiés, on peut conclure que l'expulsion des ressortissants des Pays tiers en Libye constitue une atteinte dangereuse au droit d'asile plutôt que son externalisation¹⁶¹.

4.5. Tendances de développement d'un droit de l'homme à l'asile dans la région euro-méditerranéenne.

La séquence continuée des opérations d'*interception*, finalisées à limiter les flux migratoires dans la Méditerranée par des mesures qui sont appliquées au dehors de la juridiction territoriale des États européens¹⁶², surtout par l'Italie, qui, de Mai à Septembre 2009, a intercepté en haute mer environ 13000 migrants, refoulés en

¹⁵⁹ Voir RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, cit, p. 12.

¹⁶⁰ C'est la teneur de l'amendement « Mecacci » n° 1-00485/1 au Traité italo-libyque de 2008, présenté le 8 Novembre 2010 et adopté le 9 Novembre 2010, séance n° 391, à l'avis contraire du gouvernement, voir RONZITTI, *Lo scontro sui respingimenti e il trattato Italia-Libia*, cit.

¹⁶¹ Voir SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4 (2010), n. 3, pp. 487-516 ; NOLL, *Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones*, dans *European Journal of Migration and Law*, vol. 5 (2003), pp. 303-341.

¹⁶² Pour l'OIM, *International Migration Law*, cit., p. 32, *interception* est «any measure applied by a State outside its national territory to prevent, interrupt, or stop the movement of persons without required documentation from crossing borders by land, air or sea, and making their way to the country of prospective destination». Voir TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, cit., p. 609 ss.

Libye à bord de navires, préfigurent un acte illicite international¹⁶³. Dans les mêmes circonstances de 2004, en fait, les autorités italiennes ont exercé leur juridiction, en privant de cette façon les migrants de la possibilité d'accéder librement aux procédures d'éligibilité à la protection internationale¹⁶⁴.

Selon ce profil d'analyse, il est possible délimiter une tendance, destinée à identifier un « *contributo minimo* » d'un droit individuel d'asile pour la plupart d'origine conventionnel¹⁶⁵, qui, avant d'attribuer des obligations positives de « *facere* » aux États en ce qui concerne la faculté d'offrir protection aux demandeurs d'asile, cela interdit les conduites qui puissent représenter une limitation de la liberté d'accéder aux procédures pour l'attribution du droit d'asile. L'UNHCR, en fait, a souvent affirmé que le principe de non refoulement, contenu dans l'article 33 de la Convention de Genève « *includes no rejection at frontiers without access to fair and effective procedures for determining their status and protection needs*¹⁶⁶ ». Cette caractérisation du droit d'asile, souvent défini par l'application du principe de non refoulement 'en termes négatifs', comme droit à n'être pas éloigné vers un Pays où il y a des risques réels de subir des traitements inhumains ou torture, acquit aussi une acception 'en termes positifs' et à caractère procédural, en s'identifiant avec le droit de présenter une demande de protection internationale¹⁶⁷.

¹⁶³ À cet égard, cf. ZANIBONI, *La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e garanzie procedurali*, cit., p. 225 ss.

¹⁶⁴ Il y a lieu de remarquer que la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt du 30 Mars 2005, *Issa et autres c. Turquie*, requête n° 31821/96, a souligné que « *the concept of 'jurisdiction' within the meaning of article 1 of the convention is not necessarily restricted to the national territory of the High Contracting Parties* », puisque « *in exceptional circumstances the acts of Contracting States performed outside their territory or which produce effects there ('extra-territorial act') may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of article 1 of the Convention* ».

¹⁶⁵ Cf. ZANIBONI, *La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e garanzie procedurali*, cit., p. 226.

¹⁶⁶ UNHCR, Executive Committee, *Conclusion on International Protection* n. 85 (XLIX) – 9 October 1998, lett. q), disponible à l'adresse: <www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c6e30.html>. Ce principe trouverait application aussi dans les opérations d'*interception at sea*. Voir pour plusieurs références WEINZIERL, LISSON, *Border Management and Human Rights. A study of EU Law and the Law of the Sea*, Berlin, 2007, p. 10 ss., spec. p. 42 ss., disponible à l'adresse: <http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Law-of-the-seas-study-2008.pdf>.

¹⁶⁷ À cet égard, il faut rappeler le 'test case' de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme qu'en 1997 a constaté la violation du droit individuel à l'asile par les États-Unis, cf. *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, 13 Mars 1997, disponible à l'adresse: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b71b8.html>>, para. 143. La Commission a fait référence à l'opinion de PLENDER, *The Present State of Research Carried out by the English Speaking Section of the Center for Studies and Research in International Law and International Relations: The right of Asylum*, 1980, p. 82, selon laquelle « *the right to advance a claim has little practical content if States are entirely at liberty to determine, in their absolute discretion, how that claim must be advanced and how it may be considered. One must be cautious in asserting that international law imposes limitations on the freedom of States to select the appropriate procedure for the determination of claims according to their own conditions and in view of their own legal systems; but it appears possible to identify some minimal restrictions on the latitude enjoyed by States in this matter* ». Pour plusieurs références sur le principe de non-refoulement et la négation d'un droit individuel à accéder les procédures d'asile voir STOYANOVA, *The principle of non-refoulement and*

Pareillement, la pratique conventionnelle qui découle des accords bilatéraux entre États de la Méditerranée confirme l'existence d'un système fragmentaire et hétérogène qui montre comme le droit d'asile n'est pas défini seulement par le droit international des réfugiés, dont le pivot est le « système de Genève » de 1951¹⁶⁸, mais plutôt « *by the interaction of the different legal orders that may be applicable to any given refugee in any given circumstances, both of universal and regional scope*¹⁶⁹ ». Cette interaction dans le contexte de la Méditerranée marque l'existence bien au niveau de l'Union européenne que de ses États membres et de leurs relations avec les Pays Tiers de certaines tendances évolutives entre le contrôle des phénomènes migratoires afin de garantir la sécurité nationale et l'intégrité territoriale et protection des droits de l'homme. La légalité des pratiques des États dans leurs relations mutuelles doit être évaluée, par conséquence, selon le respect des obligations qui découlent de l'interaction parmi ces différents systèmes juridiques.

À ce niveau, une contribution très valable à la définition d'une teneur minimal du droit d'asile, conçu en termes d'accès à la procédure pertinente, découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a reproché certaines conduites étatiques visant à empêcher la jouissance des droits fondamentaux de la Convention à cause d'actes de refoulement. Comme les dynamiques migratoires de la Méditerranée présentent situations de « *mixed flows* »¹⁷⁰, le respect d'un droit d'asile à caractère procédural constitue un atout, parce qu'il offre protection à tous les demandeurs d'asile dont leur statut n'est pas défini en droit international¹⁷¹.

the right of asylum-seekers to enter state territory, dans *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 3 (2008-2009), n. 1, pp. 1 – 11.

¹⁶⁸ Cette expression comprend, selon ALLAND, TEITGEN-COLLY, *Traité du droit d'asile*, Paris, p. 72, la Convention du 28 Juillet 1951, son Protocole de 1967, le Statut de l'UNHCR et son activité, les pratiques des États relatives à l'application de ces instruments normatifs.

¹⁶⁹ GIL-BAZO, *The Practice of Mediterranean States*, cit., p. 597, affirme que «...while the international refugee law regime established by the Convention relating to the Status of Refugees... remains the primary source of refugee rights worldwide, an attempt to identify the rights of refugees under international law by reference to the rights found solely under these two instruments is severely limited, as it overlooks wider legal claims that refugees may hold (as refugees and in other capacities) under other international instruments of universal and regional scope».

¹⁷⁰ Voir ELMADMAD, *Mixed Flows and the Protection of Migrants with Special Reference to Sub-Saharan Migrants*, dans *ISPI – Working Paper*, 2008, n. 25, pp. 1-21.

¹⁷¹ Pour cette raison la thèse du gouvernement italien, suivant la demande du Comité pour la prévention de la torture du Conseil de l'Europe, visant à dénier la commission d'un acte illicite, car les demandeurs n'avaient pas fait requête de protection, n'est pas convaincante. Cf. Conseil de l'Europe, Committee for the Prevention of Torture, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009*, 28 Avril 2010, CPT/Inf (2010) 14, disponible à l'adresse: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd7f6a92CPT/inf>>. Voir aussi la réponse du gouvernement italien, *Response of the Italian Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Italy from 27 to 31 July 2009*, 28 Avril 2010, CPT/Inf (2010) 15, à l'adresse: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd7f9d42.html>>.

Cette thèse a été en part acceptée récemment par des tendances évolutives de la jurisprudence interne. En fait, le Parquet de Syracuse par référence à une opération d'interception et refoulement de la fin d'Août 2009 a remis en justice deux représentants des autorités policières accusés d'avoir renvoyé en Libye 75 étrangères contre leur volonté et sans les identifier, en les empêchant «*l'accesso effettivo alle procedure di tutela dei rifugiati e più in generale di avvalersi dei diritti loro riconosciuti in materia di immigrazione*¹⁷²».

L'importance de cette tendance visant à l'affirmation d'un droit d'asile pour les migrants contre le refoulement à la frontière repose aussi sur l'exigence de prévenir le refoulement dans un Pays où l'individu peut subir de graves préjudés aux droits fondamentaux et contre l'abuse de la règle du Pays sûr. En fait, bien qu'au niveau régional les régimes conventionnels africain et arabe prévoient par des dispositions particulièrement avancées un droit de l'homme à l'asile, il y a eu lieu de constater qu'il s'agit souvent de prévisions normatives à caractère simplement déclaratoire, car une politique de protection des demandeurs d'asile et des réfugiés n'existe pas dans plusieurs États de la Méditerranée. Cette insuffisance empêche, par conséquent, la réalisation d'un système de protection efficace des droits des demandeurs d'asile et aussi la correcte application du principe de non-refoulement, menacée par la règle du Pays sûr. À cet égard, on a souligné souvent que la détermination d'un Pays sûr ne dépend pas de son adhésion aux instruments de protection des droits de l'homme et de réfugiés mais de la prédisposition de mécanismes de tutelle réels et efficaces¹⁷³.

Pareillement, on assiste à la tendance à étendre les frontières extérieures de l'Union européenne vers la Méditerranée, afin de limiter les flux migratoires, dans cette perspective, la proposition visant à déloger le traitement des demandeurs d'asile et établir des centres de protection au dehors de l'Union européenne représente pour toute la Méditerranée une grave menace pour la séculière institution de l'asile, qui «*which serves the purpose of providing a structured framework for protection and assistance to persons in need of international protection*¹⁷⁴», car ses conséquences sont susceptibles d'entraîner la crise des obligations juridiques et l'affirmation de la protection de fait pour certains groupes de personnes¹⁷⁵.

¹⁷² Communiqué de presse, *Respingimenti, a giudizio direttore polizia di frontiere*, à l'adresse: <www.ansa.it/web/notizie/rubriche/cronaca/2010/04/22/visualizza_new.html_1765342675.html>.

¹⁷³ Selon HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, 2005, pp. 332–333, «*a country can be deemed a 'safe third country' only if it will respect in practice whatever Convention rights the refugee has already acquired by virtue of having come under the jurisdiction or entered the territory of a state party to the Refugee Convention, as well as any other international legal rights thereby acquired; and further that there be a judicial or comparable mechanism in place to enable the refugee to insist upon real accountability by the host state to implement those rights*».

¹⁷⁴ UNHCR, Executive Committee, *Conclusion on International Protection* n. 85, cit., lett. n).

¹⁷⁵ Cf. GIL-BAZO, *The Practice of Mediterranean States*, cit., p. 597 ss.

CONCLUSIONI:
VERSO L’AFFERMAZIONE DI UN DIRITTO UMANO ALL’ASILO
NELLA REGIONE EURO-MEDITERRANEA

«When other safeguards fails,
asylum in a foreign country becomes the ultimate rights»

Atle GRAHL-MADSEN,
Territorial Asylum. Stockholm, 1980, p. vii.

La speculazione depositata nelle pagine della presente ricerca ha cercato di percorrere le vie principali per raggiungere non solo in prospettiva teleologica, ma anche in chiave ermeneutica, l’affermazione di un diritto umano all’asilo con particolare riferimento a un contesto regionale soggetto ad una dinamica fermentazione giuridica e normativa in materia, come l’area euro-mediterranea.

Per certi versi, l’ipotesi di tale percorso ha potuto proiettare, forse, l’impressione di un *iter contra legem*, volto a forzare l’assetto tradizionale della sovranità territoriale in seno all’ordinamento internazionale. D’altra parte, l’orientamento seguito ha cercato di tracciare la fisionomia di un sentiero normativo magari impervio, capace di cogliere alcuni presupposti evolutivi, intesi ad imporre la centralità dell’individuo e dei suoi diritti nella costruzione di un ordine internazionale, che rivela ancora alcune carenze strutturali e normative nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili come i richiedenti asilo.

Il sistema internazionale di protezione dei rifugiati, di cui è cardine la Convenzione di Ginevra del 1951, è riuscito, grazie alla prassi particolarmente innovativa e progredita dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, a determinare l’universalizzazione dei principi che ne connotano la sua peculiarità. Tuttavia, un suo inquadramento teorico nel più ampio contesto del diritto internazionale dei diritti umani risulta ancora carente tanto al livello universale, caratterizzato da una progressiva crisi della codificazione del diritto di asilo, la quale, in alcune circostanze ha privato la comunità internazionale di una bussola normativa, che andasse oltre la previsione del principio di *non-refoulement*, quanto a livello regionale, dove spesso, alla previsione di disposizioni declaratorie e programmatiche in materia, non è corrisposto l’effettivo riconoscimento di un obbligo in capo allo Stato di concedere il beneficio dell’asilo.

Tale impostazione ha dunque reso necessario l'inquadramento dell'analisi del diritto di asilo nell'ordinamento internazionale contemporaneo lungo il duplice binario della sovranità territoriale degli Stati, reticenti ad accettare obblighi di natura sovranazionale in ambiti operativi piuttosto delicati, e della protezione internazionale dei diritti umani. Si tratta di profili analitici che hanno talvolta impedito di ricostruire con univocità i contorni evolutivi del diritto di asilo. È, tuttavia, possibile enucleare alcune linee di tendenza che deporrebbero a favore di un'evoluzione del diritto di asilo in senso più sensibile alla protezione dei diritti umani piuttosto che alla preservazione della sovranità territoriale, ed il contesto euro-mediterraneo ha rappresentato, per la sua peculiarità normativa, un valido laboratorio d'analisi.

Un primo referente empirico, o se si vuole, il sostrato normativo di tale tendenza evolutiva si può riscontrare nell'affermazione sul piano della prassi della vocazione umanitaria del diritto di asilo, la cui concessione non sarebbe tanto una manifestazione della sovranità territoriale dello Stato, quanto un atto che quest'ultimo, nella formula coniata dall'*Institut de droit international*, è tenuto a rispettare "*dans l'accomplissement de ses devoirs d'humanité*¹".

In particolare, seguendo un approccio metodologico incentrato sull'identificazione dei diritti fondamentali dell'uomo, come valori inalienabili della comunità internazionale nel suo complesso, si può dimostrare come il diritto di asilo si sia affermato come risposta al senso atavico di ogni essere umano di godere del rifugio dalle persecuzioni. Ciò ha reso evidente la sua affermazione nei contesti politici più turbolenti, come l'America Latina, in cui si è cristallizzata una norma consuetudinaria che legittima la pratica dell'asilo, e sottolinea, inoltre, come tra le persistenti violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani consumate nell'epoca contemporanea, «*the humanitarian purpose of [that] institution naturally increases in urgency and significance*²». A tale rilievo sono rapportabili quegli istituti particolarmente innovativi, come la protezione temporanea in caso di esodi di massa, o la protezione sussidiaria per i soggetti che non possono essere riconosciuti come rifugiati *stricto sensu*, che hanno ricevuto un'affermazione, ormai consolidata dalla prassi, nell'ordinamento dell'Unione Europea.

Sul piano sostanziale, inoltre, l'affermazione *in nuce* di un diritto umano all'asilo scaturisce dal consolidamento che la predetta universalizzazione del sistema internazionale di protezione dei rifugiati ha assegnato al principio di *non-refoulement*, la cui operatività, oltrepassando i margini normativi dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, è stata trasposta nel contesto di ulteriori strumenti a tutela dei diritti umani, sia a livello universale sia in ambito regionale, ed è assurda come pratica consuetudinaria, generalmente accolta dagli Stati, a cui la

¹ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, risoluzione dell'11 Settembre 1950, art. 2 par. 1.

² GARCÍA-MORA, *International Law and Asylum as a Human Right*, Washington, 1956, p. 161.

giurisprudenza degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani ha anche associato un valore di natura cogente. Nella misura in cui il principio di *non-refoulement* garantisce protezione all'individuo contro il rischio di persecuzione, esso equivarrebbe al riconoscimento di un diritto umano all'asilo, corrispondente all'obbligo, tra l'altro inderogabile dello Stato, di non respingere il richiedente asilo. Ciò è comprovato dalla conseguente perdita della titolarità di tale diritto di asilo, a seguito dell'estinzione dell'obbligo di *non-refoulement*, derivante dall'insussistenza del grave pregiudizio, a cui l'individuo rischiava di essere sottoposto in mancanza di protezione da parte dello Stato di asilo.

Si può pertanto provare che nell'ordinamento internazionale contemporaneo si sia formata una norma di natura consuetudinaria, in parte cogente, che attribuisce agli Stati l'obbligo di concedere asilo agli stranieri sottoposti a un rischio di violazione dei diritti fondamentali.

Una deroga all'operatività di tale obbligo deriverebbe, come dimostra l'esame della prassi convenzionale nell'area euro-mediterranea, dall'applicazione, nel contesto delle procedure di esternalizzazione del diritto di asilo, della regola del "Paese sicuro", la quale consente ad uno Stato di rinviare un richiedente asilo verso un Paese, in cui non rischi di subire trattamenti inumani o degradanti e la violazione dei diritti fondamentali e in cui potrà ottenere l'esame della sua richiesta di asilo. La prassi assai problematica dei respingimenti e degli accordi di riammissione, caratterizzati da un ricorso abusivo alla regola del Paese sicuro, in una regione caratterizzata da costanti flussi misti, come l'area euro-mediterranea, ha permesso di assegnare al diritto di asilo un'ulteriore portata sostanziale in senso individuale.

Poiché, infatti, l'obbligo di *non-refoulement* include anche il divieto di respingimento alla frontiera, è possibile identificare un «contenuto procedurale minimo» di un diritto di asilo a portata individuale³, che ancor prima di assegnare agli Stati obblighi materiali di tipo positivo riguardo alla concessione del beneficio dell'asilo, non consente loro di assumere condotte limitative della libertà d'accesso alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato.

Tale caratterizzazione del diritto di asilo, spesso definito 'in negativo', in funzione dell'operatività del principio di *non-refoulement*, come diritto a non essere allontanato, è integrato, pertanto, da un'accezione 'positiva' che lo qualificerebbe come il diritto di accedere a procedure efficaci per il riconoscimento dello status di rifugiato. In tal senso, risulterebbe condizionato anche il ricorso arbitrario alla regola del "Paese sicuro", limitato dall'eventualità che un richiedente asilo possa essere trasferito in un Paese che non dispone di un'efficace politica di tutela dei rifugiati.

³ ZANIBONI, *La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e garanzie procedurali*, in TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 226.

Un rilevante polo di orientamento verso l'affermazione *de facto* di un diritto umano all'asilo, scaturisce anche dalla giurisprudenza evolutiva degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani. Sebbene questi dispositivi convenzionali, come il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici o, sul piano regionale, la CEDU, non prevedano alcun riferimento al diritto di asilo, la giurisprudenza degli organi di controllo di tali strumenti ha ricavato indirettamente la previsione di un simile diritto, inteso come “*diritto a non essere respinto*”, dall'enunciazione di alcuni altri diritti fondamentali.

Per quanto appartenenti a due dimensioni normative differenti, universale e regionale, tali organi, richiamandosi a vicenda nelle loro pronunce, hanno sviluppato una giurisprudenza che autonomamente può costituire il *corpus* giuridico primigenio di un diritto di asilo in *statu nascendi* sul piano normativo, ma già esistente a livello giurisprudenziale ed implicitamente affermato per via pretoria. Alcune disposizioni della CEDU, ad esempio, sono state interpretate dai giudici di Strasburgo come idonee a produrre *de facto* un diritto individuale all'asilo, che gli Stati parti devono garantire, al fine di evitare gravi pregiudizi ai diritti fondamentali, espressamente contemplati dalla Convenzione⁴, come il diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, il diritto alla vita privata e familiare, il diritto alla libertà personale. Tale fattore assume un valore considerevole, poiché le pronunce dei giudici di Strasburgo rappresentano i parametri a cui rapportare la costruzione di un sistema europeo comune di asilo, che sia sensibile alle istanze individuali.

A quest'ultimo ordinamento giuridico è assegnato, pertanto, il compito di sapere interpretare quelle tendenze serpeggianti nella comunità internazionale, volte all'affermazione di un diritto individuale di asilo, affinché possa essere espressamente riconosciuto e ottenga un'adeguata tutela giurisdizionale a livello sovranazionale. È questa la principale sfida per la regione euro-mediterranea, in cui, la coesistenza e l'interazione tra ordinamenti, che possono risultare contrastanti, è cementata dall'utilità di preservare un valore comune, identificato necessariamente nella massima protezione dei diritti umani⁵.

Si può, infine, concludere che i tentativi di affermazione di un diritto fondamentale all'asilo, ove non sono sfociati in una normativa convenzionale *ad hoc*, hanno comunque contribuito a concepire l'asilo come un diritto di natura sussidiaria, capace di completare o meglio definire la tutela di altri diritti umani, primo fra tutti il diritto alla vita e all'integrità fisica, e ciò è sufficiente per comprendere, come in realtà il diritto di asilo fosse già «*the only right that had ever figured as a symbol of the Rights of Man*»⁶.

⁴ EINARSEN, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), n. 3, pp. 361-389.

⁵ LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 582.

⁶ Hannah ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, 1957, p. 389.

INDICE NORMATIVO E GIURISPRUDENZA RILEVANTE

CONVENZIONI E TRATTATI INTERNAZIONALI A LIVELLO UNIVERSALE

- *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati (Vienna Convention on the Law of Treaties)*, adottata il 23 Maggio 1969 ed in vigore dal 27 Gennaio 1980, in *U.N.T.S.*, vol. 1155, p. 331.
- *Convenzione relativa allo status dei rifugiati (Convention relating to the Status of Refugees)*, adottata il 28 Luglio 1951, in vigore dal 22 Aprile 1954, in *U.N.T.S.*, vol. 189, p. 137.
- Società delle Nazioni, *Convention concerning the Status of Refugees coming from Germany*, 10 Febbraio 1938, in *League of Nations Treaty Series*, vol. 192, p. 59.
- Società delle Nazioni, *Convention Relating to the International Status of Refugees*, 28 Ottobre 1933, in *League of Nations Treaty Series*, vol. CLIX, n. 3663, p. 199.
- Società delle Nazioni, *Arrangement Relatif à la Délivrance des Certificats d'Identité aux Réfugiés Russes*, 5 Luglio 1922, in *League of Nations Treaty Series*, vol. 13, p. 237.
- *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, 18 Dicembre 1990, UN Doc. A/RES/45/158.
- *Patto delle Nazioni Unite sui Diritti Civili e Politici (International Covenant on Civil and Political Rights)*, in *U.N.T.S.*, vol. 999, p.171.
- *Patto delle Nazioni Unite sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, in *U.N.T.S.*, vol. 993, p. 3.
- *UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 Dicembre 1984, in *U.N.T.S.*, vol. 1465, p. 85.
- Convenzioni di Ginevra del 12 Agosto 1949 sul diritto internazionale umanitario, entrate in vigore il 21 Ottobre 1950: *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*; *Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick, and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*; *Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*; *Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. *Protocolli Aggiuntivi dell'8 Giugno 1977*, in vigore dal 7 Dicembre 1978: *Additional Protocol (I) to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*; *Additional Protocol (II) to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*.
- *International Convention on Maritime Search and Rescue*, Amburgo, 27 Aprile, 1979, entrata in vigore il 22 Giugno 1985, in *U.N.T.S.*, 1405 p. 97 ss.
- *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*, Londra, 8 Agosto 1945.

CONVENZIONI E TRATTATI INTERNAZIONALI A LIVELLO REGIONALE

- *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *European Treaty Series* - N. 005, 4 Novembre 1950.
- *European Agreement on Transfer of Responsibility for Refugees*, in *European Treaty Series* - N. 107, 16 Ottobre 1980.
- *European Agreement on the Abolition of Visas For Refugees*, in *European Treaty Series* - N. 31, 20 Aprile 1959.
- *European Convention on Extradition*, in *European Treaty Series* - N. 24, 13 Dicembre 1957.
- *Charter of the Organization of American States (A-41)*, 30 Aprile 1948, in *OAS Treaty Series*, nn. 1-C e 61.
- *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, 10 Settembre 1969.
- *Convention on Political Asylum*, 26 Dicembre 1933, in *OAS, Treaty Series*, N. 34.
- *Convention on Diplomatic Asylum*, 28 Marzo 1954, in *OAS, Treaty Series*, N. 18.
- *Convention on Territorial Asylum*, 28 Marzo 1954 in *OAS, Treaty Series*, N. 34.

- *American Convention on Human Rights* “Pact of San Jose de Costa Rica” (B-32) O.A.S. Off. Rec., OEA/Ser.K./XVI/1.1, Doc. 65 (Rev. 1), Corr. 2 (1970).

ATTI DELLE NAZIONI UNITE

- Assemblea generale, Risoluzione 217 (III), *International Bill of Human Rights*, 10 Dicembre 1948, UN Doc. A/RES/3/217.
- Assemblea generale, Risoluzione 47/105, *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 16 Dicembre 1992, UN Doc. A/RES/47/105.
- Assemblea generale, Risoluzione 103 (XXVI), *Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States*, 9 Dicembre 1981, UN Doc. A/RES/36/103.
- Assemblea generale, Risoluzione 3372 (XXIX), *Elaboration of a draft Convention on Territorial Asylum*, 10 Dicembre 1974, UN Doc. A/RES/3272(XXIX).
- Assemblea generale, Risoluzione 2625 (XXV), *The Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, 24 Ottobre 1970, UN Doc. A/RES/2625(XXV).
- Assemblea generale, Risoluzione 2312 (XXII), *United Nations Declaration on Territorial Asylum*, 14 Dicembre 1967, Un Doc. A/RES/2312(XXII).
- Assemblea generale, Risoluzione 2039 (XX), *Reports of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 7 Dicembre 1965, UN Doc. A/RES/2039(XX).
- Assemblea generale, Risoluzione 428 (V), *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 14 Dicembre 1950, UN Doc. A/RES/428(V).
- Assemblea generale, Risoluzione 375 (IV), *Draft Declaration on Rights and Duties of States*, 6 Dicembre 1949, UN Doc. A/RES/375(IV).
- Assemblea generale, Risoluzione 8 (I), *Question of Refugees*, 12 Febbraio 1946, UN Doc. A/RES/8(I).
- Commissione di Diritto Internazionale, *Second Report on the Expulsion of Aliens*, 20 luglio 2006, UN Doc. A/CN.4/573.
- Commissione di Diritto Internazionale, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law*, 2004, UN Doc. A/61/10.
- Commissione per i Diritti Umani, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 55^a Sessione, *The Rights of Non Citizens*, Final Report 26 Maggio 2003, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23.
- Consiglio di sicurezza, Risoluzione 1373 (2001) *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, 28 Settembre 2001, UN Doc. S/RES/1373 (2001).
- Consiglio di sicurezza, Risoluzione 1368 (2001) *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, 12 Settembre 2001, UN Doc. S/RES/1368 (2001)
- Consiglio Economico e Sociale dell'ONU, Human Rights Commission, *A Study on Human Rights and Massive Exodus*, Sadruddin AGA KHAN, Special Rapporteur, 31 Dicembre 1981, UN Doc. E/CN.4/1503.
- Human Rights Committee, General Comment n. 31, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 29 Marzo 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.
- Human Rights Committee, General Comment n. 15 – *The Position of Aliens under the Covenant*, 26 Aprile 2001, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.5.
- Human Rights Committee, General Comment n. 20 (44), *Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7)*, 10 Marzo 1992, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.3.
- UNHCR, *Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, 2008, 16 June 2009, in: <<http://www.unhcr.org/4a375c426.html>>.
- UNHCR, *La protezione sussidiaria secondo la «Direttiva Qualifiche» nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, nota del Gennaio 2008, disponibile in: <www.unhcr.it>.
- UNHCR, *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 4 Settembre 2003, UN Doc. HCR/GIP/03/05.

- UNHCR, *Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework*, 19 Febbraio 2001, UN Doc. EC/GC/01/4.
- UNHCR, *Collection of UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 1 Gennaio 1992, UN Doc. HCR/ip/4/Eng/REV.1.
- UNHCR, Executive Committee, *Note on International Protection*, 25 Agosto 1992, UN Doc. A/AC. 96/799.
- UNHCR, Executive Committee, *Report of the Working Group on Solutions and Protection to the Forty-second Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme*, 2 Agosto 1991, UN Doc. EC/SCP/64.
- UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 4th ed., Geneva, 2009, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/protect>>.
- UNHCR, *International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, International Instruments, Volume 1: *UNHCR, Refugees and Asylum, Statelessness, Internally Displaced Persons, Migrants, Human Rights*, Geneva, 2007.
- UNHCR, *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, International Instruments, Volume 2: *International Humanitarian Law, International Criminal Law, International Maritime and Aviation Law, Miscellaneous*, Geneva, 2007.
- UNHCR, *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, Regional Instruments, Volume 3: *Africa, Middle East, Asia, Americas*, Geneva, 2007.
- UNHCR, *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, Regional Instruments, Volume 4: *Europe*, Geneva, 2007.

ATTI DELL'UNIONE EUROPEA

- *Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea*, firmato a Lisbona il 13 Dicembre 2007, ed in vigore dal 1 Dicembre 2009, in GUUE n. C 306 del 17 Dicembre 2007.
- *Trattato di Nizza che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i Trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti connessi*, in GUUE n. C 80 del 10 Marzo 2001.
- *Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i Trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni Atti connessi*, in GUUE n. C 340 del 10 Novembre 1997.
- *Trattato sull'Unione europea*, in GUCE n. C 191 del 29 Luglio 1992.
- *Trattato istitutivo della Comunità Europea (TCE)*, nella sua versione consolidata, in GUUE, n. C 321 E del 29 Dicembre 2006.
- *Accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia relativo ai criteri e meccanismi per determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno Stato membro oppure in Islanda o in Norvegia*, in GUUE n. L 93 del 3 Aprile 2001, pp. 40–47.
- *Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 Giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica del BENELUX, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, in GUUE n. L 239 del 22 Settembre 2000, pp. 19–62.
- *Accordo fra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, definito "Acquis di Schengen", in GUUE n. L 239 del 22 Settembre 2000, pp. 13 – 18
- *Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità*, in GUUE n. C 254 del 19 Agosto 1997, pp. 1–12.
- *Atto Unico Europeo (AUE)* del 28 Febbraio 1986, in vigore dall'1 Luglio 1987, in GUCE n. L 169 del 29 Giugno 1987.

- Parlamento europeo, Consiglio, Commissione europea, Dichiarazione solenne, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in GUUE n. C 364 del 18 Dicembre 2000, pp. 1 – 22, riadattata nel 2007, in GUUE n. 303 del 14 Dicembre 2007 pp. 1 – 16 e corredata dalle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, elaborate dal Praesidium della Convenzione, in GUUE n. C 303 del 14 Dicembre 2007, pp. 17–35.
- Consiglio Europeo, *Programma Di Stoccolma — Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE n. C 115/1, del 4 Maggio 2010.
- Consiglio Europeo di Bruxelles, *Programma dell'Aia: Rafforzamento della Libertà, della Sicurezza e della Giustizia nell'Unione Europea*, Allegato I alle Conclusioni della Presidenza, 4-5 Novembre 2004, 14292/1/04 REV 1.
- Consiglio Europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, 15-16 Ottobre 1999.
- Parlamento europeo e Consiglio, Regolamento UE n. 439/2010 del 19 Maggio 2010, *che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo*, in GUUE n. L 132 del 29 Maggio 2010, pp. 11-28.
- Consiglio dell'UE, Regolamento CE n. 343/2003 del 18 Febbraio 2003, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese Terzo*, in GUUE n. L 50 del 25 Febbraio 2003, pp. 1-10.
- Consiglio dell'UE, Regolamento di applicazione n. 407/2002 del 28 Febbraio 2002, *che definisce talune modalità di applicazione dl regolamento (CE) n. 2725/2000 che istituisce l'Eurodac per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino*, in GUUE n. L 62 del 5 Marzo 2002, p. 1.
- Consiglio dell'UE, Regolamento CE n. 539/2001 del 15 marzo 2001, *che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo*, in GUUE n. L 81 del 21 Marzo 2001, p. 2, come modificato dai regolamento CE n. 2414/2001 del 7 Dicembre 2001, in GUUE n. L 327 dei 12 Dicembre 2001, p. 1, e dal regolamento CE n. 453/2003 del 6 Marzo 2003, GUUE n. L 69 del 13 Marzo 2003, p. 10.
- Consiglio dell'UE, Regolamento CE n. 2725/2000 del Consiglio dell'11 Dicembre 2000, *che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino*, in GUUE n. L 316 del 15 Dicembre 2000, p. 1.
- Consiglio dell'UE, Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1 Dicembre 2005, *recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, in GUUE n. L 326 del 13 Dicembre 2005, p. 13.
- Consiglio dell'UE, Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 Aprile 2004, *recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, in GUUE n. L. 304 del 30 Settembre 2004, p. 12 ss.
- Consiglio dell'UE, Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 Gennaio 2003 *recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, in GUUE n. L 31 del 6 Febbraio 2003, p. 18.
- Consiglio dell'UE, Direttiva n. 2003/86/CE del 22 Settembre 2003, *relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, in GUUE n. L. 251 2003.
- Consiglio dell'UE, Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 Luglio 2001, *sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi degli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze degli stessi*, in GUUE n. L 212 del 7 Agosto 2001, p. 12.
- Consiglio dell'UE, Direttiva 95/46/CE, *relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati*, in GUUE n. L 281 del 23 Novembre 1995.
- Consiglio dell'UE, Decisione 2002/192/CE del 28 febbraio 2002, *riguardante la richiesta dell'Irlanda di partecipare ad alcune disposizioni dell'acquis di Schengen*, in GUUE n. L 64 del 7 Marzo 2002, pp. 20–23
- Consiglio dell'UE, Decisione 2000/365/CE del 29 Maggio 2000 *riguardante la richiesta del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di partecipare ad alcune disposizioni dell'acquis di Schengen*, in GUUE n. L 131 del 1 Giugno 2000, pp. 43–47.

- Consiglio dell'UE, *Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 3 Dicembre 1998, in GUUE n. C 19 del 23 Gennaio 1999, pp. 1–15.
- Consiglio dell'UE, *Decisione del 1999/435/CE del 20 Maggio 1999, che definisce l'acquis di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'acquis*, in GUUE L 176 del 10 Luglio 1999, pp. 1–16.
- Consiglio dell'UE, *Decisione del 1999/439/CE del 17 Maggio 1999, relativa alla conclusione dell'accordo con la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sulla loro associazione all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen*, in GUUE n. L 176 del 10 Luglio 1999, pp. 35–35.
- Consiglio dell'UE, *Posizione comune del 4 marzo 1996 definita dal Consiglio in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea relativa all'applicazione armonizzata della definizione del termine «rifugiato» ai sensi dell'articolo 1 della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati*, 96/196/GAI, in GUUE n. L 63 del 13 Marzo 1996, pp. 2–7.
- Consiglio dell'UE, *Risoluzione sulle garanzie minime per le procedure di asilo*, 20 Giugno 1995, in GUUE n. C 274 del 19 Settembre 1996, pp. 13 – 17.
- Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale (rifusione)*, COM (2009) 554 def., 21 Ottobre 2009.
- Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*, COM (2009) 551 def., 21 Ottobre 2009.
- Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, COM (2008) 815 def., 3 Dicembre 2008.
- Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide*, COM (2008) 820 def., 3 Dicembre 2008.
- Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (CE) n. [...] [che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide]*, COM (2008) 825 def., 3 Dicembre 2008.
- Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM (2009) 262 def., 10 Giugno 2009.
- Commissione europea, *Proposta della Commissione di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati Membri*, COM (2008) 815 def., 3 Dicembre 2008.
- Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni, Piano strategico sull'asilo, Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione Europea*, COM (2008) 360 def., 17 Giugno 2008.
- Commissione europea, *Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo*, COM (2007) 301 def., 6 Giugno 2007.
- Commissione europea, *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, Un sistema di asilo comune europeo più efficiente: la procedura unica come prossima fase*, COM (2004) 503 def., 15 Luglio 2004.
- Commissione europea, *Comunicazione riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di paesi terzi*, COM (2006) 402 def., 19 Luglio 2006,
- Commissione europea, *Comunicazione relativa alla politica comune in materia di asilo e all'Agenda per la protezione*, COM (2003) 152, 26 Marzo 2003.

- Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Consiglio, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, COM (2000) 578 def., del 20 Settembre 2000.
- Commissione europea, *Commission staff working paper, "Revisiting the Dublin Convention: developing Community legislation for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted in one of the Member States*, SEC (2000) 522, Brussels, 21 Marzo 2000.
- Commissione europea, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Immigration and Asylum Policies*, COM (94) 23 final, 23 Febbraio 1994.
- Commissione europea, *Decisione 85/381/CEE dell'8 Luglio 1985, che istituisce una procedura di comunicazione preliminare e di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti degli stati terzi*, in GUCE n. L 217 del 14 Agosto 1985, pp. 25–26.
- Commissione europea, *Communication of the Commission on the Abolition of Controls of Persons at Intra-Community Borders*, COM (88) 640 final, 7 Dicembre 1988.
- Commissione delle Comunità Europee nel Libro Bianco *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*, COM (85) 310 def., Bruxelles, 14 Giugno 1985.
- Parlamento europeo, *Risoluzione sull'attuazione nell'Unione europea della direttiva 2003/9/CE sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati: visite della commissione LIBE dal 2005 al 2008 (2008/2235(INI))*, 5 Febbraio 2009, in GUUE n. 67 E/94 del 10 Marzo 2010.

ATTI DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 1624 (2004), Common policy on migration and asylum*, adottata il 30 Settembre 2003, Doc. 9889.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 1088 (1988), relativa al diritto di asilo territoriale*, adottata il 7 Ottobre 1988, Doc. 5930.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 1016 (1985), sulle condizioni di vita e di lavoro dei rifugiati e richiedenti asilo*, adottata il 26 Settembre 1985, Doc. 5380.
- Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Risoluzione 81 (16), sull'armonizzazione delle procedure nazionali in materia di asilo*, adottata il 5 Novembre 1981.
- Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Dichiarazione sull'asilo territoriale*, adottata il 18 Novembre 1977, cfr. *Declaration on territorial asylum* (adopted by the Committee of Ministers on 18 November 1977 at the 278th meeting of the Ministers' Deputies), Decl-18.11.77E.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 817 (1977), su certi aspetti del diritto di asilo*, adottata il 7 Ottobre 1977, Doc. 4021.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 773 (1976), sulla situazione dei rifugiati de facto*, adottata il 26 Gennaio 1976, Doc. 3642.
- Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Risoluzione 67 (14)F, sull'asilo in favore dei soggetti minacciati di persecuzione*, adottata il 29 Giugno 1967.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 293 (1961), relativa al diritto di asilo*, adottata il 26 Settembre 1961, Doc. 1329.
- *Cartagena Declaration on Refugees*, adottata al *Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios*, 19- 22 Novembre 1984, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, Rev.1, 1984-1985, p.190, par. III.5.
- Council of the Organisation of American States, *Resolution on the Right of Asylum*, 14 Febbraio 1951, OAS Doc. C-sa-75.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Sessione di Krakow, Obligations and rights erga omnes in international law*, risoluzione del 27 Agosto 2005.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Sessione di Cambridge, Nouveaux problèmes en matière d'extradition*, risoluzione del 1 Settembre 1983.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Sessione di Bath, L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, risoluzione dell'11 Settembre 1950.

GIURISPRUDENZA RILEVANTE IN AMBITO INTERNAZIONALE

- Corte Internazionale di Giustizia, *Avena and Other Mexican Nationals* (Messico v. Stati Uniti), sentenza del 31 Marzo 2004.
- Corte Internazionale di Giustizia, caso *La Grand* (Germania v. Stati Uniti), sentenza del 27 Giugno 2001.
- Corte Internazionale di Giustizia, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Parere Consultivo del 29 Aprile 1999.
- Corte Internazionale di Giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. United States of America), sentenza del 27 Giugno 1986.
- Corte Internazionale di Giustizia, caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, (Belgio v. Spagna), 2nd Phase, sentenza del 5 Febbraio 1970.
- Corte Internazionale di Giustizia (CIG), *North Sea Continental Shelf cases, Federal Republic of Germany v. Netherlands; Federal Republic of Germany v. Denmark*, sentenza del 20 Febbraio 1969.
- Corte Internazionale di Giustizia, *Colombian-Peruvian Asylum Case* (Colombia v. Peru), sentenza del 20 Novembre 1950.
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, caso S.S. “*Lotus*” (Francia v. Turchia), sentenza del 7 Settembre 1927, Serie A, n. 10.
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, (Germania v. Polonia), sentenza del 25 Maggio 1926, Serie A, n. 7.
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Parere Consultivo, 7 Febbraio 1923, Serie B.

GIURISPRUDENZA RILEVANTE IN AMBITO REGIONALE

- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 Gennaio 2011, ricorso n. 30696/09.
- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Trabelsi c. Italia*, sent. del 13 Aprile 2010, ricorso n. 50163/08.
- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Saadi c. Italia*, sent. del 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, *selected for publication in Reports of Judgments and Decisions*.
- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *NA. c. Regno Unito*, sent. del 17 Luglio 2008, ricorso n. 25904/07.
- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Saadi c. Italia*, sent. del 28 Febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, *selected for publication in Reports of Judgments and Decisions*.
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Saadi c. Regno Unito*, sent. del 29 Gennaio 2008, ricorso n. 13229/03.
- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, sent. dell’11 Gennaio 2007, ricorso n. 1948/04.
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Saadi c. Regno Unito*, sent. dell’11 Luglio 2006, ricorso n. 13229/03.
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Said c. Paesi Bassi*, sent. del 5 Luglio 2005, ricorso n. 2345/02, in *Reports of Judgments and Decisions 2005-VI*.
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Ahmed c. Austria*, sent. del 17 Dicembre 1996, ricorso n. 25964/94, in *Recueil 1996-VI*.
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Amuur c. Francia*, sent. del 25 Giugno 1996, ricorso n. 19776/92, in *Reports 1996-III*
- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Boughanemi c. Francia*, sent. del 24 Aprile 1996, ricorso n. 22070/93, in *Reports 1996-II*.
- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Chahal c. Regno Unito*, rapporto del 27 Giugno 1995, richiesta n. 224141/93.
- Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Boyle c. Regno Unito*, sent, del 28 Febbraio 1994, ricorso n. 16580/90, in A282-B.

- Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, sent. del 30 Ottobre 1991, ricorsi n. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, in A 215.
- Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Soering c. Regno Unito*, sent. del 7 Luglio 1989, ricorso n. 14038/88, A 161.
- Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Abdulaziz, Cabales And Balkandali c. Regno Unito*, sent. del 28 Maggio 1985, ricorsi nn. 9214/80; 9473/81; 9474/81, in A 94.
- Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Marckx c. Belgio*, sent. del 13 Giugno 1979, ricorso n. 6833/74, in A 31.
- Commissione Interamericana dei diritti dell'uomo, *Haitian Interdiction v. United States*, rapporto n. 51/96, 13 Marzo 1997.

GIURISPRUDENZA RILEVANTE IN AMBITO COMUNITARIO

- Corte di giustizia dell'Unione europea, *Bundesrepublik Deutschland c. B e D*, sent. del 9 Novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09.
- Corte di giustizia dell'Unione europea, *Aydin Salabadin Abdulla e altri*, sent. del 2 Marzo 2010, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-177/08, C-179/08.
- Corte di giustizia dell'Unione europea, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, sent. del 17 Febbraio 2009, causa n. C- 465/07.
- Corte di giustizia dell'Unione europea, *Migrationsverket/Edgar Petrosian, Nelli Petrosian, Svetlana Petrosian, David Petrosian, Maxime Petrosian*, sent. del 29 Gennaio 2009, causa C-19/08.
- Corte di giustizia dell'Unione europea, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri c. Secretary of State for Transport*, sentenza del 3 Giugno 2008, causa n. C-308/06.
- Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parlamento europeo c. Consiglio*, sent. del 6 Maggio 2008, causa C-133/06.
- Corte di giustizia dell'Unione europea, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v. Eind*, sent. dell'11 Dicembre 2007, causa n. C-291/05, in *Racc.* I-10719.
- Corte di giustizia dell'Unione europea, *Zhu & Chen c. Secretary of State for the Home Department*, sent. del 19 Ottobre 2004, causa n. C-200/02, in *Racc.* I-9925.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Rotterdam*, sent. del 12 Gennaio 2006, causa C-311/04, in *Racc.* p. I-609.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *The Polo/Lauren Company LP c. PT. Dwidua Langgeng Pratama Intemational Freight Fonuarders*, causa n. C-383/98, in *Raccolta* 2000, p. 1-02519.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Commissione c. Consiglio*, sentenza del 12 Maggio 1998, n. causa C-170/96, in *Raccolta* 1996, p. 1-2763.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza C-392/95 del 10 Giugno 1997, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, in GUUE n. C 252 del 16 Agosto 1997, p. 4.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Commissione c. Germania*, sent. del 10 Settembre 1996, causa C-61/94, in *Racc.* p. I-3989.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Poulsen e Diva Navigation Corp.*, sent. del 24 Novembre 1992, causa C-286/90, in *Racc.* p. I-6019.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Parere 2/91 del 19 Marzo 1993 - Parere emesso ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del trattato CEE, concernente la Convenzione n. 170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, in *Racc.* 1993 pp. I-1061.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, sentenza del 7 Luglio 1992, cause riunite n. C-369/90, in *Racc.* 1992, p. I-4239.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Germania, Francia, Danimarca e Regno Unito v. Commissione*, sentenza del 9 Luglio 1987, cause riunite nn. 282, 283-285, 287/85, in *Raccolta* 1987, p. 3203

- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Carlo Tedeschi c. Denkavit Commerciale Srl.*, sent. del 5 Ottobre 1977, causa n. 5/77, in *Raccolta* p. 1555.
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Gabriel Simon c. Corte di Giustizia delle Comunità europee*, sentenza dell'1 Giugno 1961, causa n. 15/60, in *Raccolta* 1961, p. 220 ss.

GIURISPRUDENZA RILEVANTE IN AMBITO INTERNO

- Italia - Corte Suprema di Cassazione, sez. I civile, *Selimi c. Ministero dell'Interno*, n. 18549/2006, riportata in *Foro Italiano*, 2007-I, p. 1869.
- Italia - Corte Suprema di Cassazione, sez. I civile, *Ministero dell'Interno e altri c. Aday*, n. 25028/2005, riportata in *Foro Italiano* 2006-I, p. 2851.
- Italia - Corte Suprema di Cassazione, sez. un. civ., *Allen c. Ministero degli Interni*, n. 4674/1997, riportata in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 80 (1997), p. 843.
- Francia - Corte Costituzionale, sentenza n. 97-389 del 22 Aprile 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, in *Journal officiel* del 25 Aprile 1997, p. 6271.
- Francia - *Conseil constitutionnel* Francese, sentenza n. 93-325 DC del 12 Agosto 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, in *Journal officiel* del 18 Agosto 1993, p. 11722.
- Germania - Corte Costituzionale Federale - *BVerfGE*, 9, 174 [180], sent. del 4 Febbraio 1959, *BvR 193/57*, disponibile in: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv009174.html>>.
- Regno Unito - Corte suprema, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, sent. del 7 Luglio 2010.
- Regno Unito - *Immigration Appeal Tribunal*, *The Secretary of State for the Home Department re AA*, Appeal n.: *AA (Exclusion clause) Palestine* [2005], UKIAT00104 IAT Reported, 18 Maggio 2005.
- Regno Unito - United Kingdom House of Lords, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and Others*, 9 Dicembre 2004, UKHL 55.
- Regno Unito - High Court (England and Wales), *R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, Ex parte Syeda K-Hatoon Shah*, 11 Novembre 1996.
- Regno Unito - UK House of Lords, *T. v. Secretary of State for the Home Department*, 22 Maggio 1996, [1996] 2 All ER 865.
- Regno Unito - English Court of Appeal (Civil Division), *Secretary of State for the Home Department v. Khalif Mohamed Abdi*, 20 Aprile 1994, [1994] Imm AR 402.
- Canada - Corte Suprema, *Suresh v. Canada*, 11 Gennaio 2002, 2002 SCC 1, File no. 27790.
- Canada - Federal Court of Appeal, *Veha Salibian v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), 24 Maggio 1990, 3 F.C. 250.
- Stati Uniti d'America - US Supreme Court, *Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service et al. v. Haitian Centres Council et al.*, 12 Gennaio 1993, 113 US S. Ct 2549.
- Stati Uniti d'America - US Supreme Court, *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U. S. 537 (1959), del 16 Gennaio 1950.
- Stati Uniti d'America - US Supreme Court, *Nishimura Ekiu v. United States*, 18 Gennaio 1892, 142 U.S. 651.
- Stati Uniti d'America - US Court of Appeals (Fifth Circuit), *Mikhael v. INS*, 115 F.3d 299, 303 (5th Cir. 1997).
- Stati Uniti d'America - US Court of Appeals (Eighth Circuit), *Minwalla v. INS*, 706 F.2d 831, 835 (8th Cir. 1983).
- Australia - Federal Court of Australia, *Applicant M38/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, 13 Giugno 2003, [2003] FCAFC 131.
- Australia - Federal Court of Australia, *Kuldip Ram v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and the Refugee Review Tribunal*, 27 Giugno 1995, No. SG 17 del 1995 Fed No. 433/95 Immigration (1995) 130 ALR 314.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- 'ABD AL-RAHIM Muddathir, "Asylum: a Moral and Legal Right in Islam", in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 2, pp. 15 – 23.
- ABELL Nazare A., "The Compatibility of Readmission Agreements with the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 11 (1999), n. 1, pp. 60 – 83.
- ABOU-EL-WAFA Ahmed, *The Right to Asylum between Islamic Shari'ah and International Refugee Law A Comparative Study*. Ryad: UNHCR, 2009.
- ABUYA Edwin O., "Past Reflections, Future Insights: African Asylum Law and Policy in Historical Perspective", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 19 (2007), n. 1, pp. 51-95.
- ACHERMANN Alberto - GATTIKER Mario, "Safe Third Countries: European Developments", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), n. 1, pp. 19 – 38.
- ACKERS Doede, "The Negotiations on the Asylum Procedures Directive", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 7 (2005), pp. 1 – 33.
- ADINOLFI Adelina, "La Corte di giustizia dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 93 (2010), n. 1, pp. 45-64.
- ADINOLFI Adelina, "Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 92 (2009), n. 3, pp. 669 – 696.
- ADOBATI Enrica, "L'acquis di Schengen viene « incorporato » nel quadro dell'Unione Europea: una nuova ipotesi di « cooperazione rafforzata »", in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 13 (1999), n. 1, pp. 195-200.
- ADOBATI Enrica, "Considerazioni sull'entrata in vigore della Convenzione di Schengen relativa alla soppressione dei controlli alle frontiere", in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 9 (1995), nn. 3-4, pp. 995-998.
- AFZAL Mehreen, "Rethinking Asylum: The Feasibility of Human Security as New Ratione Personae Protection", in *Journal of International Law & Policy*, vol. III (2005-2006), n. 2, pp. 1- 42.
- AHLBORN Christiane S., "The Development of International Refugee Protection through the Practice of the UN Security Council", in *Graduate Institute e-Papers*, Geneva, 2010, n. 6, pp. 1 – 131.
- AKHAVAN Payam, BERGSMO Morten, "The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States", in *Nordic Journal of International Law*, vol. 58 (1989), nn. 3-4, pp. 243 – 256.
- ALBRECHT Hans-Jörg, "Fortress Europe?– Controlling Illegal Immigration", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 10 (2002), n. 1, pp. 1 – 22.
- ALENI Lucia, "Flussi di Rifugiati, Diritto al Ritorno e misure del Consiglio di Sicurezza", in *La Comunità Internazionale*, vol. 56 (2006), n. 3, pp. 311-345.
- ALENI Lucia, "La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali", in *Diritto dell'Unione Europea*, vol. 11 (2006), n. 3, pp. 585 – 606.
- ALENI Lucia, "Divieto di espulsioni collettive ed obbligo di esame individuale della situazione dello straniero", in *Giurisprudenza italiana*, 2005, n. 6, pp. 1250-1252.
- ALLAIN Jean, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13 (2001), n. 4, pp. 533 - 554.
- ALLAND Denis - TEITGEN-COLLY Catherine, *Traité du droit de l'asile*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- ALLAND Denis, "Le dispositif international du droit de l'asile", in *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du xxx^e Colloque (Caen) de la Société Française pour le Droit International (SFDI). Paris : Editions Pédone, 1997, pp. 13 – 81.
- ALLARD Silas W., "Casualties of Disharmony: The Exclusion of Asylum Seekers Under the Auspices of the Common European Asylum System", in *Emory International Law Review*, vol. 24 (2010), n. 1, pp. 295 -330.
- ALLEWELDT Ralf, "Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights", in *European Journal of International Law*, vol. 4 (1993), n. 2, pp. 360-376.

- AL-MIDANI Mohammed Amin, "La Charte arabe des droits de l'homme", in *Jura Gentium, Revue de philosophie du droit international et de la politique globale*, vol. I (2005), n. 1, in: <www.juragentium.unifi.it/fr/surveys/islam/rights/charte.htm>.
- AL-MIDANI Mohammed Amin, *Les droits de l'homme en Islam, Textes des organisations arabes et islamiques*. Strasbourg : Editions Université Marc Bloc, 2003.
- ALONSO PÉREZ Francisco - ALCALÁ Pedro, "Refugiados y desplazados: el derecho de asilo", in RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO José Luis (coord.), *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 661 – 680.
- ALSTON Philip, WEILER J. H. H., "An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy", in *European Journal of Human Rights*, vol. 9 (1998), n. 4, pp. 658 – 723.
- AMARASINHA Stefan Daya - ISENBECKER Martin, "Terrorism and the Right to Asylum under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees – A Contradiction in Terms or Do Opposites Attract?", in *Nordic Journal of International Law*, vol. 65 (1996), n. 2, pp. 223 – 240.
- ANDRIJASEVIC Rutvica, "DEPORTED: The Right to Asylum at EU's External Border of Italy and Libya", in *International Migration*, vol. 48 (2010), n. 1, pp. 141 – 173.
- ANKER Deborah E., "Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm", in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15 (2002), pp. 133 – 154.
- ARGESE Francesco, "Threats from Sea-level Rise to Small and Low-lying Island States: Is International Law a Hope for 'Environmental Refugees'?", in *La Comunità Internazionale*, vol. 65 (2010), n. 3, pp. 435-454.
- ARNAOUT Ghassan M., *L'asile dans la tradition arabo-islamique*. Genève: Office of the U.N. High Commissioner for Refugees, International Institute of Humanitarian Law, 1986.
- ARRAIZA Jose-Maria, MORATTI Massimo, "Getting the Property Questions Right: Legal Policy Dilemmas in Post-Conflict Property Restitution in Kosovo (1999–2009)", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21 (2009), n. 3, pp. 421 - 452
- ATTINÀ Fulvio, *Il sistema politico globale: introduzione alle relazioni internazionali*. Milano-Bari: Laterza, 2003.
- BADAR Mohamed Elewa, "Asylum Seekers and the European Union: Past, Present and Future", in *International Journal of Human Rights*, vol. 8 (2004), n. 2, pp. 159 - 197.
- BAHRAMY Abdollah, *Le droit d'asile*. Paris: Rousseau, 1938.
- BAILLIET Cecilia M., "Assessing *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* within the Refugee Status Determination Process: Contemplations on Conscientious Objectors Seeking Asylum", in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 20 (2006), n. 3, pp. 337 – 384.
- BAILLIET Cecilia M., "The *Tampa* Case and its Impact on Burden Sharing at Sea", in *Human Rights Quarterly*, vol. 25 (2003), n. 3, pp. 741-774.
- BALDACCINI Anneliese, GUILD Elspeth, TONER Helen (eds.), *Whose freedom, security and justice?: EU immigration and asylum law and policy*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- BARBERIS Julio A., "Asylum, Diplomatic", in *Encyclopaedia of Public International Law* (E.P.I.L.), vol. 1, 1992, p. 281.
- BARIATTI Stefania, *L'azione internazionale dello Stato a tutela dei non cittadini*. Milano: Giuffè, 1993.
- BARNES Richard, "Refugee Law at Sea", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), n. 1, p. 47 - 77.
- BARNETT Laura, "Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 14 (2002), nn. 2-3, pp. 238 – 262.
- BARONCELLI Stefania, *La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un'analisi sulle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente*. Torino: Giappichelli, 2008.
- BARONTINI Giovanni, "Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Schengen e di Dublino", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 75 (1992), n. 2, pp. 335 – 347.
- BASSIOUNI Cherif M., "The Duty to Prosecute and/or Extradite: *aut dedere aut judicare*", in BASSIOUNI Cherif M. (ed.), *International Criminal Law*, vol. 2. Leiden: M. Nijhoff Publisher, 2008, pp. 35-45.

- BATTJES Hemme, "The Soering Treshold : Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 (2009), n. 3, pp. 205-219.
- BATTJES Hemme, "In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed", in *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), n. 3, pp. 583 - 622.
- BATTJES Hemme, *European Asylum Law and International Law*. Leiden: M. Nijhoff Publisher, 2006.
- BAYEFSKY Anne F. (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers*. Leiden: M. Nijhoff Publisher, 2006.
- BEGHÈ LORETI Adriana, *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità Europea. Studio per una riforma del diritto di asilo*. Padova: CEDAM, 1990.
- BELLUCCI Serenella, *Schengen nel nuovo millennio: Europa senza frontiere*, IV ed., Roma: Laurus Robuffo, 2002.
- BEN ACHOUR Rafaâ, "La Nouvelle Charte de l'Organisation de la Conference Islamique (OCI)", in *Revue Générale de Droit International Public*, 2008, n. 4, pp. 833 – 848.
- BEN ACHOUR Rafaâ, LAGHMANI Slim (dir.), *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?*. Paris : Editions Pédone, 2008.
- BENCHIKH Farah, CHEKIR Hafidha, *Présentation des principales dispositions juridiques tunisiennes relatives à la migration des personnes*, Notes d'analyse et de synthèse – module juridiques, Consortium euro-méditerranéen pour la recherche appliquée sur les migrations internationales, CARIM-AS 2006/03.
- BENEDETTI Ezio, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*. Padova: CEDAM, 2010.
- BEN TEMESSEK Azouz, "Les relations euro-maghrébines et la problématique de l'immigration", in *Revue Tunisienne de Droit*, 2006, pp. 123-154.
- BENDO-SOUPOU Dominique (a cura di), *Il nuovo Mediterraneo. Conflitti e coesistenza pacifica*. Torino: L'Harmattan, 2009.
- BENVENUTI Marco, "Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia", in *Costituzionalismo*, n. 1/2009 disponibile in: <<http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=313>>.
- BENVENUTI Marco, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*. Padova: CEDAM, 2007.
- BENVENUTI Paolo (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*. Fagnano Alto (AQ): Editrice il Sirente, 2008.
- BENVENUTI Paolo, "La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati", in PINESCHI Laura (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 151-172.
- BENVENUTI Paolo, "In attesa di una nuova stagione per la politica europea in materia di asilo", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, n. 4, pp. XIII - XXIV.
- BERGER Nathalie, *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*. Bruxelles: Bruylant, 2000.
- BERNARDI Elena, "Asilo Politico", in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Torino: Giappichelli, 1987, pp. 421 - 430.
- BERTOZZI Stefano, "European Pact on Migration and Asylum: a Stepping store toward Common European Migration Policy", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 19 (2009), n. 1, pp. 79-87.
- BETTATI Mario, *L'asile politique en question: un statut pour les réfugiés*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.
- BETTS Alexander, "Towards a Mediterranean Solution? Implications for the Region of Origin", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18 (2006), nn. 3-4, pp. 652 – 676.
- BEYANI Chaloka, "State Responsibility for the Prevention and Resolution of Forced Population Displacements in International Law", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), Special Issue, pp. 130 – 147.

- BHABHA Jacqueline, "Boundaries in the Field of Human Rights: Internationalist Gatekeepers?: The Tension Between Asylum Advocacy And Human Rights", in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15 (2002), pp. 155 – 182.
- BIFULCO Raffaele, CARTABIA Marta, CELOTTO Alfonso, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- BILOTTA Bruno M. - CAPPELLETTI Franco A. (a cura di), *Il diritto d'asilo*. Padova: CEDAM, 2006.
- BLAKE Nicholas J. - HUSAIN Raza, *Immigration, Asylum and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BOCCARDI Ingrid, *Europe and Refugees: Towards an EU Asylum Policy*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- BODART Serge, "Les refugies apolitiques: guerre civile et persecution de groupe au regard de la Convention de Genève", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), n. 1, pp. 39-59.
- BOED Roman, "The State of the Right of Asylum in International Law", in *Duke Journal of Comparative & International law*, vol. 5 (1994), n. 1, pp. 1 – 33.
- BOELES Pieter, TERLOUW Ashley, "Minimum Guarantees for Asylum Procedures", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 9 (1997) n. 3, pp. 472- 491.
- BOLESTA-KOZIEBRODZKI Léopold, *Le droit d.asile*. Leyde: Sijthoff, 1962.
- BONAFÉ BEATRICE I., "La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato", in CALIGIURI Andrea, CATALDI Giuseppe, NAPOLETANO Nicola (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*. Padova: CEDAM, 2010, pp. 277 – 296.
- BORCHELT Gretchen, "The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standards", in *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 33 (2002), n. 2, pp. 473 – 526.
- BOSSUYT Marc J., *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*. Bruxelles : Bruylant, 2010.
- BOSSUYT Marc J., *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Dordrecht/Boston/Lancaster: M. Nijhoff Publisher, 1987.
- BOSWELL Christina, "European Values and the Asylum Crisis", in *International Affairs*, vol. 76 (2000), n. 3, pp. 537-557.
- BOUACHBA Taoufiq, *L'organisation de la Conférence islamique*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 28 (1983), pp. 265-291.
- BOUBAKRI Amor, "L'adhésion de la Tunisie aux instruments internationaux relatifs à la protection des réfugiés", in *Etudes Internationales*, vol. 105 (2007), n. 4, pp. 93 – 118.
- BOUBAKRI Amor, "مبدأ عدم ردّ اللاجئين") Le principe de non refoulement des réfugiés", in *Etudes Internationales*, vol. 101 (2006), n. 4, pp. 101-112.
- BOUBAKRI Amor, "Protection internationale des réfugiés et des demandeurs d'asile dans le cadre des flux migratoires", in *Etudes Internationales*, vol. 94 (2005), n. 3, pp. 81-89.
- BOUTEILLET-PAQUET Daphné, "Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and its Member States", in *Law*, vol. 5 (2003), n. 3, pp. 359 – 377.
- BOUTILLET-PAQUET Daphné (sous la dir.), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne : un complément à la Convention de Genève?* Bruxelles : Bruylant, 2002.
- BRONZINI Giuseppe, GUARRIELLO Fausta, PICCONE Valeria (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma: Ediesse, 2009.
- BROUWER Evelien R., "Immigration, Asylum and Terrorism: A Changing Dynamic Legal and Practical Developments in the EU in Response to the Terrorist Attacks of 11.09", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 4 (2002), n. 4, pp. 399 – 424.
- BROUWER Evelien R., "Eurodac: Its Limitations and Temptations", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 4 (2002), n. 2, p. 231-247.
- BRUIN Rene - WOUTERS Kees, "Terrorism and the non-derogability of non-refoulement", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 15 (2003), n. 1, pp. 5 – 24.
- BRUNELLI Giuditta, "Article 18: Right to Asylum", in MOCK William B. T., DEMURO Gianmario, *Human rights in Europe : Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, pp. 117-122.

- BRUNELLI Giuditta, "Art. 18: diritto di asilo", in BIFULCO Raffaele - CARTABIA Marta - CELOTTO Alfonso (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 154 – 163.
- BYRNE Rosemary - NOLL Gregor - VEDSTED-HANSEN Jens, "Understanding Refugee Law in an Enlarged European Union", in *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), n. 2, pp. 355 – 379.
- BYRNE Rosemary – SCHACKNOVE Andrew, "The Safe Country Notion in European Asylum Law", in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 9 (1996), pp. 185 – 228.
- CAFARI PANICO Ruggiero, "Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali", in *Sud in Europa*, vol. 11 (2008), n. 1, pp. 19-22.
- CAGGIANO Giandonato, "La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani", in *Gli Stranieri - Rassegna di studi e giurisprudenza*, vol. 17 (2010), n. 2, pp. 7-31.
- CAGGIANO Giandonato, "Il Programma di Stoccolma dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (2010-2014)", in *Sud in Europa*, vol. 12 (2009), n. 3, pp. 4-5.
- CAGGIANO Giandonato, "Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo, dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza, giustizia", in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 3 (2008), n. 1, pp. 105 – 144.
- CAGGIANO Giandonato, "Asilo, ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero nella nuova legge sull'immigrazione", in *La Comunità Internazionale*, vol. 45 (1990), n. 1, pp. 31 - 50.
- CAGIANO DE AZEVEDO Raimondo, *Le migrazioni internazionali*. Torino: Giappichelli, 1995.
- CALAMIA Antonio M., *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*. Milano: Giuffrè, 1980.
- CALIGIURI Andrea, "Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina alle frontiere marittime dell'Unione europea e la tutela dei richiedenti asilo", in CALIGIURI Andrea, CATALDI Giuseppe, NAPOLETANO Nicola (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*. Padova: CEDAM, 2010, pp. 359-386.
- CANAL-FORGUES Eric, *Recueil des Constitutions des Pays arabes*. Bruxelles : Bruylant, 2000.
- CANNIZZARO Enzo, "Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza *Intertanko*", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 13 (2008), n. 4, pp. 645–653.
- CANNIZZARO Enzo, "L'armonizzazione del diritto d'asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951", in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84 (2001), n. 2, pp. 440 – 442.
- CARELLA Gabriella, "Esodi di massa e diritto internazionale", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 75 (1992), n. 2, pp. 903 – 931.
- CARLIER Jean-Yves, "Droit d'asile et des réfugiés: de la protection aux droits", in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2007, pp. 9 – 354.
- CARLIER Jean-Yves, *La condition des personnes dans l'Union européenne*. Bruxelles: Larcier, 2007.
- CARLIER Jean-Yves - DE BRUYCKER Philippe (sous la dir.), *Immigration and Asylum Law: Current Debats*. Bruxelles: Bruylant, 2005.
- CARLIER Jean-Yves, "La place des ressortissants de Pays tiers dans la Charte », in CARLIER Jean-Yves, DE SCHUTTER Oliver, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe. Hommage à Silvio Marens Helman*. Bruxelles: Bruylant, 2002, pp. 179 – 192.
- CARLIER Jean-Yves - VANHEULE Dirk (eds.), *Europe and Refugees: A Challenge?/ L'Europe et les Réfugiés: un défi?*. The Hague : M. Nijhoff Publisher, 1997.
- CARRERA HERNÁNDEZ F. Jesús, "El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE", in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 22 (1995), n. 3, pp. 837–860.
- CARRERA Sergio, WIESBROCK Anja, "Whose European Citizenship in the Stockholm Programme? The Enactment of Citizenship by Third Country Nationals in the EU", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 12 (2010), n. 3, 2010, pp. 337-359.
- CARTA Mario (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*. Roma: Teseo editore, 2009.

- CASSARINO Jean-Pierre, *Accordo Italia-Tunisia, per che fare?*, in *Affari Internazionali*, 7 Aprile 2011, disponibile in: <www.affarinternazionali.it/stampa.asp?ID=1722>.
- CASSARINO Jean-Pierre, *I negoziati relativi alla riammissione nell'ambito del processo di Barcellona*, *Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, Dossier del Servizio Studi e Ricerche del Senato della Repubblica, 2005, pp. 1 – 17.
- CASSESE Antonio, “Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment Be Applied to Socio-Economic Conditions?”, in *European Journal of International Law*, vol. 2 (1991), n. 2, pp. 141-145.
- CASTELLANETA Marina, “La controversia tra Italia e Brasile sul caso Battisti tra rimedi interni e internazionali”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 55 (2011), n. 11, pp. 107-119.
- CASTELLANO Danilo (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- CATALDI Giuseppe, “Osservazione sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura”, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 2 (2008), n. 1, pp. 51-70.
- CAVASINO Elisa, “Un passo indietro nell'interpretazione dei rapporti fra diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano”, in *Giurisprudenza Italiana*, Febbraio 2007, pp. 315 – 324.
- CELLAMARE Giovanni, “In tema di limiti di carattere umanitario all'operare del Regolamento Dublino II”, in *Sud in Europa*, vol. 10 (2009), n. 1, pp. 5-6.
- CELLAMARE Giovanni, “Recenti tendenze dell'UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e «regime europeo comune»”, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, vol. II, sez. II, pp. 959 - 988.
- CELLAMARE Giovanni, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*. Torino: Giappichelli, 2006.
- CHAN Phil C. W., “The Protection of Refugees and Internally Displaced Persons: Non-Refoulement under Customary International Law?”, in *International Journal of Human Rights*, vol. 10 (2006), n. 3, pp. 231-239.
- CHETAIL Vincent (sous la direction), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, vol. II. Bruxelles: Bruylant, 2007.
- CHETAIL Vincent, “Les droit des réfugiés à l'épreuve des droit de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants”, in *Revue Belge de Droit International*, vol. 37 (2004), n. 1, pp. 155 – 210.
- CHETAIL Vincent (dir.), *La convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au statu des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*. Bruxelles: Bruylant, 2001.
- CHIEFFI Lorenzo, “La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari”, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 6 (2004), n. 1, pp. 25 -48.
- CHIMNI Bhupinder S., “The Birth of a ‘Discipline’: From Refugee to Forced Migration Studies”, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 22 (2009), n. 1, pp. 11 – 29.
- CHIMNI Bhupinder S. (ed.), *International Refugee Law: A Reader*. New Delhi: Sage, 2000.
- CHOLEWINSKI Ryszard, PERRUCHOUD Richard, MACDONALD Euan (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007.
- CIANCIARULO SILENZI Marisa, “Counterproductive and Counterintuitive Counterterrorism: the Post-September 11 Treatment of Refugees and Asylum-seekers”, in *Denver University Law Review*, vol. 84 (2007), n. 4, pp. 1121 - 1143.
- CICIRIELLO Maria Clelia, “Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante”, in *La Comunità Internazionale*, vol. 61 (2006), n. 1, pp. 109 -119.
- CIERCO Teresa, *A instituição de asilo na União Europeia*. Lisboa: Almedina, 2010.
- CITTI Walter, “Il diritto di asilo in Europa nel XX secolo”, in *Quaderni di Azione Sociale*, 1998, nn. 1-2, pp. 59 – 66.
- CLARK Tom - CRÉPEAU François, “Human Rights in Asylum sharing and other Human Transfer Agreements”, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22 (2004), n. 2, pp. 217-240.
- CLAYTON Georgina, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- COLLINS Anthony M., “Recent developments in asylum and immigration law before the Court of Justice”, in *ERA Forum*, vol. 9 (2009), pp. 581–590.

- COLOMBO Valentina - GOZZI Gustavo (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- COLOSIMO Mariagrazia, "L'evoluzione delle politiche europee di immigrazione e di asilo", in *Nuova rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, 1999, n. 2, pp. 129 – 138.
- COLVIN Madeleine - NOORLANDER Peter, "Human Rights and Accountability after the Treaty of Amsterdam", in *European Human Rights Law Review*, 1998, n. 1, pp. 191-203
- COMAN Gabriela I, "European Union Policy on Asylum and Its Inherent Human Rights Violations", in *Brooklyn Law Review*, vol. 64 (1998), n. 4, pp. 1217 – 1240.
- COMTE Françoise, "Une nouvelle agence dans le paysage institutionnel européen: le Bureau européen d'appui en matière d'asile", in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2010, n. 2, pp. 287-320.
- CONETTI Giorgio, "La armonizzazione delle politiche in materia di asilo in Europa", in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. I. Bari: Cacucci, 1995, pp. 277 – 285.
- CONETTI Giorgio, "L'integrazione del rifugiato nel Paese di accogliimento", in *Affari Sociali Internazionali*, vol. 16 (1988), n. 2, pp. 211 – 219.
- CONFORTI Benedetto, *Diritto Internazionale*, VII ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.
- CONTACT HICKEL Marguerite, "Protection of internally displaced persons affected by armed conflict: concept and challenges", in *International Review of the Red Cross*, vol. 83 (2001), n. 843, pp. 699 – 712.
- COONAN Terry, "Refoulement on the High Sea", in *University of Cincinnati Law Review*, vol. 63 (1995), p. 9.
- CORKERY Allison, "The Contribution of the UNHCR Executive Committee to the Development of International Refugee Law", in *Australian International Law Journal*, vol. 13 (2006), pp. 97 – 128.
- CORLISS Steven, "Asylum State Responsibility for the Hostile Acts of Foreign Exiles", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), n. 2, pp. 181- 210.
- COSTELLO Cathryn, "The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 7 (2005), n. 1, pp. 35 – 69.
- CRAIG Paul - DE BÚRCA Gráinne, *EU Law: text, cases, materials*, IV ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CREPÉAU François, *Droit d'asile: de l'hospitalité au contrôles migratoires*. Bruxelles: Bruylant, 1995.
- CREPÉAU François, "L'impératif renouvellement du Droit International des réfugiés", in *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 8 (1993-94), n. 1, pp. 59-73.
- CURI Umberto, "Sul concetto filosofico di straniero", in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 7 (2005), n. 3, pp. 42 – 58.
- CURTI GIALDINO Carlo, "Some Reflection on the Acquis Communautaire", in *Common Market Law Review*, vol. 32 (1995), n. 5, pp. 1089-1121.
- CZAPLIŃSKI Władysław - ŠTURMA Pavel, "La responsabilité des États pour les flux de réfugiés provoqués par eux", in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 40 (1994), pp. 156 – 169.
- DANIELE Luigi, "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 13 (2008), n. 4, pp. 655- 669.
- DDAMULIRA MUJUZI Jamil, "The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of refugees' rights", in *African Human Rights Law Journal*, vol. 9 (2009), n. 1, pp. 160-182.
- DE LUCAS Javier, "Migrazioni, diritti, cittadinanza nell'Unione Europea. Sulle condizioni di legittimità della politica d'immigrazione", in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 6 (2004), n. 1, pp. 13 – 24.
- DE PASQUALE Patrizia, "Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 15 (2010), n. 1, pp. 19- 51.
- DE SALVIA Michele, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, II ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 1999.
- DE STEFANI Paolo, "An Introduction to the Universal System of Human Rights Protection", in *Università di Padova – Centro di studi e formazione sui diritti della persona e dei popoli Research Paper* n. 2, 2001, pp. 4 – 27.

-
- DE VITTOR Francesca, "Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 92 (2009), n. 3, pp. 800 - 807.
- DE VITTOR Francesca, "Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato: la sospensione della misura di espulsione", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 2 (2008), n. 2, pp. 427 - 432.
- DEGNI-SEGUI René, "L'action des institutions africaines en matière de réfugiés", in *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du xxx^e Colloque (Caen) de la Société Française pour le Droit International (SFDI). Paris : Editions Pédone, 1997, pp. 229 - 251.
- DEHOUSSE Renaud, *The European Court of Justice: the politics of judicial integration*. Basingstoke: MacMillan, 1998.
- DELANTY Gerard, "Immigrazione e cittadinanza europea", in *ISPI Policy Brief*, 47/2006.
- DELCOURT Christine, "Traité de Lisbonne et acquis communautaire", in *Revue du Marché Commune et de l'Union Européenne*, 2008, n. 518, pp. 26-297
- DELCOURT Christine, "The Acquis Communautaire: Has The Concept Had Its Day?", in *Common Market Law Review*, vol. 38 (2001), n. 4, pp. 829 -870.
- DEL GUERCIO Adele, "Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani", in *Gli Stranieri - Rassegna di studi e giurisprudenza*, vol. XVII (2010), n. 2, pp. 73-96.
- DEL GUERCIO Adele, "Il principio del *non-refoulement* tra dottrina dei diritti umani e sistema internazionale di protezione dei rifugiati", in CIMMINO Letizia - RAMPAZZO Natale (a cura di), *Diritti umani nell'era della globalizzazione e dei conflitti: Seminari del Centro Studi sui Diritti Umani, 2005-2006*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, pp. 19- 38.
- DEMUTH Andreas, "Some Conceptual Thoughts on Migration", in AGOZINO Biko (ed.) *Theoretical and Methodological Issues in Migration Research*. London: Ashgate, 2000, pp. 21-58.
- DEN HEIJER Maarten, "Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights", *European Journal of Migration and Law*, vol. 10 (2008), n. 3, pp. 277 - 314.
- DESSI Mathew, "Claims of Political Asylum Based on Non-Physical Forms of Harm Such as Economic Sanctions and Deprivations", in *Pace International Law Review*, vol. 21 (2009), pp. 309-334.
- DI PASCALE Alessia, "Art. 63", in TIZZANO Antonio (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*. Milano: Giuffrè, 2004, pp. 442 - 450.
- DI STASI Angela, "La sécurité régionale dans l'espace euro-méditerranéen. Brèves considérations sur le Processus de Barcelone et Union pour la Méditerranée", in GUARINO Giancarlo - D'ANNA Ilaria (Eds.), *International Conflicts and Human Rights: Caucasus, Balkans, Middle East and Horn of Africa*. Napoli Colloquium 2-4 July 2009. Napoli: Satura Editrice, 2010, pp. 815-830.
- DIAS URBANO DE SOUSA Constança - DE BRUYCKER Philippe, *The Emergence of a European Asylum Policy*. Bruxelles: Bruylant, 2004.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 622 - 645.
- DISTEFANO Marcella, "Origini e funzioni del *soft law* in diritto internazionale", in *Lavoro e Diritto*, vol. 17 (2003), n. 1, pp. 17- 35.
- DOCHERTY Bonnie, GIANNINI Tyler, "Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees", in *Harvard Environmental Law Review*, vol. 33 (2009), n. 2, pp. 349 -403.
- DOUGAN Michael, "Minimum Harmonisation and the Internal Market", in *Common Market Law Review*, vol 37 (2000), n. 4, pp. 853-885.
- DRAETTA Ugo - SANTINI Andrea (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità*. Milano: Giuffrè, 2008.
- DRAETTA Ugo - PARISI Nicoletta - RINOLDI Dino (a cura di), *Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'Unione Europea. Principi Fondamentali e tutela dei diritti*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

- DUBOLINO Dario, "L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo regolamento", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 9 (2004), n. 4, pp. 811 – 845.
- DUFFY Aoiffe, "Expulsion to Face Torture?: Non-Refoulement in International Law", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20 (2008), n. 3, pp. 373-390.
- DUPUY Pierre-Marie, "La communauté internationale. Une fiction?", in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*. Bruxelles : Bruylant, 2007, pp. 373 – 396.
- DURANTE Francesco, "Tutela internazionale dei rifugiati e diritti dell'uomo", in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*. Milano: Giuffrè, 1984, pp. 559 – 567.
- DURIEUX Jean-François – McADAM Jane, "Non-refoulement through time: the Case for Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Refugee Influx", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 16 (2004), n. 1, pp. 4 - 24.
- DURIEUX Jean-François, "Le rôle du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés", in *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du xxx^e Colloque (Caen) de la Société Française pour le Droit International (SFDI). Paris : Editions Pédone, 1997, pp. 185 – 197.
- EDWARDS Alice, "Human Rights, Refugees, and the Rights to «to enjoy» Asylum", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), n. 2, pp. 293 - 330.
- EGAN Suzanne, "European Asylum Policy: Reflections on the Tampere Conclusions", in *Irish Human Rights Review*, 2000, pp. 176 – 205.
- EINARSEN Terje, "Mass Flight: The Case for International Asylum", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), n. 4, pp. 551 – 578.
- EINARSEN Terje, "The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), n. 3, pp. 361-389.
- EL-ENANY Nadine, "Who is the New European Refugee?", in *European Law Review*, vol. 33 (2008), n. 3, pp. 313 - 335.
- ELMADMAD Khadija, "Asylum in Islam and in Modern Refugee Law", in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 2, pp. 51 – 63.
- ELMADMAD Khadija, "Mixed Flows and the Protection of Migrants with Special Reference to Sub-Saharan Migrants", in *ISPI – Working Paper*, 2008, n. 25, pp. 1-21.
- ELMADMAD Khadija, *Asile et réfugiés dans les pays afro-arabes*. Casablanca: EDDIF, 2002.
- ERIKSSON Lars-Gunnar- MELANDER Göran- NOBEL Peter, *An analysing account of the Conference on the African Refugee Problem, Arusha, May 1979*. Uppsala: Scandinavian Institute of African Studies, 1981.
- ERRERA Roger, "The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji - and After", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23 (2011), n. 1, p. 93 - 112.
- ERRERA Roger, "La directive européenne du 29 Avril 2004 sur le statut de réfugié, la protection internationale et les garanties continues dans la Convention européenne des droits de l'homme", in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, (2008), n. 74, pp. 346 – 381.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ Conception, "El convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", in *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20 (1993), n. 1, pp. 53-100.
- EVANS Alona C., "The Political Status of Aliens in International Law, Municipal Law and European Community Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30 (1981), n. 1, pp. 20- 41.
- EVANS Alona E., "The Colombian-Peruvian Asylum Case: The Practice of Diplomatic Asylum", in *American Political Science Review*, vol. 46 (1952), n. 1, pp. 142 – 157.
- EVOLA Marco, "Il ricongiungimento dei migranti non comunitari tra sovranità degli Stati e tutela dei diritti fondamentali", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 1 (2007) n. 2, pp. 133 - 138.
- FABBRICOTTI Alberta, "The Concept of Inhuman or Degrading Treatment in International Law and Its Application in Asylum Cases", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), n. 4, p. 637 - 661.
- FABBRICOTTI Alberta, *L'ingresso degli stranieri extra-comunitari ed il trattamento delle domande d'asilo nelle legislazioni dei paesi della C.E.E.* Wien: Braumüller, 1993.

- FARGUES Philippe (ed.), *Migrations Méditerranéennes: Rapport 2008 – 2009*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2009.
- FARIA Cláudia, *The Dublin Convention on Asylum: between Reality and Aspirations*. Maastricht: European Institute of Public Administration, 2001.
- FARMER Alice, “Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection”, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23 (2008), n. 1, pp. 1- 38.
- FAVILLI Chiara, “Il Trattato di Lisbona e la politica dell’Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione”, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 10 (2010), n. 1, pp. 13 -25.
- FAVILLI Chiara, “I principali atti adottati dall’Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo”, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 9 (2009), n. 3, pp. 13– 28.
- FAVILLI Chiara, “Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005”, disponibile in: <<http://www.asgi.it>>.
- FELLER Erika, “Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18 (2006), nn. 3– 4, pp. 509– 536.
- FELLER Erika- TÜRK Volker- NICHOLSON Frances (eds.), *Refugee Protection in International Law - UNHCR’s Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- FELLER Erika, “International Refugee Protection 50 years on: The protection Challenges of the Past, Present and Future”, in *International Review of the Red Cross*, vol. 83 (2001) n. 843, p. 581 – 606.
- FENNELLY Nial, “The Area of ‘Freedom, Security and Justice’ and the European Court of Justice – a personal view”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49 (2000), n. 1, pp. 1-14.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS Gloria, *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2007.
- FERNÁNDEZ SANCHEZ Pablo Antonio, “New reasons for obtaining asylum in Europe”, in *Africa e Mediterraneo*, vol. 14 (2006), n. 54, pp. 36-41.
- FERRARI BRAVO Luigi- DI MAJO Francesco M.- RIZZO Alfredo, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell’uomo e con i documenti rilevanti*. Milano: Giuffrè, 2001.
- FERRERO Marco, “Il TAR Lazio censura i trasferimenti di richiedenti asilo verso la Grecia, Nota alla sentenza del TAR Lazio, Sez. II quater, 16 Febbraio 2010, n. 2249”, in *Gli Stranieri-Rassegna di studi e giurisprudenza*, vol. 17 (2010), n. 1, pp.105-112.
- FERRERO Marco, “Asilo politico, status di rifugiato, misure di protezione sussidiaria e protezione temporanea”, in MOROZZO DELLA ROCCA Paolo, (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*. Torino: UTET, 2008, pp. 295- 325.
- FISCHER-LESCANO Andreas- LÖHR Tillmann and TOHIDIPUR Timo, “Border Controls at Sea: Requirements Under International Human Rights and Refugee Law”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21 (2009), n. 2, pp. 256 – 296.
- FISCHER-LESCANO Andreas- TEUBNER G., “Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 25 (2004), p. 999 – 1046.
- FITZPATRICK Joan, “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalised Regime”, in *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 279 – 304.
- FOCARELLI Carlo, *Lezioni di storia del diritto internazionale*, II ed. Perugia: Morlacchi, 2002.
- FOIS Paolo, “Il partenariato euro-mediterraneo e il processo di Barcellona”, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, vol. II, pp. 1080 - 1093.
- FORNARI Matteo N., “Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional”, in *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 23 (2007), pp. 389-406.
- FORNARI Matteo N., “Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa”, in *La Comunità internazionale*, vol. 57 (2002) n. 1, pp. 61- 78.

-
- FOSTER Michelle, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refuge From Deprivation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- FRANCIONI Francesco, *Asilo diplomatico: contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 1973.
- FREEDMAN Jane, "Women's Right to Asylum: Protecting the rights of Female Asylum Seekers in Europe?", in *Human Rights Review*, vol. 9 (2008), n. 4, pp. 413 – 433.
- FRESHWATER Patricia J., "The Obligation of *Non-Refoulement* under the Convention Against Torture: when has a Foreign Government acquiesced in the Torture of its Citizens?", in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19 (2005), n. 4, pp. 585-608.
- FRIDEGOTTO Mario P., *L'accordo di Schengen: riflessi internazionali ed interni per l'Italia*. Milano: Franco Angeli, 1992.
- GABRIELLI Chiara, "L'opinione *juris* del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dell'UNHCR sulle intercettazioni in mare", in *Gli Stranieri - Rassegna di studi e giurisprudenza*, vol. 17 (2010), n. 2, pp. 97 – 117.
- GAJA Giorgio, *Introduzione al diritto comunitario*. Bari: Laterza, 2007.
- GAJA Giorgio, "Diritti dei rifugiati e giurisdizione ordinaria", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 80 (1997), n. 4, pp. 791 - 792.
- GAMMELTOFT-HANSEN Thomas - GAMMELTOFT-HANSEN Hans, "The Right to Seek Revisited: on the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 10 (2008), n. 4, pp. 439 - 460.
- GARBAGNATI Maria Gisella, "Immigrazione, diritto di asilo e libertà di circolazione delle persone nella prospettiva dell'Unione europea", in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, vol. 34 (1995), n. 1, pag. 7-45.
- GARCÍA-MORA Manuel Ramon, *International Responsibility for the Hostile Acts of Private Persons Against Foreign States*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1962.
- GARCÍA-MORA Manuel Ramon, *International Law and Asylum as a Human Right*. Washington: Public Affairs Press, 1956.
- GARCÍA SÁNCHEZ Beatriz, "El asilo como derecho de los individuos: ¿garantiza este derecho la normativa comunitaria?", in Antonio Rafael CUERDA RIEZU (dir.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un estado de derecho en un mundo globalizado*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 17-76.
- GARRY Hannah R., "The Right to Compensation and Refugee Flows: A 'Preventative Mechanism' in International Law", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), n. 1, pp. 97 – 117.
- GESTRI Marco, "Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea", in GASPARINI CASARI Vittorio- CORDINI Giovanni (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario, internazionale e comparato*. Modena: Mucchi editore, 2010, vol. I, pp. 45-90.
- GIANELLI Alessandra, "Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 91 (2008), n. 2, pp. 449 – 456.
- GIANELLI Alessandra, "Obbligo di *non refoulement* e assicurazioni diplomatiche", in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. Napoli, 2008, p. 363 – 389.
- GIANELLI Alessandra, *Unione Europea e diritto internazionale consuetudinario*. Torino: Giappichelli, 2004.
- GIL-BAZO María-Teresa, "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law", in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 3, pp. 33 – 52.
- GIL-BAZO María-Teresa, "The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18 (2006), nn. 3-4, pp. 571 – 600.
- GILBERT Geoff, "Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?", in *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), n. 5, pp. 963 – 987.
- GILBERT Geoff, "Rights, Legitimate Expectations, Needs and Responsibilities: UNHCR and the New World Order", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), n. 3 pp. 350–388.
- GILBERT Geoffrey S., "Right of Asylum: a Change of Direction", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32 (1983), n. 3, pp. 633 – 650.

- GIOIA Andrea, "Asilo", in CASSESE Sabino (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2006, vol. I, pp. 449-451.
- GIULIANO Mario - SCOVAZZI Tullio - TREVES Tullio, *Diritto Internazionale*, II ed, vol. II: *Gli aspetti giuridici della coesistenza degli Stati*. Milano: Giuffrè, 1983.
- GIULIANO Mario, "Asilo (diritto di). c) diritto internazionale", in *Enciclopedia del diritto*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1958, pp. 204 - 222.
- GONIN Patrick- LASSAILLY-JACOB Véronique, "Les réfugiés de l'environnement", in *Revue Européenne des Migrations Internationales*, vol. 18 (2002), n. 2, pp. 139-160.
- GOODWIN-GILL Guy S. – MCADAM Jane, *The Refugee in International Law*, III ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GOODWIN-GILL Guy S., "Asylum: The Law and Politics of Change", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), n. 1, pp. 1-18.
- GOODWIN-GILL Guy S., "International Law and the Detention of Refugees and Asylum Seekers" in *International Migration Review*, vol. 20 (1986), n. 2, Special Issue: Refugees: Issues and Directions, pp. 193 – 219.
- GOODWIN-GILL Guy S., "Non-Refoulement and the New Asylum Seekers", in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1986), n. 4, pp. 897-915.
- GOWLLAND-DEBBAS Vera, "La responsabilité internationale de l'État d'origine pour des flux de réfugiés", in *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du XXX^e Colloque (Caen) de la Société Française pour le Droit International (SFDI). Paris : Editions Pédone, 1997, pp. 98 – 131.
- GRAHL MADSEN Atle, "Asylum, Territorial", in *Encyclopaedia of Public International Law (E.P.I.L.)*, vol. 8, 1992, p. 42.
- GRAHL MADSEN Atle, *Territorial Asylum*. Stockholm: Almqvist&Wiksell International, 1980.
- GRAHL MADSEN Atle, *The Status of Refugees in International Law*: vol. I *Refugee Character*, vol. II *Asylum Entry and Sojourn*. Leiden: A. W. Sijthoff, 1966.
- GRAHL-MADSEN Atle, "The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law", in *Journal of Peace Research*, vol. 3 (1966), n. 3, pp. 278 – 289.
- GRANT Stefanie, "An International Migration Protection Regime: The Current Situation, Dilemmas and Initiatives", in *ISPI Working Papers*, n. 9, 2006.
- GRAZIANI Francesca, *Antichi e nuovi «rifugiati» nel diritto internazionale ed europeo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.
- GRAZIANI Francesca, *Rifugiati, displaced persons e internally displaced persons nel diritto internazionale contemporaneo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.
- GREPPI Edoardo, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*. Torino: Giappichelli, 2001.
- GUARINO Giancarlo, "I diritti dell'uomo come sistema: un'ipotesi di lavoro", in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, vol. 10 (2008), n. 28, pp. 7 – 45.
- GUARNIERI Giuseppe, "Il caso 'Soering' davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo", in ZANGHÌ Claudio - PANELLA Lina (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*. Torino: Giappichelli, 2004, pp. 93-96.
- GUILD Elspeth, "The Europeanization of Europe's Asylum Policy", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18 (2006), pp. 630 - 651.
- GUILD Elspeth, "Seeking asylum: storm clouds between international commitments and EU legislative measures", in *European Law Review*, vol. 29 (2004), n. 2, pp. 198-218.
- GUILD Elspeth – HARLOW Carol (eds.), *Implementing Amsterdam: immigration and asylum rights in EC law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2001.
- GUILD Elspeth (ed.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- GUIRAUDON Virginie, "European Courts and Foreigners' Rights: A Comparative Study of Norms Diffusion", in *International Migration Review*, vol. 34 (2000), n. 4, pp. 1088 - 1125.
- HAILBRONNER Kay, "The Treaty of Amsterdam and Migration Law", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 1 (1999), n. 1, pp. 9-27.
- HAILBRONNER Kay, "European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty", in *Common Market Law Review*, vol. 35 (1998), n. 5, pp. 1047 – 1067.
- HAILBRONNER Kay - THIERY Claus, "Schengen II And Dublin: Responsibility for Asylum Applications In Europe", in *Common Market Law Review*, vol. 34 (1997), n. 4, pp. 951 - 989.

-
- HAILBRONNER Kay, "Readmission Agreements and the Obligations on State under Public International Law", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV*, vol. 57 (1997), n. 1, pp. 1 -50.
- HAILBRONNER Kay, "The Concept of 'Safe Country' and Expedient Asylum Procedures: a Western European Perspective", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 5 (1993), n. 1, pp. 31- 66.
- HAILBRONNER Kay, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), n. 2, pp. 341 - 360.
- HAILBRONNER Kay, "Non-refoulement and Humanitarian Refugees; Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1986), pp. 857-896.
- HAMMARBERG Thomas, "States Should Not Impose Penalties on Arriving Asylum-Seekers", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20 (2008), n. 2, pp. 364 - 366.
- HANSUNGULE Michelo, "African Refugees in Africa: Perspectives, Challenges and Prospects", in *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 11 (2007), n. 2, pp. 127 - 158.
- HARVEY Colin, "The Right to Seek Asylum in the European Union", in *European Human Rights Law Review*, 2004, n. 1, pp. 17 - 36.
- HATHAWAY James C., "Leveraging Asylum", in *Texas International Law Journal*, vol. 45 (2010), pp. 503 - 536.
- HATHAWAY James C., "Why Refugee Law Still Matters", in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8 (2007), n. 1, pp. 89-103.
- HATHAWAY James C., *The Rights of Refugees Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- HATHAWAY James C. - HARVEY Colin, "Framing Refugee Protection in the New World Disorder", in *Cornell International Law Journal*, vol. 42 (2001), n. 2, pp. 257-320.
- HATHAWAY James C. - CUSICK Anne K. "Refugee Rights are not negotiable", in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14 (2000), n. 2, pp. 481 - 539.
- HATHAWAY James C., *The Law of Refugee Status*. Toronto/Vancouver: Butterworths, 1991.
- HATHAWAY James C., "Reconsidering the Underlying Premise of Refugee Law", in *Harvard International Law Journal*, vol. 31 (1990), pp. 129 -156.
- HEIN Christopher, "L'arrivo protetto dei rifugiati nell'UE", in *I diritti dell'uomo - Cronache e battaglie*, vol. 14 (2003) n. 3, pp. 47 - 50.
- HEIN Christopher, "Il diritto d'asilo nella revisione del Trattato di Maastricht", in *I diritti dell'uomo - Cronache e battaglie*, vol. 6 (1995) n. 2, pp. 75 - 77.
- HEIN Christopher, "Rifugiati 'de facto' e protezione legale temporanea nel diritto internazionale e comparato", in *I diritti dell'uomo - Cronache e battaglie*, vol. 5 (1994) n. 2, pp. 15 - 22.
- HEIN Christopher - PAGLIUCHI Rossella, "The Refugee Concept and Harmonization of European Asylum Policies", in *I diritti dell'uomo - Cronache e battaglie*, vol. 1 (1991) n. 3, pp. 9 - 17.
- HOFFMANN Rainer, "Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV*, vol. 45 (1985), n. 2, pp. 694- 713.
- HURWITZ Agnès, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*. New York: Oxford University Press, 2009.
- HURWITZ Agnès, "The 1990 Dublin Convention, a Comprehensive Assessment", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 11 (1999), n. 4, pp. 646 - 677.
- IANOVITZ Sara, "I 'rifugiati climatici': una questione aperta", in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 55 (2011), n. 11, pp. 141-148.
- JACKSON Ivory, "The 1951 Convention relating to the Status of Refugees: A Universal Basis for Protection", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 3 (1991), n. 3, p. 403 - 413.
- JACOBS Francis, "Effective Judicial Protection of Individuals in the European Union, Now and in the Future", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 7 (2002), n. 2, pp. 203 -214.
- JAEGER Gilbert, "On the History of the International Protection of Refugees", in *International Review of the Red Cross*, vol. 83 (2001), n. 843, pp. 727 - 737.
- JAQUEMET Stephane, "The Cross-Fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law", in *International Review of the Red Cross*, vol. 83 (2001), n. 843, pp. 651 - 674.

- JENNINGS Yewdall, "Some International Law Aspects of the Refugee Question", in *British Yearbook of International Law*, vol. 20 (1939), pp. 98-114.
- JOLY Danièle, *Global changes in Asylum regimes*. Hampshire, New York: Palgrave Macmillan, 2002.
- JOLY Danièle, "I parametri del nuovo regime di asilo in Europa", in *Critica Sociologica*, voll. 143/144 (2002), pp. 129 – 143.
- JOLY Danièle, "The porous dam: European Harmonization on Asylum in the Nineties", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 6 (1994), n. 1, pp. 159 – 193.
- JOLY Danièle, "Le droit d'asile dans la Communauté Européenne", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1 (1989), n. 3, pp. 365 -377.
- JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, EDSTRÖM Örjan (eds.), *The European Immigration and Asylum Policy: Critical Assessment Five Years After the Amsterdam Treaty*. Bruxelles : Bruylant, 2005.
- JUNKER Barry, "Burden Sharing or Burden Shifting? Asylum And Expansion in the European Union", in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 20 (2006), n. 2, pp. 293 – 322.
- JUSS Satvinder S. S., "The Decline and Decay of European Refugee Policy", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25 (2005), pp. 749 – 780.
- KAHN Paul W., "Balance of Power: Redefining Sovereignty in Contemporary International Law", in *Stanford Journal of International Law*, vol. 40 (2004), n. 2, pp. 259 – 282.
- KALADHARAN Nayar, M. G., "The Right of Asylum in International Law: Its Status and Prospects", in *St. Louis University Law Journal*, vol. 17 (1972-1973), pp. 17- 46.
- KÄLIN Walter, "Temporary protection in the EC: refugee law, human rights and the temptations of pragmatism", in *German Yearbook of International Law*, vol. 44 (2001), pp. 202-236.
- KARATANI Rieko, "How History Separated Refugee and Migrant Regimes: In Search of Their Institutional Origins", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), n. 3, pp. 517-541.
- KENGERLINSKY Marat, "Restrictions in EU Immigration and Asylum Policies in the light of International Human Rights Standards", in *Essex Human Rights Review*, vol. 4 (2007), n. 2., pp. 1 – 19.
- KERBER Karoline, "Temporary Protection: An Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 9 (1997), n. 3, pp. 453-471.
- KIRCHHEIMER Otto, "Asylum", in *The American Political Science Review*, vol. 53 (1959), n. 4, pp. 985– 1016.
- KJAERUM, Morten, "Refugee Protection Between State Interests and Human Rights: Where is Europe Heading?", in *Human Rights Quarterly*, vol. 24 (2002), n. 2, pp. 513 – 536.
- KLAI Lamine, "Problématique du refuge et de l'asile dans le monde arabe", in *Études Internationales*, vol. 105 (2007), n. 4, pp. 79 – 85.
- KLAI Lamine, "Politiques des Pays d'accueil des émigrés et Droits de l'Homme", in *Études Internationales*, vol. 103 (2007), n. 2, pp. 21 - 34.
- KLEPP Silja, "A contested Asylum system: the European Union between refugee protection and border control in the Mediterranean Sea", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 12 (2010), n. 1, pp. 1 - 12.
- KLUG Anja, "Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System?", in *German Yearbook of International Law*, vol. 27 (2004), pp. 594 – 628.
- KNEEBONE Susan - RAWLINGS-SANAEI Felicity (eds.), *New Regionalism and Asylum Seekers: Challenges ahead*. New York: Berghahn Books, 2007.
- KNEEBONE Susan, MCDOWELL Christopher, MORRELL Gareth, "A Mediterranean Solution? Chances of Success", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18 (2006), nn. 3-4, pp. 492– 508.
- KOENDERS Marcel - LUBBERS Marcel - SCHEEPERS Peer, "Resistance to Immigrants and Asylum Seekers in the European Union", in *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 5 (2007), pp. 5 - 34.
- KOJANEC Giovanni, "Asilo territoriale: problematica nell'ambito delle Nazioni Unite", in *La Comunità Internazionale*, vol. 32 (1977), n. 4, pp. 618 - 630.
- KOSER Khalid, "New Approaches to Asylum?", in *International Migration*, vol. 39 (2001), n. 2, pp. 85 – 101.

- LAGHMANI Slim, *Histoire du droit des gens du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*. Paris: Editions Pedone, 2004.
- LAMBERT Hélène (ed.), *International Refugee Law*. London: Ashgate, 2010.
- LAMBERT Hélène - GOODWIN-GILL GUY S. (eds.), *The Limits of Transnational Law. Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- LAMBERT Hélène, MESSINEO Francesco, TIEDEMANN Paul, "Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany: *Requiescat in Pace?*", in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 3, pp. 16 – 32.
- LAMBERT Hélène, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007.
- LAMBERT Hélène, "The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), n. 1, pp. 161–192.
- LANDGREN Karin, "Deflecting International Protection by Treaty: Bilateral and Multilateral Accords on Extradition, Readmission and the Inadmissibility of Asylum Requests", in *UNHCR Working Paper*, 1999, n. 10, disponibile in <<http://www.unhcr.org>>.
- LANG Alessandra, "La politica comunitaria in materia di immigrazione", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, n. 2, pp. 698 – 725.
- LANG Winfried, "Asile, Refuge et Droit de l'Homme", in *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du xxx^e Colloque (Caen) de la Société Française pour le Droit International (SFDI). Paris : Editions Pédone, 1997, pp. 83– 92.
- LARSAEUS Nina, "The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers", in *Nordic Journal of International Law*, vol. 73 (2004), n. 1, pp. 69 - 98.
- LAUTERPACHT Hersch, *International Law and Human Rights*. London: Steven & Sons, 1950.
- LAUTERPACHT Hersch, "Revolutionary Activities by Private Persons against Foreign States", in *American Journal of International Law*, vol. 22 (1928), pp. 105- 130.
- LEANZA Umberto (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2005.
- LEE Luke T., "The Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees: Its Significance and Implications", in *Journal of Refugee Studies*, vol. 6 (1993), pp. 65 – 70.
- LEE Luke T., "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", in *American Journal of International Law*, vol. 80 (1986), pp. 532 - 567.
- LENAERTS Koen, "The contribution of the European Court of Justice to the area of freedom, security and justice", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59 (2010), pp. 255–301.
- LENZERINI Federico, *Asilo e Diritti Umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 2009.
- LENZERINI Federico, "The Evolution of Italian Jurisprudence Concerning the Relationship Between the Constitutional Right of Asylum and the Recognition of Refugee Status", in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 19 (2009), pp. 139-156.
- LENZERINI Federico – MORI Rebecca, "Accesso alla giustizia per i migranti a rischio di violazione dei diritti fondamentali", in FRANCONI Francesco–GESTRI Marco–RONZITTI Natalino–SCOVAZZI Tullio (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*. Milano. Giuffè, 2008, pp. 149 – 174.
- LENZERINI Federico, "Asylum, Human Rights and State Measures against Immigration Flows: State prerogative or Disguised Refoulement?", in *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. 4 (2004), pp. 11 – 33.
- LENZERINI Federico, "Which hunting: the influence of the fear of terrorism in the implementation of asylum law", in *Italian Yearbook of International Law*, 2002, pp. 95 – 121.
- LILLICH Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*. Manchester: University Press, 1984.
- LIPPARINI Simona, "Il diritto di asilo nel diritto comunitario: l'evoluzione dal 1958 sino alla comunitarizzazione dell'acquis di Schengen e le prospettive future", in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 3 (2001), n. 1, pp. 47 – 64.
- LOPEZ GARRIDO Diego, *Derecho de asilo*. Madrid : Trotta, 1991.

- LORENZEN Peer, "Rifugiati, richiedenti asilo e profughi", in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, vol. 13 (2000), n. 3, pp. 643 - 654.
- LUGATO Monica *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*. Torino: Giappichelli, 2006.
- LUTTERBECK Derek, "Coping with Europe's Boat People. Trends and Policy Dilemmas in Controlling the EU's Mediterranean Borders", in *ISPI Policy Brief*, (2008), n. 76, pp. 1 - 25.
- LYNSKEY Orla, "Complementing and Completing the Common European Asylum System: a Legal Analysis of the Emerging Extraterritorial Elements of EU Refugee Protection Policy", in *European Law Review*, vol. 31 (2006), n. 2, pp. 230 - 250.
- MAALAT Yvanna D. L., "A Return to the Principle of "Non-refoulement": Re-examining and Reconciling the Principle and its Exceptions", in *Ateneo Law Journal*, vol. 51 (2007), n. 4, pp. 1120-1159.
- MAFROLLA Emanuela Maria, "L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo: tra sovranità territoriale e dovere umanitario", in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, vol. 14 (2001), n. 2, pp. 532 - 558.
- MAHMASANI Sobhi, "The principles of international law in the light of the Islamic doctrine", in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1966, pp. 201-238.
- MANCA Luigino, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione Europea*. Milano: Giuffè, 2003.
- MANGALA Jack M., "Prévention des déplacements forcés de population - possibilités et limites", in *International Review of the Red Cross*, vol. 83 (2001), n. 844, pp. 1067 - 1095.
- MANLY Mark, "La consagración del asilo como un derecho humano : análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", in FRANCO Leonardo, *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2003, pp. 122-156.
- MARATEA Lorenzo, "La prassi del respingimento alla frontiera e il diritto di asilo. In margine alla vicenda della Cap Anamur", in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, vol. 10 (2008), n. 29, pp. 136 - 157.
- MARCHEGANI Maura, "Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto Commissariato per i rifugiati", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4 (2010), n. 2, pp. 452- 456.
- MARCHESI Antonio, "Attraverso il Mediterraneo. Diritto di asilo, diritti umani e *non refoulement*", in SADUN BORDONI Gianluca (a cura di), *Diritti dell'uomo e dialogo interculturale nel Mediterraneo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009, pp. 51 - 66.
- MARCHISIO Sergio (a cura di), *Aspetti giuridici del Partenariato Euro-mediterraneo*. Milano: Giuffrè, 2001.
- MARINHO Clotilde (ed.), *The Dublin Convention on Asylum: its Essence, Implementation and Prospects*. Maastricht, European Institute of Public Administration, 2000.
- MARIÑO MENÉNDEZ Fernando M., "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo", in MARIÑO MENÉNDEZ Fernando M., *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*. Madrid: Trotta, 2002.
- MARTIN David, "Large-scale Migrations of Asylum Seekers", in *American Journal of International Law*, vol. 76 (1982), pp. 598 - 610.
- MARTIN Denis, "La Cour de justice et le droit au regroupement familial : trop ou trop peu !", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 19 (2008), n. 74, pp. 595-609.
- MARX Reinhard, "Adjusting the Dublin Convention: New Approaches to Member State Responsibility for Asylum Applications", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 3 (2001), n. 1, pp. 7-22.
- MATTONE Monica C., "I rifugiati e la loro tutela in ambito internazionale", in PORRO Giuseppe (a cura di), *Studi di diritto internazionale umanitario*. Torino: Giappichelli, 2004, pp. 177 - 200.
- MCADAM Jane, "Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is not the Answer", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23 (2011), n. 1, pp. 2-27.
- MCADAM Jane, "From Economic Refugees To Climate Refugees?", in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 10 (2009), n. 2, pp. 579-595.

- MCADAM Jane, "The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), n. 3, pp. 461-516.
- MELANDER Goran, "Responsibility for Examining an Asylum Request", in *International Migration Review*, vol. 20 (1986), n. 2, Special Issue: *Refugees: Issues and Directions*, pp. 220 - 229.
- MERRILLS John G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, II ed. Manchester: Manchester University Press, 1993.
- MESSINEO Francesco, "Refoulement verso il Nord Africa e diritti dei migranti", in VASSALLO PALEOLOGO Fulvio - CUTITTA Paolo (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 83 - 108.
- MEYERSTEIN Ariel, "Retuning the Harmonization of EU Asylum Law: Exploring the Need for an EU Asylum Appellate Court", in *California Law Review*, vol. 93 (2005), pp. 1509 - 1555.
- MIELE Mario, "La protezione internazionale diretta del diritto di asilo politico dell'individuo", in *Revista española de derecho internacional*, vol. 21 (1968), n. 3, pp. 514 - 522.
- MIGLIAZZA Alessandro, "Asilo. Diritto internazionale", in *Novissimo Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. I, parte II. Torino: UTET, 1968, pp. 1039 - 1041.
- MIKOLAJCZYK Barbara, "New Regionalism and Asylum Seekers: Challenges Ahead", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21 (2009), n. 2, pp. 376 - 379.
- MODERNE François, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union Européenne*. Aix-en-Provence/Marseille : Presses Universitaires 1997.
- MOLE Nuala, *Le droit d'asile et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, IV éd. Strasbourg: Ed. du Conseil de l'Europe, 2008.
- MONACO Riccardo- CURTI GIALDINO Carlo, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte Generale*. Torino: UTET, 2009.
- MORANDI Noris, "La normativa comunitaria sul diritto di asilo", in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 7 (2005), n. 1, pp. 51 - 68.
- MORENO LAX Violeta, "Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 10 (2008), n. 3, pp. 315 - 364.
- MORENO QUINTANA Lucio M., *Derecho de asilo*. Buenos Aires: Ministerio de educación, 1952.
- MORRONE Federica, "Il processo di integrazione europea e il ruolo delle istituzioni nell'ambito della politica migratoria dell'Unione alla luce dei Trattati di riforma", in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 3 (2008), n. 3, pp. 611 - 638.
- MORRONE Federica, "L'Italia e gli obblighi internazionali e comunitari in materia di asilo e immigrazione: il «caso Lampedusa»", in *Civitas Europa*, 16/2006, pp. 225 -240.
- MUJUZI Jamil D., "The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of refugees' rights", in *African Human Rights Law Journal*, vol. 9 (2009), n. 1, pp. 160- 182.
- MUKIRYA NYANDUGA Tom Bahame, "Refugee Protection under the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa", in *German Yearbook of International Law*, vol. 47 (2004), p. 85 - 104.
- MÜLLER-GRAFF Peter-Christian, "The Legal Bases of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty", in *Common Market Law Review*, vol. 31 (1994), 3, pp. 493-510.
- MURAVIOV Victor, "The Acquis Communautaire as a Basis for the Community Legal Order", in *Miskolc Journal of International Law*, vol. 4 (2007), n. 2, pp. 38 - 45.
- MURILLO Juan Carlos, "The legitimate security interests of the State and international refugee protection", in *SUR - International Journal on Human Rights*, vol. 6 (2009), n. 10, pp. 117-131.
- MURRAY Rachel, "Refugees and internally displaced persons and human rights: The African system", in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 24 (2005), n. 1, pp. 56 - 66.
- MURRAY Rachel, *Human Rights in Africa*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- NAFZIGER James A. R., "The General Admission of Aliens under International Law", in *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), pp. 804 - 847.

- NAGAN Winston P., HAMMER Craig, "The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations", in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2004), n. 1, pp. 141 – 188.
- NANCE David Scott, "The Individual Right to Asylum under Article 3 of the European Convention on Human Rights", in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3 (1982), pp. 477-492.
- NAN Li, "States' Practice of Non-refoulement and Suggestions on Avoiding the Derogation", in *US-China Law Review*, vol. 2 (2005), n. 12, pp. 63 – 65.
- NASCIMBENE Bruno- DI PASCALE Alessia, *Emergenza sbarchi. Le richieste dell'Italia e gli indugi di Bruxelles*, dans *Affari Internazionali*, 4 Mars 2011, disponibile à l'adresse: <<http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1682>>.
- NASCIMBENE Bruno, "Recent Trends in European Migration and Asylum Policies", in VENTURINI Gabriella, BARIATTI Stefania (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, vol. I: *Diritti individuali e giustizia internazionale*. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 597 – 610.
- NASCIMBENE Bruno, "Comments on the Past Ten Years of Italian Jurisprudence on the Right of Asylum", in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 19 (2009), pp. 159-162.
- NASCIMBENE Bruno, *Asilo e statuto di rifugiato*, bozza della relazione presentata al Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Lo statuto costituzionale del non cittadino", Cagliari, 16 e 17 Ottobre 2009, testo disponibile in: <<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200910/Nascimbene.pdf>>.
- NASCIMBENE Bruno, "L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja", in *Diritto dell'Unione Europea*, vol. 13 (2008), n. 2, p. 433-444.
- NASCIMBENE Bruno, "Il futuro della politica europea d'asilo", in *ISPI-Working Paper*, (2008), n. 25, pp. 1 – 32.
- NASCIMBENE Bruno – FAVILLI Chiara, "Rifugiati", in CASSESE Sabino (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V. Milano, 2006, pp. 5306 -5311.
- NASCIMBENE Bruno (a cura di), *Il diritto degli stranieri*. Padova: Cedam, 2004.
- NASCIMBENE Bruno – MAFROLLA Emanuela Maria, "Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo", in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 4 (2002), n. 1, pp. 13 -37.
- NASCIMBENE Bruno, *Expulsion and detention of aliens in the European Union countries*. Milano: Giuffrè, 2001.
- NASCIMBENE Bruno, "Gli Accordi di Schengen e i problemi di applicazione in Italia", in *Jus - Rivista di Scienze Giuridiche*, vol. 46 (1999), n. 1, pp. 421 – 428
- NASCIMBENE Bruno, (a cura di), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*. Milano: Giuffrè, 1995.
- NASCIMBENE Bruno, "Il diritto di asilo e lo status di rifugiato: profili di diritto interno e comunitario", in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. II, *Diritto internazionale*. Bari: Cacucci, 1995, pp. 519-536.
- NASCIMBENE Bruno, "Diritto d'asilo e asilo umanitario. Prassi e norme nazionali", in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, vol. 6 (1993), n. 2, pp. 419 - 426.
- NASCIMBENE Bruno, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*. Milano: Giuffrè, 1984.
- NATHWANI Niraj, "The Purpose of Asylum", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 12 (2000), n. 3, pp. 354 – 379.
- NAZAROVA Inna, "Alienating "Human" From 'Right': U.S. and UK Non Compliance With Asylum Obligations Under International Human Rights Law", in *Fordham International Law Journal*, vol. 25 (2002), pp. 1335 – 1417.
- NESPOR Stefano, "I rifugiati ambientali", in *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario comparato*, 2007, n. 4, pp. 1-10.
- NICHOLSON Frances - TWOMEY Patrick (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- NOLL Gregor, "Why Refugees Still Matter: A Response to James Hathaway", in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8 (2007), n. 2, pp. 536 – 547.

- NOLL Gregor, *Proof, Evidentiary assessment and credibility in asylum procedures*. Leiden: M. Nijhoff Publisher, 2005.
- NOLL Gregor, "Seeking Asylum at Embassies: a Right to Entry under International Law?", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17 (2005), n. 3, pp. 542 - 573.
- NOLL Gregor, "Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 5 (2003), n. 2, pp. 303-341.
- NOLL Gregor, *Negotiating Asylum: the EU acquis, extraterritorial protection, and the common market of deflection*. The Hague, Boston: M. Nijhoff Publisher, 2000.
- NOORTMANN Math, *Enforcing International Law – from Self-help to Self-contained regimes*. Hampshire: Ashgate, 2005.
- NOWAK Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kiel/Strasbourg/Arlington: NP Engel, 1993.
- NÚRIA CAMPS Mirabet (coord.), *El derecho internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*. Lleida : Universitat de Lleida, 2005.
- OCELLO Erminia, "La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso *Saadi c. Regno Unito*", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 14 (2009), n. 4, pp. 87 -104.
- OGATA Sadako, "The Evolution of UNHCR", in *Journal of International Affairs*, vol. 47 (1994), n. 2, p. 419.
- O'NIONS Helen, "No right to liberty: the Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 10 (2008), n. 2, pp. 149-185.
- OPOKU Awuky Emmanuel, "Refugee movement in Africa and the OAU Convention on Refugees", in *Journal of African Law*, vol. 39 (1995), n. 1, pp. 79 – 86.
- ORBIE Jan (ed.), *Europe's Global Role: External Policies of the European Union*. Hampshire: Aldershot, 2008.
- ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE PER LE MIGRAZIONI (OIM), *International Migration Law, Glossary on Migration*. Geneva, 2004.
- OUGUERGOUZ Fatsah, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- PALLARO Paolo, *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione europea*. Milano: Giuffrè, 2002.
- PALLARO Paolo, "Politiche nazionali dell'immigrazione, diritti dei cittadini extracomunitari e competenze pregiudiziali della Corte di giustizia: quali tutele offre il diritto comunitario?", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 329.
- PALLIS Mark, "Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 14 (2002), nn. 2 - 3, pp. 329 – 364.
- PALMIERI Alessandra, "Le migrazioni nel Bacino del Mediterraneo", in *Affari Sociali Internazionali*, vol. 16 (1988), n. 3, pp. 83 – 104.
- PALMISANO Giuseppe (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interni*. Milano: Giuffrè, 2008.
- PALOMBARINI Giovanni - LAMORGESE Antonio, "Diritto di asilo e giurisdizione. La vicenda esemplare di Abdullah Oçalan", in *Questione Giustizia*, 6/1999, pp. 1169 – 1178.
- PANELLA Lina, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- PANELLA Lina, "L'asilo e gli extracomunitari dopo la «legge Martelli»", in *I Diritti dell'Uomo – Cronache e battaglie*, vol. 1 (1990), n.1, pp. 17 – 24.
- PARISI Nicoletta, "Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 14 (2009), n. 3, pp. 653-678.
- PARISI Nicoletta, *Estradizione e diritti dell'uomo: fra diritto internazionale convenzionale e generale*. Milano: Giuffrè, 1993.
- PARRISH Michael J., "Redefining the Refugee: The Universal Declaration of Human Rights As A Basis For Refugee Protection", in *Cardozo Law Review*, vol. 22 (2000), pp. 223 – 267.

- PASTORE Ferruccio, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 81 (1998), n. 4, pp. 968-1021.
- PAULY Alexis, *Les accords de Schengen: abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques?*, Maastricht : European Institut of Public Administration, 1993.
- PEERS Steve, "Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 10 (2008), n. 3, pp. 219 - 248.
- PEERS Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, II ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- PEERS Steve-ROGERS Nicolas (eds.), *EU Immigration and Asylum Law: Texts and Commentaries*. The Hague: M. Nijhoff Publisher, 2006.
- PEERS Steve, "Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 3 (2001), n. 2, pp. 141 - 169.
- PENNETTA Piero, "Politica europea di vicinato e cooperazione regionale", in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, p. 1147 - 1178.
- PENNETTA Piero, "I rapporti dell'Unione Europea con altre organizzazioni regionali", in RISI Cosimo (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, II ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, pp. 163 - 222.
- PENNETTA Piero, "Integrazione europea ed organizzazioni regionali extraeuropee: Modelli e rapporti", in RISI Cosimo (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, pp. 183 - 231.
- PENNETTA Piero, *Le organizzazioni internazionali dei Paesi in via di sviluppo*. Vol. I: *Le organizzazioni economiche regionali africane*. Bari: Cacucci, 1998.
- PÉREZ LEÓN Juan Pablo, "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo", in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 8 (2008), pp. 599 - 642.
- PERLUSS Deborah - HARTMAN Joan, "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm", in *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1986), n. 3, pp. 551 - 626.
- PERRUCHOUD Richard, "L'Organisation internationale pour les migrations", in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 33 (1987), pp. 513 - 539.
- PERTILE Marco, "La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso *Mubilanzila* al caso *Muskhadzhiyeva*", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4 (2010), n. 2, pp. 457- 462.
- PHUONG Catherina, "The Removal of Failed Asylum Seekers", in *Legal Studies*, vol. 25 (2005), n. 1, pp. 117 - 141.
- PHUONG Catherina, "Enlarging 'Fortress Europe': EU Accession, Asylum, and Immigration in Candidate Countries", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), n. 3, pp. 641 - 664.
- PICONE Paolo, "La distinzione tra norme internazionali di *jus cogens* e norme che producono obblighi *erga omnes*", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 91 (2008), n. 1, pp. 5 - 38.
- PINTO Roger, "Les Conventions du 3 Juin 1955 entre la France et la Tunisie", in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 5 (1955), pp. 53 - 66.
- PIOTROWICZ Ryszard, "Bakhtiyari Case: Balance between Asylum Seekers' and States' Rights", in *Australian Law Journal*, vol. 79 (2005), n. 6, pp. 334 - 338.
- PIRJOLA Jari, "Shadows in Paradise -Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 19 (2007), n. 4, pp. 639- 660.
- PISILLO MAZZESCHI Riccardo, "Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, vol. 12 (1999), n. 3, pp. 694- 703.
- PISILLO MAZZESCHI Riccardo, "Flussi di rifugiati e responsabilità dello Stato di origine", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 82 (1999), n. 3, pp. 621 - 646.
- PLENDER Richard, "EU Immigration and Asylum Policy - The Hague Programme and the way forward", in *ERA Forum*, vol. 9 (2008), pp. 301-325.
- PLENDER Richard, "Competence, European Community Law and Nationals of Non-Member States", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), n. 3, pp. 599 -618.
- POCAR Fausto, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*. Padova: CEDAM, 2001.

- POLLICINO Orazio, SCIARABBA Vincenzo, “La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona”, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, n. 1, pp. 101-124.
- PRAKASH SINHA Shah, *Asylum and International Law*. The Hague: M. Nijhoff Publisher, 1971.
- PRAKASH SINHA Shah, “An Anthropocentric View of Asylum in International Law”, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 10 (1971), n. 1, pp. 78-110.
- PRICE Matthew E., “Persecution Complex: Justifying Asylum Law’s Preference for Persecuted People”, in *Harvard International Law Journal*, vol. 47 (2006), n. 2, pp. 413-466.
- PUGASH James Z., *The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue without Refuge*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 18 (1977), pp. 577 – 604.
- PUGH Michael, “Drowning not Waving: Boat People and Humanitarianism at Sea”, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 17 (2004), n. 1, pp. 50 - 69.
- PUMA Giuseppe, “Osservazioni a margine del caso Battisti”, in *La Comunità Internazionale*, vol. 64 (2009), n. 3, pp. 427-437.
- QUADRI Susanna, *Le migrazioni internazionali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- REALE Egidio, “Le droit d’asile”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1938, pp. 473 - 599.
- RESCIGNO Francesca, “Il diritto d’asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e ‘vuoto’ costituzionale”, in *Politica del diritto*, 2004, n. 1, pp. 151-174.
- RICCI Marco, “Asilo, estradizione e terrorismo. Per una Convenzione europea sull’asilo territoriale”, in *Affari Sociali Internazionali*, vol. 10 (1982), n. 4, pp. 69 - 82.
- RICCIO Lorenza, “Sulla provenienza da uno Stato contraente della Convenzione di Ginevra come motivo di denegato ingresso del richiedente asilo”, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 27 (1991), n. 2, pp. 397 - 416.
- RINOLDI Dino (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni. Fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano: Edizioni dell’Università del Sacro Cuore, 2007.
- RISHMAWI Mervet, “The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forwards?”, in *Human Rights Law Review*, vol. 5 (2005), n. 3, pp. 361-376.
- RISI Cosimo (a cura di), *L’azione esterna dell’Unione europea*, II ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.
- ROBINSON Nehemiah, *Convention relating to the status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*. New York: Institute of Jewish Affairs, 1953.
- RODRIGUES Noronha, “A história do direito de asilo no Direito Internacional”, in *Âmbito Jurídico*, vol. 11 (2008), n. 50, pp. 1 – 38.
- ROGERS Nicola, “Immigration and the European Convention on Human Rights”, in *European Human Rights Law Review*, 2003, n. 1, pp. 53 – 64.
- ROGERS Nicola, “Minimum Standards for Reception”, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 3 (2002), pp. 215-230.
- RONZITTI Natalino, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione, Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, Dossier del Servizio Studi e Ricerche del Senato della Repubblica, 2009, n. 108, pp. 1 – 16.
- RONZITTI Natalino, “L’Italia e il diritto d’asilo territoriale: aspetti giuridici e umanitari”, in *Politica internazionale*, vol. 12 (1987), n. 4 pp. 11 - 18.
- ROSSANO Riccardo, “Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo”, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, vol. 43 (2004), n. 2, pp. 371 –382.
- ROSSETTO Jean, “Le droit d’asile en Europe: évolution contemporaine”, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 39 (1993), pp. 919-935.
- ROY CHOWDHURY Subrata, “Response to the Refugee Problems in Post Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 7 (1995), n. 1, pp. 100-118.
- ROZAKIS Christos L., *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1976.
- SALERNO Francesco, “L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo”, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4 (2010), n. 3, pp. 487 – 516.
- SALERNO Margherita, “La protezione internazionale (II): Il cd. Regolamento Dublino”, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2 Luglio 2010, in:

- <www.associazionedeicostituzionalisti.it/vo_cronache/dossier/immigrazione072010/Salerno01.pdf>, pp. 1-10.
- SAPIENZA Rosario, "Il difficile cammino verso una politica comunitaria dell'immigrazione", in *Aggiornamenti Sociali*, vol. 50 (1999), n. 11, pp. 773 -780.
- SAPIENZA Rosario, "Per una migliore protezione dei diritti dei rifugiati", in *Aggiornamenti sociali*, vol. 48 (1997), n. 11, pp. 793 – 806.
- SAPIENZA Rosario, "Armonizzazione", in *Aggiornamenti Sociali*, vol. 57 (2006), n. 12, p. 856 – 859.
- SAROLÉA Sylvie, "La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'éloignement et de détention des étrangers au départ de l'arrêt *Chahal*", in *Revue du droit des étrangers*, vol. 92 (1997), pp. 19-35.
- SAULLE Maria Rita, "L'immigrazione e l'asilo nell'Europa allargata", in *Affari sociali internazionali*, vol. 32 (2004), n. 1, pp. 107 – 122.
- SAULLE Maria Rita, *Asilo, migrazione, lavoro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- SCHABAS William A., "Non-refoulement", in *Expert Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-terrorism*, Final Report, ODIHR.GAL/14/07, Triesenberg, 2007, in: <www.osce.org/documents/odihhr/2007/02/23424_en.pdf>.
- SCHIAVONE Gianfranco, "L'asilo: un diritto negato alle porte d'Europa?", in *Est-Ovest*, vol. 6 (2007), pp. 35 – 51.
- SCHMIDT Peter, "Politique d'asile et d'immigration: approche globale de la question des migrations", in *Etudes Internationales*, vol. 103 (2007), n. 2, pp. 18-20
- SCOTT Casey, "*Saadi v Italy*: Preventing Deportation Under Article 3 and National Security Concerns: The European Court of Human Rights Struggles To Find a Balance, in *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 17 (2009), pp. 601 – 615.
- SCUTERI Nicola, *The Dublin Convention and Its Effects on Asylum Seekers in Europe*. Adelshort: Ashgate, 2006.
- SÉGUR Philippe, *La crise du droit d'asile*. Paris: Presses Universitaire de France, 1998.
- SHAH Prakash(ed.), *The Challenge of Asylum to Legal Systems*. London: Cavendish, 2005.
- SIDORENKO-FERGUSON Olga, *The Common European Asylum System: Background, Current State of Affairs, Future Direction*. The Hague: Asser Press, 2007.
- SIDORENKO-FERGUSON Olga, "The European Union Immigration and Asylum Law in the Light of International Security Concerns", in *Ius Gentium*, vol. 10 (2004), pp 163 - 178.
- SIMPSON Gerald, "Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam", in *European Public Law*, vol. 5 (1999), n. 1, pp. 91 – 124.
- SINAGRA Augusto, BARGIACCHI Paolo, *Lezioni di Diritto internazionale pubblico*. Milano: Giuffrè, 2009.
- SITAROPOULOS Nicholas, "Refugee: a Legal Definition in Search of a Principled Interpretation by Domestic For a", in *Revue hellénique du droit international*, vol. 52 (1999), pp. 151 – 190.
- SKOGLUND Lena, "Diplomatic Assurances Against Torture- An effective Strategy? A Review of Jurisprudence and Examination of the Arguments", in *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2004), n. 4, pp. 319-364.
- SKORDAS Achilles – SITAROPOULOS Nicholas, "Why Greece is not a Safe Host Country for Refugees", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 16 (2004), n. 1, pp. 25 - 52.
- SLAUGHTER Anne Marie, "Sovereignty and Power in a Networked World Order", in *Stanford Journal of International Law*, vol. 40 (2004), n. 2, pp. 283 – 328.
- SLOANE Robert D., "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", in *Harvard International Law Journal*, vol. 50 (2009), n. 1, pp. 1– 59.
- SLOT Piet Jan - BULTERMAN Mielle, "Harmonization of Legislation on Migrating EU Citizens and Third Country Nationals: Towards a Uniform Evaluation Framework", in *Fordham International Law Journal*, vol. 29 (2005-2006), pp. 747 – 789.
- SLOT Piet Jan, "Harmonisation of Law", in *European Law Review*, vol. 21 (1996), pp. 378-397.
- SOLOMON Hussein, "Protecting refugee rights - Getting serious about terminology", in *African Human Rights Law Journal*, vol. 2 (2002), n. 1, pp. 60-67.
- SONNINO Simonetta, CARCIOTTO Sergio, *Violenza domestica e diritto d'asilo*, in *Gli Stranieri*, vol. 13 (2006), n. 3, pp. 223-229.

- SPATTI Monica, “La disciplina comunitaria relativa all’allontanamento dei richiedenti asilo verso ‘Paesi sicuri’”, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007, n. 1, pp. 217 – 243.
- SPATTI Monica, “Prime riflessioni sul diritto d’asilo in Italia alla luce del respingimento della famiglia Al-Sakhri”, in *La Comunità internazionale*, vol. 59 (2004), n. 1, pp. 119 - 129.
- SPIJKERBOER Thomas (ed.), *The European Court of Human Rights and Immigration: Limits and Possibilities*, numero speciale dell’*European Journal of Migration and Law*, 2009, n. 3.
- SPIJKERBOER Thomas, “Subsidiarity and ‘Arguability’: the European Court of Human Rights’ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 21 (2009), n. 1, pp. 48 -74.
- STAFFANS Ida, “Convergence and Mutual Recognition in European Asylum Law”, in *Jus Gentium*, vol. 14 (2008), pp. 149 – 166.
- STAPLES Helen, *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*. The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2003.
- STEFANINI Patrick- DOUBLET Frédérique, “Le droit d’asile en Europe: la convention relative à la détermination de l’État responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée auprès d’un Etat membre des communautés européennes”, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 1991, n. 347, pp. 391-399.
- STEINBOCK Daniel J., “Interpreting the Refugee Definition”, in *UCLA Law Review*, vol. 45 (1997-1998), pp. 733-816.
- STOREY H., “EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 20 (2008) n. 1, pp. 1-49.
- STOYANOVA Vladislava, “The principle of *non-refoulement* and the right of asylum-seekers to enter state territory”, in *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 3 (2008-2009), n. 1, pp. 1 – 11.
- SZTUCKI Jerzy, “The Conclusion on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 1 (1989), n. 1, pp. 285-318.
- TAGUM FOMBENO Henri-Joël, “Réflexions sur la question des réfugiés en Afrique”, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2003, n. 57, pp. 245 – 274.
- TAKKENBERG Alex - TAHBAZ Christopher C. (eds.), *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees*. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1988.
- TANCREDI Antonello, “Assicurazioni diplomatiche e divieto ‘assoluto’ di *refoulement* alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani”, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4 (2010), n. 2, pp. 41 – 64.
- TEITGEN-COLLY Catherine, “The European Union and Asylum: an Illusion of Protection”, in *Common Market Law Review*, vol. 43 (2006), n. 5, pp. 1503 – 1566.
- TERRASI Alfredo, “I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione Europea dei diritti umani”, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 3 (2009), n. 3, pp. 591 – 607.
- THIRD COLLOQUIUM ON CHALLENGES IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW, *The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear*, University of Michigan Law School, Ann Arbor, Michigan, USA, 26-28 Marzo 2004, disponibile in: <http://www.refugeecaselaw.org/documents/Well-Founded_Fear.pdf>.
- TIBURCIO Carmen, *The Human Rights of Alien under International and Comparative Law*. The Hague: M. Nijhoff Publisher, 2001.
- TIZZANO Antonio, “La personalità internazionale dell’Unione europea”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, vol. 2 (1998), nn. 2-3, pp. 377-406.
- TIZZANO Antonio, “Brevi note sul Terzo Pilastro del Trattato di Maastricht”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, vol. 1 (1996), n. 2, pp. 391 – 403.
- TOUSSAINT Mascia, “Eurodac: un système informatisé européen de comparaison des empreintes digitales des demandeurs d’asile”, in *Revue du Marché Commun et de l’Union européenne*, 1999, n. 429, pp. 421-425.
- TREVES Tullio, *Diritto internazionale - Problemi fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2005.
- TREVISANUT Seline, “Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare”, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 3 (2009), n. 3, pp. 609 – 620.

- TREVISANUT Seline, "The Principle of *Non-refoulement* at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection", in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 12 (2008), pp. 205-246.
- TREVISANUT Seline, "Le Cap Anamur: Profils de droit International et de droit de la mer", in *Annuaire de Droit de la Mer*, 2004, pp. 49-64.
- TRICHE NAUMIK Alicia, "International Law and Detention of US Asylum Seekers: Contrasting Matter of D-J- with the United Nations Refugee Convention", in *International Journal of Refugee Law*, vol. 19 (2008), n. 4, pp. 661 - 702.
- TRIGGIANI Ennio (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010.
- TRIGGS Gillian D, *International Law: Contemporary Principles and Practices*. Australia: Butterworths, 2007.
- TRIONE Filiberto, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario: dal silenzio dei trattati alla Carta di Nizza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2004.
- TÜRK Volker "Reflections on Asylum and Islam", in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27 (2008), n. 2, pp. 7 - 14.
- UDINA Manlio, "Asilo (diritto di) I Diritto Internazionale", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1988, pp. 1- 25.
- UDINA Manlio, "L'asilo territoriale nell'ambito delle Comunità Europee", in *Rivista di Diritto Europeo*, 1974, pp. 5 - 12.
- UDINA Manlio, "Asilo politico territoriale e diritti dell'uomo", in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, vol. VI, *Diritto Pubblico, Storia, Teoria generale*. Napoli: Jovene, 1972, pp. 947-954.
- UDINA Manlio, "La protezione internazionale dei rifugiati e degli apolidi", in *La Comunità internazionale*, vol. 25 (1970), n. 3, pp. 524-543.
- UDINA Manlio, "La Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale", in *La Comunità internazionale*, vol. 23 (1968), n. 2, pp. 293-300.
- UDINA Manlio, "L'asilo politico territoriale nel diritto internazionale e secondo la Costituzione italiana", in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 21 (1967), n. 3, pp. 258- 272.
- UNHCR *Master Glossary of Terms*, 2006, Rev.1, disponibile in: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42ce7d444.html>>.
- URQUIDI CARILLO Juan Enrique, "Consideraciones Históricas en Torno al Asilo", in *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 13 (1981), Tomo II, pp. 877 - 888.
- VAN KRIEKEN Peter J. (ed.), *The Asylum Acquis Handbook - The Foundation for a Common European Asylum Policy*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000.
- VASSALLO PALEOLOGO Fulvio, "Il caso Cap Anamur: assolto l'intervento umanitario", in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 12 (2010), n. 2, pp. 87 - 100.
- VASSALLO PALEOLOGO Fulvio, "Fra obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. 8 (2007), n. 3, pp. 13 - 32.
- VASSALLO PALEOLOGO Fulvio, "Allontanamento forzato degli immigrati e diritti fondamentali della persona: quando i diritti umani diventano un ostacolo per le politiche migratorie", in BURGIO Alberto (a cura di), *La forza e il diritto. Sul conflitto tra politica e giustizia*. Roma: Derive Approdi, 2003.
- VEDSTED-HANSEN Jens, "Common EU Standards on Asylum - Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?", in *European Journal of Migration and Law*, vol. 7 (2005), pp. 369 - 376.
- VEZZANI Simone, "Pacta sunt servanda? La sentenza della Corte di giustizia nell'affare Intertanko (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio", in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 4 (2009), n.1, pp. 233-252.
- VIBEKEN EGGI Ann, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*. The Hague: M. Nijhoff Publisher, 2002.
- VILJOEN Frans, *International Human Rights Law in Africa*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- VILLANI Ugo, "I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 9 (2004), n. 1, pp. 73 - 116.

- VITTA Edoardo, "Asilo territoriale e diritti dell'uomo", in *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. 1. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 597 – 602.
- VOHRA Shyla, "Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers", in CHOLEWINSKI Ryszard - PERRUCHOUD Richard - MACDONALD Euan (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- VRELLIS Spyridon, "Le traitement des déboutés du droit d'asile. Regards comparatifs", in VENTURINI Gabriella, BARIATTI Stefania (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, vol. I: *Diritti individuali e giustizia internazionale*. Milano: Giuffrè 2009, pp. 985 – 1004.
- WALKER Neil (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- WEYEMBERGH Anne, BRIBOSIA Emmanuelle, "Le citoyen européen privé du droit d'asile?", in *Journal des Tribunaux – Droit Européen*, vol. 6 (1997), pp. 204 – 208.
- WEINZIERL Ruth - LISSON Urszula, *Border Management and Human Rights. A study of EU Law and the Law of the Sea*. German Institute for Human Rights, Berlin, December 2007, in: <http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Law-of-the-seas-study-2008.pdf>.
- WEISS Peter (ed.), *The Refugee Convention, 1951, the Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- WEISS Peter, "The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum", in *British Yearbook of International Law*, 1979, pp. 151 -171.
- WEISS Peter, "The Convention on the Organisation of African Unity Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa", in *Human Rights Journal*, vol. 3 (1970), n. 3, pp. 3-70.
- WEISS Peter, "The United Nations Declaration on Territorial Asylum", in *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1969), n. 4, pp. 92-149.
- WEISSBRODT David, *The Human Rights of Non-citizens*. New York, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- WHITTAKER David J., *Asylum Seekers and Refugees in the Contemporary World*. London: Routledge, 2006.
- WIEBRINGHAUS Hans, "Le droit d'asile en Europe", in *Annuaire français de droit international*, vol. 13 (1967), pp. 566- 580.
- WIEDERKEHR Marie-Odile, "L'Œuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de l'asile et des réfugiés", in *Droit d'asile et des réfugiés*, Actes du xxx^e Colloque (Caen) de la Société Française pour le Droit International (SFDI). Paris : Editions Pédone, 1997, pp. 197-216.
- WIHTOL DE WENDEN Catherine, "Les migrations dans le cadre du Partenariat Euroméditerranéenne", in *Etudes Internationales*, vol. 103 (2007), n. 2, pp. 35 – 42.
- WOUTERS Cornelis W., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement : a Legal Analysis on the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the Convention Against Torture*. Portland: Intersentia, 2009.
- YLI-VAKKURI Laura, "Building upon the Schengen Acquis", in *ERA-Forum*, vol. 2 (2001), n. 2, pp. 53-56.
- ZAGATO Lauso (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*. Padova: CEDAM, 2006.
- ZAGATO Lauso, "L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani", in *Deportate, esuli, profughe - Rivista telematica di studi sulla memoria femminile*, vol. 5-6 (2006), pp. 137-156.
- ZANGHÌ Claudio – PANELLA Lina (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*. Torino: Giappichelli, 2010.
- ZANGHÌ Claudio, "La nuova Carta araba dei diritti dell'uomo", in VENTURINI Gabriella, BARIATTI Stefania (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, vol. I: *Diritti individuali e giustizia internazionale*. Milano: Giuffrè, 2009, vol. I, pp. 1005 – 1022.
- ZANGHÌ Claudio, "Le relazioni esterne dell'Unione europea: il partenariato euro mediterraneo", in RAVASI Guido (ed.), in *L'Unione Europea. Politiche comunitarie, opinione pubblica e società civile*. Milano: Edizioni Nagard, 2007, pp. 259 – 270.
- ZANGHÌ Claudio, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*. Torino: Giappichelli, 2006.

-
- ZANGHÌ Claudio - BEN ACHOUR Rafaâ (sous la dir.), *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme. Dialogue italo-arabe*, Actes de la Table Ronde Italo-arabe du 17-18 Décembre 2004 (Messina). Torino: Giappichelli, 2005.
- ZANGHÌ Claudio - PANELLA Lina (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*. Torino: Giappichelli, 2004.
- ZANGHÌ Claudio (a cura di), *Immigrati e Rifugiati nel Mediterraneo*. Torino: Giappichelli, 2001.
- ZILBERSHATS Yaffa, *The Human Right to Citizenship*. New York: Transnational Publishers, 2002.
- ZIOTTI Paolo, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*. Padova: CEDAM, 2007.
- ZIMMERMANN Andreas, "Comparative Law of Asylum and Immigration in Europe", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV*, vol. 54 (1994), n. 2, pp. 555-567.
- ZORZI GIUSTINIANI Flavia, "Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di Giustizia si pronuncia sulla c.d. direttiva qualifiche", in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 4 (2009), n. 3, pp. 779 - 803.
- ZWAAN Karin (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and implementation in Selected Member States*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007.
- ZWAAN Karin, *UNHCR and European Asylum Law*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005.