



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di laurea in Giurisprudenza

Non-refoulement e “Sistema Dublino”

Relatore

Prof. Antonio M. Calamia

Candidato

Giuliana Marino

A.A. 2013/2014

Comprendre, ce n'est pas chercher
dans ce qui nous est étranger la
projection de nous-mêmes et de
nos désirs. C'est chercher à
expliquer ce qui s'oppose à nous.
Le différent, l'inattendu, l'antagonique,
voilà les pierres de touche
de l'acte de compréhension.¹

Miguel Torga

¹ *Portugal*, traduction française de Claire Cayron 1988.

Introduzione pag. 8

CAPITOLO I

“La tutela dello straniero dal ‘refoulement’ nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”

1.1 Diritto internazionale dei rifugiati e diritto internazionale dei diritti umani: differenze e punti di contatto pag. 11

1.2 L’origine del principio di *non-refoulement*: da regola convenzionale a regola di diritto internazionale consuetudinario pag. 14

1.3 Il principio di *non-refoulement* nell’articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: la sentenza Soering e l’affermazione della protezione “*par ricochet*” pag. 19

1.4 La nozione di trattamento inumano e degradante nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell’uomo e il rapporto con la nozione di rifugiato nella Convenzione di Ginevra pag. 27

1.5 I limiti al principio di *non-refoulement* e il carattere assoluto dell’articolo 3 pag. 33

1.6 La “*soglia*” Soering: i limiti alle violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo ai quali si applica il principio di *non-refoulement* pag. 39

- 1.7 La natura della misura dalla quale discende la responsabilità dello Stato e le misure provvisorie della Corte e della Commissione pag. 44
- 1.8 La natura “*reale*” del rischio di essere sottoposto a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti pag. 49
- 1.9 La situazione personale del ricorrente, la sua credibilità e la circostanza dell’appartenenza ad una minoranza pag. 52
- 1.10 L’evoluzione giurisprudenziale in merito alle condizioni del paese di rinvio pag.58
- 1.11 L’espulsione verso uno Stato membro del Consiglio d’Europa pag. 67
- 1.12 Il rinvio verso un “*paese terzo sicuro*” pag. 71
- 1.13 La violazione dell’articolo 3 da parte di privati: la sentenza H.L.R. c. Francia pag. 73
- 1.14 Il divieto di respingimento alla frontiera e l’affermazione del divieto di respingimento in alto mare: la sentenza Hirsi Jamaa e altri contro Italia pag. 79
- 1.15 Considerazioni conclusive sulla rilevanza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella tutela dal *refoulement* pag. 86

CAPITOLO II

“Il diritto d’asilo nell’Unione Europea: il ‘Sistema Dublino’ e il recente Regolamento ‘Dublino III’ ”

- 2.1 Il diritto d’asilo: brevi cenni introduttivi pag. 89
- 2.2 Il diritto d’asilo nell’Unione Europea: dalla cooperazione intergovernativa all’attribuzione della competenza nei trattati pag. 93
- 2.3 Il diritto comunitario derivato in materia di asilo: quadro generale pag. 109
- 2.4 Le origini del “*Sistema Dublino*”: la Convenzione sui criteri per la determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo pag. 113
- 2.5 Il Regolamento “*Dublino II*” pag. 121
- 2.6 Il fallimento del “*Sistema Dublino*” pag. 126
- 2.7 La riforma del Regolamento 343/2003: il Regolamento “*Dublino III*” pag. 134
- 2.8 Le criticità non risolte dal Regolamento “*Dublino III*” pag. 145

CAPITOLO III

“La compatibilità del ‘Sistema Dublino’ rispetto all’articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”

3.1 Le fonti del diritto internazionale a tutela dei diritti dei richiedenti asilo vincolanti per l’Unione Europea e gli Stati membri: il principio di *non-refoulement* ex articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo pag. 148

3.2 La “*mutua fiducia*” e il tentato abbandono della presunzione degli Stati membri come “*paesi sicuri*”: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia pag. 153

3.3 Il caso M.S.S. contro Belgio e Grecia pag. 164

3.4 La “*clausola di sovranità*” secondo la Corte europea e nella prassi degli Stati membri pag. 172

3.5 La Corte di Giustizia dell’Unione Europea e il “*Sistema Dublino*”: il caso N.S. ed M.E. ed altri e la giurisprudenza successiva pag. 177

3.6 L’accertamento della situazione di carenza sistemica nello Stato di destinazione e il rapporto tra le due Corti pag. 183

3.7 La compatibilità del nuovo regolamento “*Dublino III*” rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo pag. 188

3.8 Prospettive di riforma e conclusioni

pag. 193

Bibliografia

pag. 196

Introduzione

La condizione dello “straniero” ha sempre costituito lo spunto di riflessioni in differenti campi del sapere umano e, specialmente in quello giuridico, nel contesto dello studio del diritto internazionale.

Se tale nozione si può considerare priva di un contenuto di valore e a carattere essenzialmente relativo, dal momento che si limita ad indicare colui che è privo della cittadinanza dello Stato nel quale si trova, quella di rifugiato, e ancor prima, di richiedente asilo, rappresenta una costruzione giuridica volta a comprendere, tra gli stranieri, quelli che maggiormente necessitano di protezione, essendo privi di quella sulla quale ciascun cittadino dovrebbe poter fare affidamento e cioè la protezione dello Stato di origine.

In una realtà in cui le ragioni per le quali fuggire, soprattutto, da determinate zone del pianeta tendono a moltiplicarsi e gli equilibri globali ad essere sempre meno stabili, il fenomeno degli spostamenti migratori forzati è divenuto sempre più frequente e motivo di interesse ed attenzione da parte di numerosi studiosi.

Il rifugiato, non più soltanto quello tradizionalmente “politico”, ma anche “umanitario”, che per decenni è stato beneficiario di una protezione specifica e mirata, ha iniziato ad essere concepito sempre più nella sua dimensione umana, tanto da poter affermare che lo studio della tutela ad esso garantita sia trasmigrata nel campo del diritto internazionale dei diritti umani.

Nel tentativo di valorizzare questo profilo, nel primo capitolo, si cercherà di delineare il percorso che ha condotto all’affermazione nonché all’estensione del campo di applicazione del principio che costituisce

storicamente un pilastro della protezione dei rifugiati, il principio di *non-refoulement*, all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale rappresenta attualmente uno degli strumenti più efficienti nella tutela dei diritti umani.

Verranno affrontati gli aspetti ritenuti più significativi dell'evoluzione giurisprudenziale che ha portato la Corte di Strasburgo a ricondurre il suddetto principio nel contesto dell'articolo 3 e a definirne successivamente il contenuto e la portata.

Nel prendere poi atto dell'attualità della tematica in esame nel contesto dell'Unione Europea, sempre più significativamente messa alla prova nella gestione dei flussi di migranti provenienti dalle zone più povere e disagiate del pianeta, potrà essere utile fornire un quadro di come si sia affermata la disciplina dell'asilo nel contesto europeo, scegliendo tuttavia di soffermarsi su uno degli strumenti comunitari più contestati, il regolamento "*Dublino II*" di cui verranno ricostruite le origini nonché le successive e recenti evoluzioni.

Proprio il meccanismo alla base del funzionamento di tale normativa, esponendo gli Stati membri al rischio di violazione del principio di *non-refoulement*, che essi sono tenuti a rispettare avendo tutti ratificato la Convenzione europea, e al quale l'Unione stessa è vincolata in base ad una serie di norme contenute nei trattati, costituirà il filo conduttore dell'intero elaborato nonché il nesso tra il primo e il secondo capitolo.

Nell'ultimo capitolo, verrà ricostruita la giurisprudenza recente della Corte di Strasburgo, relativa alla compatibilità dei comportamenti tenuti dagli Stati membri dell'Unione in attuazione del regolamento "*Dublino*" rispetto ai principi sanciti nella Convenzione, e quindi indirettamente all'osservanza da parte della normativa europea degli standards di tutela

dei diritti umani imposti nel contesto del Consiglio d'Europa, immaginando inoltre, in assenza ancora di pronunce sul punto, quale possa essere l'impatto dell'adozione del nuovo regolamento "*Dublino III*".

Nel fare questo si procederà, seguendo le orme di chi ha fornito importanti contributi in tale campo, alla parallela individuazione della giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia e della sua necessaria interazione con quella della Corte di Strasburgo.

La tematica del rispetto del principio di *non-refoulement* nel contesto del "*Sistema Dublino*", espressione con cui si indica l'insieme di atti normativi dell'Unione contenenti le regole per l'attribuzione della competenza ad esaminare una domanda di asilo, è sembrata emblematica di una difficoltà più generale dell'Unione Europea a pervenire ad un'effettiva armonizzazione giuridica, soprattutto nei settori più delicati e tradizionalmente di esclusivo appannaggio della sovranità statale, che tuttavia in alcuni ambiti, come quello della gestione dei richiedenti asilo, si traduce in una pesante lacuna nella tutela dei diritti fondamentali.

L'attenzione infine posta al ruolo della giurisprudenza europea nel determinare le linee guida in materia è espressione della rilevata centralità del ruolo degli organi giurisdizionali nel promuovere ed incentivare il rispetto e la tutela dei diritti umani, sostituendo, quando possibile, e comunque spesso anticipando la positiva affermazione degli stessi.

CAPITOLO I

“La tutela dello straniero dal ‘refoulement’ nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”

1.1 Diritto internazionale dei rifugiati e diritto internazionale dei diritti umani: differenze e punti di contatto

Diritto internazionale dei rifugiati e diritto internazionale dei diritti umani costituiscono tradizionalmente due autonome branche del diritto internazionale.²

Al centro dello studio del primo si colloca la figura del “*rifugiato*” il quale viene prevalentemente identificato non in quanto uomo ma come straniero privo della protezione del proprio Stato d’origine; proprio tale particolare condizione di debolezza è quella che ha portato alla necessità di

² Si veda sul punto Chetail V. “*Le droit des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ed dégradants*” in *Revue belge de droit international* 2004/1, p. 156 e ss. e dello stesso autore “*Are refugee rights human rights? An unorthodox questioning of the relations between refugee law and human rights law*” in *Human rights and immigration, collected courses of the Academy of European Law a cura di Rubio-Marin* 2014, p. 33 e ss.

riconoscere un'apposita tutela istituita dalla Convenzione di Ginevra del 1951.³

Il diritto internazionale dei diritti dell'uomo, invece, si fonda sull'idea di assicurare una tutela alla persona umana prescindendo da logiche di differenziazione: non esiste in tale ambito la dicotomia tra straniero e cittadino ma esiste l'uomo e la necessità di garantire il rispetto dei suoi diritti fondamentali.

Se, quindi, i diritti dell'uomo devono essere considerati applicabili senza limitazione alcuna, i benefici che discendono dalla qualificazione di rifugiato costituiscono privilegi attribuibili soltanto a soggetti rientranti in una specifica categoria predeterminata.

Il diritto internazionale dei rifugiati si caratterizza ulteriormente per il fatto di fondarsi sulla costruzione di una protezione sostitutiva rispetto a quella dello Stato d'origine del soggetto, quando questi abbia fallito nell'adempiere la sua funzione di tutela dei propri cittadini.

Nonostante tali differenze sostanziali, si è configurata nel tempo una sempre maggiore relazione tra i due ambiti, inizialmente soltanto in una logica di implicazione causale per cui proprio la violazione dei diritti

³ La Convenzione di Ginevra del 1951 è stata elaborata nel contesto delle Nazioni Unite e costituisce lo strumento più importante a livello internazionale per la protezione dei rifugiati.

Nelle intenzioni originarie, avrebbe dovuto avere un'operatività limitata in quanto il fenomeno disciplinato era ritenuto di natura temporanea, per tale ragione furono posti limiti temporali alla qualificazione di rifugiato: tale status sarebbe potuto essere acquisito solo in conseguenza di avvenimenti anteriori al primo gennaio 1951, agli Stati inoltre era data la possibilità di porre anche un limite di natura geografica, restringendo la tutela ai soli rifugiati europei.

In seguito alla constatazione della persistenza del fenomeno, la Convenzione fu emendata da un protocollo del 1967 che ha portato al superamento dei suddetti limiti.

Attualmente gli Stati membri della Convenzione sono 141.

dell'uomo sarebbe la causa primaria dell'emersione di una categoria di soggetti qualificabili come “*rifugiati*”, per arrivare all'affermarsi dell'idea secondo la quale il diritto internazionale dei diritti umani, oggi, rappresenterebbe la fonte primaria della protezione dei rifugiati, con la conseguenza di confinare ad un ruolo meramente secondario la Convenzione di Ginevra.⁴

La dimostrazione maggiormente significativa di tale sempre crescente interazione tra questi due settori del diritto internazionale, è data dal principio di *non-refoulement*.

Si tratta del principio di cui si trova la sua classica formulazione nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra:

*“Nessuno Stato contraente potrà espellere o respingere (refouler) - in nessun modo -un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche.”*⁵

Nato, infatti, come principio-cardine del diritto dei rifugiati costituisce oggi una componente essenziale della protezione dei diritti dell'uomo come dimostra il fatto che sia stato ribadito in una pluralità di trattati, per arrivare infine ad essere considerato una norma di diritto consuetudinario.

La più significativa affermazione, però, del principio di *non-refoulement* nel contesto della tutela dei diritti umani, si deve all'operato della

⁴ Si veda Chetail V. “*Are refugee rights human rights? An unorthodox questioning of the relations between refugee law and human rights law*”, cit., p. 19 e ss.

⁵ Nella versione inglese si legge “*No Contracting State shall expell 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.*”

Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶, le quali hanno ricavato tale divieto dal testo dell'articolo 3⁷ della Convenzione, relativo alla proibizione della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti: in base a tale interpretazione, la presente norma includerebbe quindi il divieto per gli Stati parte della Convenzione di rinviare lo straniero verso un territorio nel quale rischi di subire la tortura o una pena o un trattamento inumano o degradante.

1.2 L'origine del principio di non-refoulement: da regola convenzionale a regola di diritto internazionale consuetudinario

Il principio di *non-refoulement* affonda le sue radici nei trattati sull'estradizione del XIX secolo ed è stato per la prima volta formulato espressamente in una Convenzione sullo status internazionale dei rifugiati del 1933.⁸

Nonostante abbia quindi origini risalenti, la sua espressione maggiormente significativa è stata per molto tempo considerata quella contenuta nella Convenzione di Ginevra nell'ambito del diritto dei rifugiati.

A partire da quel momento però, tale regola è stata riaffermata in diversi trattati sia a livello regionale che universale e il suo contenuto ha subito

⁶ Si tratta degli organi istituiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa.

⁷ "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti."

⁸ Chetail V. "Are refugee rights human rights? An unorthodox questioning of the relations between refugee law and human rights law", cit., p. 29.

una significativa evoluzione ed un notevole ampliamento tanto da non poter più essere identificato esclusivamente con quello dell'articolo 33.

In particolare è oggi opinione comunemente accettata⁹ quella secondo la quale il principio in esame costituisce una regola di diritto consuetudinario, vincolante quindi, non solo per gli Stati parte delle convenzioni nelle quali è esplicitamente affermato, ma per tutti gli Stati della comunità internazionale.¹⁰

La circostanza che tale principio sia stato ribadito, dopo la Convenzione di Ginevra, in una molteplicità di trattati come ad esempio la Convenzione Americana sui diritti dell'uomo del 1969¹¹, la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984¹² e la Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità africana sui

⁹ Si deve notare, tuttavia, come alcuni commentatori rifiutino la natura consuetudinaria del principio di *non-refoulement*.

Hathaway, in considerazione della prassi esistente tra gli Stati, ritiene di poter affermare che l'unica norma di diritto consuetudinario esistente sia la libertà da sistematiche discriminazioni razziali, in *"The rights of refugees in international law"*, 2005.

¹⁰ Si veda sul punto Goodwin-Gill G. S. e McAdam J. *"The refugee in international law"* 2007, p. 345 e ss.

¹¹ L'articolo 22 prevede che *"in no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, religion, social status, or political opinions."*

¹² Nel paragrafo 1 dell'articolo 3 si legge *"No State Party shall expell, 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."*

rifugiati del 1969¹³, non soltanto non rappresenta un impedimento all'affermazione della natura consuetudinaria dello stesso, essendo generalmente riconosciuta la possibilità della coesistenza di una norma a livello convenzionale e consuetudinario, ma ne ha piuttosto influenzato l'apparizione.¹⁴

Gli elementi in forza dei quali attualmente si ritiene di poter fare rientrare tale principio nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario sono stati individuati dalla Corte internazionale di Giustizia, in particolare nei casi “*North sea continental shelf*”¹⁵ e “*Nicaragua*”¹⁶: si tratta, in primis, della natura vincolante di tale principio nell'ambito delle convenzioni nelle quali è affermato, dell'ampia partecipazione a tali convenzioni di Stati i quali sono particolarmente coinvolti da tale problematica ed infine

¹³ Il paragrafo 3 dell'articolo 2 prevede che “*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...*”

¹⁴ Si veda Lauterpacht E. e Bethlehem D. “*The scope and the content of the principle of non-refoulement: opinion*” in Refworld online all'indirizzo <http://www.refworld.org/pdfid/470a33af0.pdf> 2001, pag 140 e ss. e Lenzerini F. “*Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*” in Rivista di diritto internazionale 3/2012, pag. 724 e ss.

¹⁵ Il caso riguardava la delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord e vedeva la Repubblica Federale di Germania contrapporsi a Danimarca e Paesi Bassi; la sentenza fu emessa il 20 febbraio del 1969.

¹⁶ Tale caso riguardava le attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua da parte degli Stati Uniti e la sentenza fu emessa il 27 giugno 1986.

di una prassi statale tendenzialmente uniforme e coerente al contenuto di tale regola.¹⁷

Anche nell'ambito dell'affermazione della natura consuetudinaria del principio di *non-refoulement* è però opportuno differenziarne la portata a seconda che operi nell'ambito del diritto dei rifugiati o nell'ambito dei diritti umani: si può infatti affermare che, mentre nel primo caso il suo contenuto non è poi differente da quanto ricavabile dalla tradizionale formulazione della Convenzione di Ginevra, nell'ambito della tutela dei diritti umani esso è stato configurato come una declinazione del già consolidato principio di *jus cogens* che vieta la tortura e trattamenti inumani o degradanti.

Tale relazione è stata in particolare individuata dagli organi di controllo di alcuni trattati sui diritti umani la cui giurisprudenza ha assunto una significativa rilevanza soprattutto in ragione del fatto che nella maggior parte dei casi tali trattati non contengono alcun riferimento esplicito al principio di *non refoulement*.

La giurisprudenza che ha dato il contributo più significativo in tal senso è sicuramente quella della Corte di Strasburgo, il cui ragionamento è stato poi condiviso dal Comitato dei diritti umani con riferimento al Patto sui diritti civili e politici.

Un ulteriore aspetto a cui è possibile solo accennare in questa sede, in quanto sarà più diffusamente trattato in relazione ai limiti del principio di *non-refoulement*, riguarda la questione se si possa considerare attualmente un principio di *jus cogens*.

¹⁷ Sul punto Lauterpacht E. e Bethlehem D. "*The scope and the content of the principle of non-refoulement: opinion*", cit., p. 141 e ss.

I fattori tradizionalmente considerati per valutare la natura cogente o meno di una norma, sono l'accettazione della stessa da parte dell'intera comunità di Stati e il riconoscimento della sua natura inderogabile.

Sul punto non si può dire che vi sia un orientamento uniforme ma vi sono degli elementi in forza dei quali si potrebbe valorizzare la tesi di chi riconosce la natura cogente di tale principio.

Di particolare significato sono le conclusioni¹⁸ adottate dal comitato esecutivo dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati e la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984¹⁹, nei quali è contenuta l'affermazione della natura cogente del principio di *non-refoulement* e della sua assoluta non derogabilità.²⁰

¹⁸ In particolare il riferimento è a tre conclusioni: la numero 25 del 1982 in cui gli Stati stabilirono che il principio di *non-refoulement* “*was progressively acquiring the character of peremptory rule of international law*”, la numero 55 del 1989 nella quale si legge che gli Stati erano obbligati ad astenersi “*from taking such measures and in particular from returning or expelling refugees contrary to fundamental prohibitions against these practices*” e infine la numero 79 del 1996 in cui nello specifico il comitato ha affermato che il “*principle of non-refoulement is not subject to derogation.*”

¹⁹ In tale dichiarazione si afferma che il principio di *non-refoulement* “*is imperative in regard to refugees and in the present state of international law should be acknowledged and observed as rule of jus cogens.*”

²⁰ Si veda, oltre ai contributi precitati, Allain J. “*The jus cogens nature of non-refoulement*” in *International journal of refugee law* 2002, p. 538 e ss.

1.3 Il principio di non-refoulement nell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la sentenza Soering e l'affermazione della protezione "par ricochet"

Nel processo di estensione della portata del principio di *non-refoulement*, come già anticipato, ha avuto un ruolo centrale la giurisprudenza della Corte di Strasburgo preceduta da diversi interventi in materia da parte della Commissione.

Nonostante l'assenza infatti di qualsiasi disposizione relativa all'asilo e all'espulsione, la Commissione prima, nel 1961²¹, e la Corte poi, hanno affermato che l'articolo 3 della Convenzione include il divieto per gli Stati contraenti di rinviare uno straniero, rientrante nella loro giurisdizione, verso un territorio nel quale rischi di subire la tortura o una pena o un trattamento inumano o degradante.²²

In tal caso, infatti, la violazione dell'articolo 3 sarebbe concretamente commessa dallo Stato terzo ma lo Stato parte della Convenzione verrebbe a qualificarsi come "*complice*" proprio a causa dell'adozione della misura di rinvio.

²¹ Il riferimento è al caso P. contro Belgio deciso il 29 maggio 1961, ricorso n°984/1961.

²² Chetail V. "*Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ed dégradants*", cit., p. 156 e ss.

La dottrina ha in seguito elaborato il concetto di protezione “*par ricochet*”²³ per indicare il fatto che, in forza di tale giurisprudenza evolutiva, è possibile avvalersi di diritti non garantiti esplicitamente dalla Convenzione ma che beneficiano della sua indiretta protezione per attrazione ad un altro diritto garantito.

Il legame così instaurato per la prima volta tra il principio di *non-refoulement* e il divieto di tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti sarà ribadito dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell’uomo in relazione all’articolo 7 del Patto sui diritti civili e politici, e inoltre nell’ambito della Convenzione contro la tortura e i trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984.

Tuttavia, il ruolo svolto dalla giurisprudenza europea, rimane centrale specialmente in ragione dell’efficacia del meccanismo di controllo instaurato dalla Convenzione di Roma del 1950, il quale consente (almeno potenzialmente) di dare tutela piena ed effettiva al diritto dello straniero a non essere espulso in determinate circostanze.

Ai fini della ricostruzione del ragionamento degli organi di Strasburgo, per quanto riguarda la Commissione è utile fare riferimento al caso Kirkwood contro Regno Unito del 1984²⁴ nel quale, per giustificare tale lettura estensiva, si è fatto riferimento alla formulazione molto ampia dell’articolo 3 e al suo collegamento con l’articolo 1 che impone agli Stati

²³ L’elaborazione di tale formula si deve principalmente a Cohen Jonathan G. in “*La Convention européenne des droits de l’homme*” del 1989 e a Sudre F. in “*La notion de ‘peines et traitements inhumains ou dégradants’ dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*” in *Revue générale de droit international public* 1984, p. 856 e pp. 866-868.

²⁴ Ricorso n°10479/83.

membri il rispetto di tutti i diritti garantiti dalla Convenzione nei confronti di ogni persona rientrante nella loro giurisdizione.

Si sono individuati però i limiti di tale impostazione nel fatto che il riferimento all'articolo 1 non consente di risalire alla ragione per cui l'articolo 3 imporrebbe il divieto di rinvio dello straniero e che la formulazione ampia della norma in realtà è una caratteristica che accomuna tutti in diritti consacrati dalla Convenzione.²⁵

Il ragionamento della Commissione risulta quindi scarno e non idoneo a sorreggere una tale estensione della portata dell'articolo 3.

Maggiormente significativo, ma pur sempre incompleto, appare il percorso logico elaborato dalla Corte in occasione del caso Soering contro Regno Unito del 1989 che può essere considerato il “*leading case*” in materia, essendo l'argomentazione qui utilizzata costantemente richiamata da tutte le sentenze successive.²⁶

La vicenda riguardava un cittadino tedesco, Jens Soering, rifugiatosi nel Regno Unito dopo essersi reso colpevole di un duplice omicidio negli Stati Uniti e in particolare in Virginia.

All'Inghilterra furono indirizzate due domande di estradizione, una da parte degli Stati Uniti in forza del trattato di estradizione angloamericano e l'altra da parte della Germania in forza del trattato di estradizione anglo-tedesco.

²⁵ Tali considerazioni in Chetail V. “*Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants*”, cit., p. 161 e ss.

²⁶ Sulla sentenza in esame si veda in particolare Sudre F. “*Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme*” in *Revue générale de droit international public* 1990, pp. 103-119.

In ragione dell'antiorità della domanda e del luogo del duplice omicidio le autorità inglesi accolsero la domanda statunitense in forza della quale Soering sarebbe dovuto essere consegnato agli Stati Uniti dove avrebbe potuto subire la pena di morte, essendo questa prevista dalla legge dello Stato federato.

Proprio in ragione dell'esposizione alla "*sindrome del braccio della morte*", considerata un trattamento inumano e degradante, Soering ricorse alla Corte europea dei diritti dell'uomo utilizzando lo strumento del ricorso individuale previsto dal vecchio articolo 25²⁷ facendo valere la violazione dell'articolo 3.

Sono tre, in particolare, i profili che vengono analizzati da tale sentenza.

Per quanto riguarda il primo aspetto la Corte ha sottolineato come non si trattasse di riconoscere un'operatività extraterritoriale alla Convenzione e quindi d'imporre anche a Stati terzi il rispetto della stessa bensì di verificare solo ed esclusivamente la responsabilità dello Stato membro, la quale, dipende necessariamente dalle condizioni esistenti nello Stato di rinvio, ma non dall'accertamento formale della sua responsabilità di diritto internazionale generale.

Viene poi affermata la preminenza della Convenzione sugli altri trattati in ragione della specificità della stessa e del carattere assoluto dell'articolo 3 che è possibile desumere dal fatto che non sia prevista alcuna eccezione e che l'articolo 15 non ne consenta deroghe nemmeno in tempo di guerra o in caso di altro pericolo nazionale.

Infine i giudici di Strasburgo hanno affermato che anche l'espulsione in forza di un trattato di estradizione integra una violazione dell'articolo in

²⁷ Il protocollo aggiuntivo numero 11 entrato in vigore nel 1998 ha modificato la Convenzione e al contenuto dell'articolo 25 oggi corrisponde l'articolo 34.

esame, laddove il soggetto rischi di subire la tortura o trattamenti inumani o degradanti, indipendentemente dalla natura e dalla gravità del crimine commesso, in quanto un provvedimento di tale tipo sarebbe in contrasto con i valori posti alla base della Convenzione, ricavabili dal suo Preambolo, della quale si sottolinea il carattere peculiare utilizzando la definizione di trattato di “*garanzia collettiva*” dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Nonostante quindi la Convenzione non contenga un esplicito diritto a non essere estradato, questo può essere riconosciuto laddove l’esecuzione dell’extradizione dovesse comportare la violazione “*per attrazione*”²⁸ di un altro diritto, questo sì previsto esplicitamente nel testo.

Il ragionamento della Corte è stato oggetto di critiche per la poca rigorosità dello stesso, si è infatti messa in risalto la vaghezza e la scarsa incisività del riferimento ai valori fondanti della Convenzione per giustificare l’innescarsi di una tale responsabilità dello Stato.

Per tale ragione la dottrina ha cercato di trovare un fondamento più solido alla conclusione cui è giunta la Corte riguardo l’applicabilità dell’articolo 3 alle misure di rinvio.²⁹

Una prima teoria si fonda sulla gerarchia delle fonti e in particolare proprio sulla natura cogente del divieto di tortura in forza del quale si potrebbe affermare la sua inderogabilità anche per mezzo di una misura di

²⁸ Tale espressione si ritrova nel commento delle sentenza di Sudre F. “*Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l’homme, du 7 juillet 1989*”, cit., p. 108.

²⁹ L’esposizione delle teorie riportate in seguito nel testo è rinvenibile in Chetail V. “*Le droit des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ed dégradants*”, cit., p. 165 e ss.

rinvio, tale impostazione tuttavia non può essere abbracciata dal momento che la Corte non ne ha fatto riferimento esplicito nella sentenza, scegliendo di fondare la sua decisione solo sul testo della Convenzione.

D'altro canto, la teoria che ricorre al carattere assoluto dell'articolo 3 non può essere considerata decisiva in quanto nella stessa sentenza Soering si ammette la possibilità di applicare lo stesso ragionamento, anche se con delle limitazioni, all'articolo 6 relativo all'equo processo che tuttavia non rientra tra le norme considerate inderogabili sulla base dell'articolo 15: non è quindi, almeno esclusivamente, l'assolutezza della norma che permette d'innescare il meccanismo della protezione "*par ricochet*".

Infine vi è chi qualifica la condotta dello Stato che emette la misura di rinvio come espressione di una complicità nella commissione della violazione.

Anche tale impostazione incontra però dei limiti: per poter individuare infatti una complicità è necessaria la commissione di un fatto qualificabile come illecito nell'ambito del diritto internazionale generale e nel caso di specie, come vedremo in seguito a proposito della nozione di trattamento inumano o degradante, la pena di morte non poteva ancora essere considerata come tale.

Tra l'altro si è fatto notare come, anche qualora si considerasse sussistente il fatto illecito, la responsabilità per complicità dovrebbe essere riconosciuta indipendentemente dalla commissione dello stesso, dal momento che, quando viene emessa la misura di rinvio, la violazione risulta ancora potenziale.

Nonostante, infatti, la situazione sussistente nello Stato terzo risulti fondamentale per poter determinare il rischio di un trattamento inumano o degradante, la Corte, come anticipato, ha rifiutato di subordinare

l'applicabilità della norma alla verifica preliminare della responsabilità dello Stato terzo, in forza del principio per cui un trattato non può far nascere obblighi o diritti nei confronti di Stati terzi rispetto allo stesso.³⁰

Da ciò si desume che la teoria della complicità, anche laddove fosse applicabile, non giustificherebbe la ragione dell'applicazione dell'articolo 3 alle misure di rinvio.

Alla luce di tali considerazioni si è raggiunta la conclusione, tutt'altro che definitiva, secondo la quale il divieto di rinvio dello straniero vada ritenuto implicitamente contenuto nell'articolo 3.

Si tratta di un'applicazione della teoria delle obbligazioni positive di cui spesso la Corte si è servita e che consiste nel ritenere che sugli Stati incomba non soltanto un'obbligazione negativa di non interferire nell'esercizio di un diritto, ma anche un'obbligazione positiva consistente nell'impegno ad adottare le misure necessarie per consentire il pieno esercizio dei diritti garantiti.³¹

Tuttavia, non si deve ritenere che tale interpretazione estensiva della Convenzione conduca all'affermazione dell'obbligo di riconoscere il diritto d'asilo allo straniero, infatti di fronte alla circostanza per cui la misura di rinvio possa integrare una violazione dell'articolo 3 lo Stato potrà sempre scegliere alternativamente tra il riconoscimento dell'asilo, attività che rimane tra le sue prerogative sovrane, e il rinvio verso uno

³⁰ Tale principio è consacrato nell'articolo 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969: *“Un trattato non crea né obblighi né diritti per uno Stato terzo senza il consenso di quest'ultimo.”*

³¹ Si veda in particolare Sudre F. *“Les ‘obligations positives’ dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”* in *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 1995, pp. 363-384.

Stato terzo sicuro (esattamente come in forza della Convenzione di Ginevra).

In tale seconda opzione è peraltro necessario accertarsi che lo Stato terzo, nel quale l'individuo è rinvio, non lo allontani a sua volta verso lo Stato d'origine, ritenendosi altrimenti ugualmente violato il principio di *non-refoulement*, seppur indirettamente.³²

Nell'ambito poi del caso specifico, di una certa importanza è il profilo per cui la questione sottoposta dal ricorrente alla Corte non fosse la compatibilità, rispetto alla Convenzione, della pena di morte, quanto piuttosto dell'attesa della stessa.

Nonostante ciò, la Corte non ha mancato di pronunciarsi anche sul primo profilo basandosi sulle osservazioni di Amnesty International relative alla natura inumana e degradante di tale pena, e mediante un ragionamento fondato sull'interpretazione testuale dell'articolo 2 e dell'articolo 3, è giunta a negare che una tale misura possa di per sé integrare una violazione degli stessi.

In seguito, operando quindi una differenziazione, ha ammesso che siano piuttosto le circostanze di applicazione della stessa a poter condurre all'integrazione di un trattamento inumano o degradante.

Infine, è opportuno osservare che la sentenza in questione, pur costituendo un punto di riferimento nel processo di costruzione di una tutela dello straniero da parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha ad oggetto circostanze molto diverse da quelle alle quali il ragionamento qui costruito viene oggi adattato, e cioè alle condizioni in cui si trovano i

³² Sulla violazione indiretta del principio di *non-refoulement*, Lenzerini F. "Il principio di *non-refoulement* dopo la sentenza *Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*", cit., p. 747e 748.

cittadini di paesi generalmente in situazioni di conflitto dai quali sono costretti ad emigrare in cerca di un luogo sicuro nel quale potersi stabilizzare.

1.4 La nozione di trattamento inumano e degradante nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo e il rapporto con la nozione di rifugiato nella Convenzione di Ginevra

Aver riconosciuto l'esistenza del principio di *non-refoulement* all'interno dell'articolo 3 della Convenzione mediante il meccanismo della protezione "*par ricochet*", comporta che la natura del rischio che lo straniero deve correre per poter ritenere integrata la violazione, tramite la misura di rinvio, consista nella possibilità di subire la tortura o trattamenti inumani o degradanti.

Ciò conduce alla necessità di individuare l'esatto significato di tale espressione oltre che il confine tra i tre tipi di trattamenti, mediante il riferimento alla giurisprudenza della Commissione e della Corte in materia, e la differenza rispetto alla natura del rischio richiesto dalla Convenzione di Ginevra ai fini della qualificazione di rifugiato.

L'articolo 3 della Convenzione contiene il riferimento a tre tipologie di trattamenti che è opportuno distinguere.³³

³³ Si veda Sudre F. "*La notion de 'peines et traitements inhumains ou dégradants' dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*", cit., pp. 827-889 e Chetail V. "*Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme bilan de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants*", cit., p. 175 e ss.

Il concetto di tortura ha per molto tempo monopolizzato la portata di tale norma lasciando nell'ombra le altre espressioni: mentre infatti il significato da attribuire ad essa è sempre risultato pacifico, non altrettanto si può affermare per i trattamenti inumani o degradanti per i quali è stata necessaria un'attività chiarificatrice della giurisprudenza.

Si può dire che per "tortura" si intenda pacificamente *"l'atto tramite il quale è deliberatamente inflitto ad una persona, tramite degli agenti pubblici o su loro istigazione, un dolore o delle forti sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere una confessione o di punirla per un atto che ha commesso o che si suppone abbia commesso o al fine di intimidire la stessa o altre persone."*³⁴

La centralità del concetto di tortura, non solo nella Convenzione di Roma ma anche in altri trattati in materia di diritti umani, si può giustificare attraverso il contesto storico nel quale tali strumenti sono emersi, e cioè subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, che imponeva di concentrare l'attenzione sulle violazioni dei diritti più clamorose ed evidenti.

La centralità della tortura ha avuto poi come conseguenza il fatto che, inizialmente, solo tale nozione ha subito un processo di attualizzazione volto a comprendere anche forme di tortura più "raffinate", lasciando sempre più nell'indeterminatezza gli altri comportamenti a cui l'articolo 3 si riferisce.

Proprio la Commissione e la Corte hanno proceduto ad una specificazione del concetto di trattamenti inumani o degradanti mediante

³⁴ Tale definizione è contenuta ne *"La déclaration du 9 décembre 1975"*, risoluzione delle Nazioni Unite 3452 XXXX sulla protezione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli inumani o degradanti.

un'interpretazione evolutiva del testo, ampliando così significativamente il suo ambito di applicazione.

La Commissione, in particolare, ha elaborato il criterio della soglia di intensità che si fonda sulla valutazione dell'intensità della sofferenza causata alla vittima e porta ad affermare l'esistenza di una soglia minima che dev'essere superata al fine di poter configurare una violazione dell'articolo 3 e una serie di soglie interne a ciascuna delle quali corrisponde una delle tre nozioni.

In particolare si afferma che vi sono dei trattamenti che non possono essere considerati come vietati dall'articolo 3 in quanto si tratta di “*brutalità*”³⁵ che non presentano elementi tali da superare la soglia minima di gravità richiesta.

La Commissione ha poi individuato la linea di demarcazione tra la tortura e i trattamenti inumani, definendo la prima come riferibile a dei trattamenti inumani particolarmente gravi e deliberati e tali da provocare delle forti sofferenze.

Infine nel caso Tyrer³⁶ la Corte ha proceduto ulteriormente alla definizione dei trattamenti degradanti che sono stati collocati ad un livello ancora inferiore rispetto a quelli inumani e quindi al limite del rilevante nell'ambito dell'articolo 3 e che consistono in atti tali da creare un sentimento di paura, inferiorità e umiliazione.

Alla luce di tale costruzione si può affermare che la differenza tra le varie espressioni utilizzate nell'articolo di riferimento riguarda non la natura del comportamento ma l'intensità dello stesso e delle sue conseguenze sulla

³⁵ La Commissione afferma che queste “*peuvent prendre la forme de gifles ou de coups donnés de la main sur la tête ou le visage.*”

³⁶ Tyrer contro Regno Unito, ricorso n°5856/72, sentenza del 25 aprile del 1978.

vittima, tanto che utilizzando le parole della Commissione *“toute torture ne peut être qu’un traitement inhumain et dégradant et tout traitement inhumain ne peut être que dégradant.”*

Le tre nozioni, quindi, seppur dotate di un proprio contenuto, sono strettamente interdipendenti essendo una la forma aggravata dell’altra.

Per stabilire poi che un dato atto rientri tra quelli vietati dall’articolo 3 e quale sia il suo livello di gravità è necessaria una valutazione in concreto degli elementi essenziali del caso di specie come ha affermato la Corte nella sentenza Irlanda contro Regno Unito³⁷, elaborando il principio dell’apprezzamento relativo della soglia di gravità.

La valutazione in concreto dovrà riguardare dei parametri interni al caso e cioè la natura del trattamento, la sua durata, gli effetti fisici e psichici sulla vittima e le condizioni personali della stessa, ma anche il contesto sociale nel quale la vicenda si è svolta, che consente di tenere in considerazione l’evoluzione nel tempo della società rispetto al momento dell’entrata in vigore della Convenzione.

La conseguenza principale del ricorso a tale criterio dell’apprezzamento relativo della soglia di intensità della sofferenza, dev’essere ricondotta al fatto che il livello minimo di gravità e la qualificazione di un trattamento come tortura o come inumano o degradante cambi da un caso all’altro proprio in funzione delle circostanze del caso concreto e del contesto di riferimento.

La giurisprudenza della Corte e della Commissione ha poi proceduto ad individuare le situazioni alle quali si applicano le due nozioni di cui ha specificato il contenuto, tanto che dall’iniziale funzione accessoria rispetto

³⁷ Sentenza del 18 gennaio 1978.

alla tortura hanno assunto una rilevanza centrale nella tutela garantita dall'articolo 3.

Ai fini del presente elaborato però, ciò che interessa maggiormente è la riconduzione alla natura di trattamento inumano indiretto dell'atto di rinvio dello straniero, quando questo venga così esposto alla violazione o soppressione di alcuni diritti garantiti dalla Convenzione e in particolare al pericolo di subire in concreto la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti.

Per quanto riguarda l'applicazione di tale nozione nell'ambito specifico del contenzioso relativo all'allontanamento dello straniero, l'ampiezza che caratterizza la nozione di trattamento inumano o degradante ha consentito alla Corte di estendere significativamente la tutela fornita dall'articolo 3 e in particolare di ritenere qualificabile come tale, l'ipotesi di espulsione dal territorio di un individuo affetto da patologie per le quali nello Stato di rinvio non avrebbe trovato assistenza adeguata.³⁸

Rispetto alla questione poi relativa alla possibilità di qualificare come trattamento inumano o degradante la pena di morte in quanto tale (questione in parte già affrontata in relazione alla sentenza Soering) si deve rilevare come sia in atto un'evoluzione.

La Convenzione europea non contiene un divieto esplicito di applicare la pena di morte e corrispondentemente l'articolo 2 che sancisce il diritto alla

³⁸ Si veda sul punto Borelli S. *“Allontanamento dello straniero dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani”* in *Verso una disciplina comune del diritto d'asilo* a cura di Zagato L. 2006, nello specifico p. 110 e ss.

vita ammette che questo possa essere derogato dagli Stati membri in alcune circostanze.³⁹

La Corte tuttavia, pur riconoscendo di non poter qualificare la pena di morte in quanto tale come un trattamento contrario all'articolo 3, ha ammesso che le modalità di esecuzione della stessa, o il fatto che la condanna venga pronunciata in seguito ad un processo in contrasto con i principi dell'articolo 6, possano condurre a ritenere integrata una violazione della Convenzione, essendo queste situazioni riconducibili alla nozione di trattamento inumano o degradante.

Si deve rilevare comunque che tra gli Stati europei si ritiene in corso di affermazione una consuetudine che vieta l'esecuzione della pena capitale e che potrebbe condurre a qualificarla in quanto tale un trattamento contrario all'articolo 3 della Convenzione.⁴⁰

L'ulteriore interessante profilo da considerare attiene al rapporto tra il concetto di "persecuzione" contenuto nella Convenzione di Ginevra e che costituisce il criterio materiale da coordinare con uno personale ai fini della qualificazione di un dato soggetto come rifugiato, e la nozione di tortura o trattamento inumano o degradante.⁴¹

³⁹ Vi sono tuttavia due protocolli rilevanti sul punto: il Protocollo n°6, relativo alla pena di morte in tempo di pace, adottato a Strasburgo nel 1983 e ratificato da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa eccetto la Russia e il Protocollo n°13, sull'abolizione della pena capitale anche in tempo di guerra, adottato a Vilnius nel 2002 e ratificato da 42 Stati.

⁴⁰ Borelli S. *"Allontanamento dello straniero dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani"*, cit., p. 113 e ss.

⁴¹ Chetail V. *"Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme bilan de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants"*, cit., p. 179 e ss.

Si tratta di due nozioni in principio autonome, come anche la Commissione ha affermato, ma che in concreto tendono spesso a coincidere, com'è dimostrato dal fatto che spesso gli Stati membri della Convenzione di Ginevra considerano come persecuzioni i trattamenti inumani e degradanti, con la conseguenza di ridurre le divergenze tra la Convenzione di Strasburgo e quella di Ginevra.

Nonostante ciò, si ritiene che la persecuzione non possa a priori essere identificata con un trattamento inumano o degradante ex articolo 3, potendo consistere nella seria violazione di qualsiasi diritto umano, e dovendo invece, i comportamenti vietati dall'articolo 3, incidere necessariamente sulla integrità fisica o morale.

Si può dunque affermare che la nozione di persecuzione sia più ampia in quanto pur inglobando i trattamenti inumani o degradanti non si esaurisce in essi.

1.5 I limiti al principio di non-refoulement e il carattere assoluto dell'articolo 3

Prendendo le mosse dall'interessante logica di confronto del principio di *non-refoulement* tra la sua formulazione all'interno dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra e dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non possono non essere messi in evidenza i limiti di carattere soggettivo ricavabili dal testo della Convenzione delle Nazioni Unite che non trovano corrispondenza nel principio come affermato dalla Corte di Strasburgo.

Mentre, infatti, la possibilità che un dato soggetto venga qualificato come rifugiato è subordinata alla circostanza che la persecuzione avvenga in

ragione della razza, della religione, della nazionalità, delle opinioni politiche o dell'appartenenza ad un gruppo sociale, la protezione fornita dall'articolo 3 opera del tutto indipendentemente dalle ragioni per le quali il trattamento viene posto in essere e per questo si estende anche a quei soggetti ai quali la Convenzione del 1951 non fa alcun riferimento.

Lo status di rifugiato presenta poi delle cause di esclusione e di cessazione riconducibili al comportamento tenuto dal richiedente asilo.⁴²

Inoltre la Convenzione di Ginevra esclude dalla protezione dal *refoulement*, ma non dalla qualifica di rifugiati, le persone condannate definitivamente per crimini o delitti particolarmente gravi, anche laddove corrano un rischio reale di essere perseguitate in caso di ritorno nel loro paese d'origine, e chi possa essere considerato un pericolo per la sicurezza nazionale del paese in cui risiede.⁴³

⁴² La lettera f dell'articolo 1 prevede infatti 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 refugee 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."

⁴³ Il paragrafo 2 dell'articolo 33 recita infatti *"The benefit of the present provision may not, however, be claimed by 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."*

Dietro tali previsioni è ben evidente la preoccupazione, particolarmente sentita al momento della redazione della Convenzione, di bilanciare la tutela dei rifugiati con la sicurezza dello Stato di accoglienza degli stessi.

In contrasto rispetto a tale impostazione, l'indiscutibile assolutezza dell'articolo 3 e il fatto di aver ad esso collegato la garanzia del *non-refoulement*, comporta che nel sistema di Strasburgo questo venga concepito come inderogabile a prescindere dal comportamento penalmente riprovevole del beneficiario di tale tutela

La Corte ha avuto modo di soffermarsi su tale punto in una sentenza del 1996, *Chahal contro Regno Unito*⁴⁴, nella quale, pur avendo riconosciuto la necessità per gli Stati di proteggersi dal fenomeno del terrorismo, ha ribadito che la Convenzione vieta in termini assoluti la tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti, indipendentemente dal comportamento tenuto dalla vittima.

Tra l'altro è esemplificativo come nel caso a partire dal quale è emerso il principio di *non-refoulement* all'interno della Convenzione di Strasburgo, e cioè il caso *Soering*, il ricorrente non potesse in alcun modo qualificarsi come rifugiato trattandosi di un caso di estradizione di un condannato alla pena di morte per un duplice omicidio.

Alla luce di quanto detto, sembra allora che la Convenzione europea estenda la protezione dei rifugiati a coloro che risultano esclusi dalla Convenzione di Ginevra; la dottrina tuttavia sul punto ha rilevato come si

⁴⁴ Ricorso n°22414/93. Tale caso riguardava l'espulsione da parte del Regno Unito, verso l'India, di un separatista sikh nei cui confronti vi erano dei sospetti che avesse partecipato ad attività terroristiche in favore dell'indipendenza del Kalistan. La Corte condannò il Regno Unito per la violazione dell'articolo 3 e riconobbe un permesso di soggiorno temporaneo al ricorrente al quale era stato invece negato il riconoscimento dello status di rifugiato in applicazione delle cause di esclusione della Convenzione di Ginevra.

tratti di un'estensione prevalentemente di principio sia in ragione del rigore della Corte nel riconoscere l'esistenza del rischio individuale che giustifichi la protezione (benchè ora si ammetta in alcuni casi eccezionali che la tutela possa operare indipendentemente dalla situazione personale) sia per la limitatezza in concreto delle decisioni di esclusione dello status di rifugiato.⁴⁵

L'affermata natura poi del principio di *non-refoulement* come norma di diritto internazionale consuetudinario impone a questo punto di valutare se, in quanto tale, e quindi indipendentemente da come formulato all'interno dei trattati, possa questo legittimamente essere oggetto di deroghe.

Laddove si giungesse a riconoscere l'inderogabilità di tale principio la conseguenza obbligata sarebbe ritenere che si tratti di un principio di jus cogens.

Si è già anticipato come la questione sia particolarmente dibattuta e tutt'altro che pacifica, tuttavia una posizione che sembra poter essere legittimamente condivisa è quella di chi sostiene la natura cogente del principio in esame quando il pericolo in cui si incorre consista nella tortura o altri trattamenti o pene inumani o degradanti ed ammette invece la sua derogabilità quando il rischio sia di natura differente e vi siano prioritarie esigenze di pubblica sicurezza.⁴⁶

⁴⁵ Chetail V. “*Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme bilan de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants*”, cit., p. 184 e ss.

⁴⁶ Si veda Luterpacht E. e Bethlehem D. “*The scope and the content of the principle of non-refoulement: opinion*”, cit., p. 149 e ss.

Il ragionamento dietro tale impostazione si fonda sul dato pacifico della natura cogente del divieto di tortura dal quale si fa discendere la conseguenza per cui anche il principio di *non-refoulement* possa essere qualificato come inderogabile laddove sia funzionale a proteggere da trattamenti di tale tipo.

Tale conclusione oltre che apparire corretta da un punto di vista giuridico sembra costituire un ragionevole compromesso tra la necessità di garantire il pieno rispetto del principio di *non-refoulement* e quella di far fronte all'emersione di fenomeni terroristici che hanno portato ad un tentativo di riduzione del garantismo da parte di Stati ed organizzazioni internazionali e di un bilanciamento tra l'esigenza della tutela dei diritti umani e quella di sicurezza dello Stato.

Si può infatti mettere in evidenza come a livello internazionale si tenda a giustificare troppo facilmente la limitazione di tale garanzia nei confronti di coloro che possano qualificarsi come terroristi.⁴⁷

In particolare si può fare riferimento ad una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, la numero 1373⁴⁸, nella quale si invitano gli Stati a non riconoscere lo status di rifugiato a terroristi, anche quando la loro attività sia motivata politicamente.

⁴⁷ Si veda Bruin R. e Wouters K. “*Terrorism and non-derogability of non-refoulement*” in *International journal of refugee law* vol. 15 no. 1 2003, pp. 5-29 e Duffy A. “*Expulsion to face torture? Non-refoulement in international law*” in *International journal of refugee law* 2008, pp. 373-390.

⁴⁸ Tale risoluzione è stata adottata il 28 settembre 2001 e alla lettera g si legge “*ensure in conformity with international law, that refugee status is not abused by perpetrators, organizers or facilitators of terrorist acts, and that claims of political motivations are not recognized as grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists.*”

Il problema che si pone è tuttavia che, non esistendo attualmente a livello internazionale una definizione unanimamente riconosciuta di “terrorismo”, è rimessa alla discrezionalità degli Stati la decisione relativa a chi escludere per tale ragione dalla qualifica di rifugiato.

L’indeterminatezza sul punto comporta inoltre la mancanza di una soluzione per un ulteriore aspetto problematico e cioè quello riguardo la possibilità di considerare sufficiente la sola appartenenza ad un’organizzazione terroristica al fine di poter considerare un soggetto come terrorista, prescindendo dalla valutazione degli atti a lui effettivamente riconducibili.

Anche nel contesto dell’Unione Europea è possibile rinvenire un simile orientamento.

Il Consiglio Europeo mediante una serie di conclusioni⁴⁹ del 2001 e la Commissione Europea con l’adozione di un “*Working Document*” in risposta alle richieste del Consiglio, dimostrano il chiaro intento di spingere verso il superamento dell’assoluta non derogabilità dell’articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, prefigurando la possibilità per la Corte di procedere ad un bilanciamento delle due esigenze in esame.⁵⁰

⁴⁹ In particolare il Consiglio ha chiesto alle autorità competenti degli Stati membri di rafforzare i controlli alle frontiere e di attuare delle procedure rigorose in relazione al rilascio dei visti e ha invitato la Commissione ad esaminare urgentemente la relazione tra la tutela della sicurezza interna e la conformità con le obbligazioni e gli strumenti di protezione internazionale.

⁵⁰ La Commissione Europea all’interno di tale documento afferma infatti che “*The European Court of human rights may in the future again have to rule on questions relating to the interpretation of article 3, in particular on the question in how far there can be a ‘balancing act’ between the protection needs of the individual, set off against the security interests of a State.*”

Va evidenziato però come la Corte non abbia accolto tale impostazione riproducendo nel caso Al-Nashif contro Bulgaria del 2002⁵¹ il medesimo ragionamento contenuto nella sentenza Chalal contro Regno Unito.

Un'ulteriore prova di tale tendenza è poi fornita da una sentenza della Corte Suprema del Canada nel caso Suresh del 2002.⁵²

In tale decisione la Suprema Corte ha ritenuto che l'espulsione di uno straniero sia possibile, anche laddove dovesse esporre al pericolo di tortura, quando questi costituisca un serio pericolo per la nazione.

Nel caso di specie inoltre la Corte ha ritenuto di doversi rimettere alle valutazioni del Governo per determinare quando si possa considerare come una minaccia per la sicurezza dello Stato il supporto ad attività terroristiche all'interno di un paese straniero.

1.6 La “soglia Soering”: i limiti alle violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ai quali si applica il principio di non-refoulement

Nonostante la Corte di Strasburgo abbia riconosciuto nella sua giurisprudenza la natura inderogabile del principio di *non-refoulement* come implicitamente ricavabile dalla Convenzione, è opportuno chiarire come ciò sia stato affermato solo per i casi in cui la violazione che lo

⁵¹ Ricorso n°50963/99.

⁵² Il caso in esame riguardava un cittadino dello Sri Lanka della discendenza Tamil destinatario di un provvedimento di espulsione da parte del governo canadese in ragione della sua appartenenza all'organizzazione terroristica LTTE nonostante fosse stato riconosciuto che le attività da lui svolte sul territorio canadese fossero di natura non violenta e che non fossero a lui direttamente imputabili atti terroristici nè in Canada nè in Sri-Lanka.

straniero rischia di subire, a causa della misura di rinvio, riguardi l'articolo 3 o al più l'articolo 2 che sancisce il diritto alla vita, essendo stato per entrambe riconosciuto il carattere dell'assolutezza (con il quale si intende il fatto che tali diritti non subiscono alcuna eccezione).

La Corte, infatti, ha riconosciuto per la prima ed unica volta nella sentenza Bader e Khabor contro Svezia del 2005⁵³, che anche la violazione dell'articolo 2 come conseguenza di un atto di espulsione è in grado di innescare la responsabilità "*par ricochet*" dello Stato membro.

A partire invece già dalla sentenza Soering, emerge la distinzione tra i diritti garantiti dalla Convenzione, in forza della quale si afferma ad esempio che solo in situazioni eccezionali è possibile applicare ai casi di espulsione l'articolo 6, che riguarda il diritto all'equo processo, laddove l'eccezionalità consiste nella violazione manifesta del diritto.

Ulteriori casi nei quali è stata invocata la violazione di altre previsioni della Convenzione, ad esempio gli articoli 4,5,8, relativi rispettivamente alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, al diritto alla libertà e sicurezza e alla vita privata e familiare, confermano tale impostazione.

⁵³ Ricorso n°13284/04. In questa decisione fu stabilito il divieto di espulsione del ricorrente, cittadino siriano, condannato a morte nel suo paese d'origine, in seguito ad un procedimento non conforme ai principi del giusto processo, essendo stata ritenuta reale la possibilità che, una volta espulso, la pena sarebbe stata eseguita.

Nel ragionamento della Corte, quindi, non la violazione di qualsiasi diritto garantito dalla Convenzione consente di invocare il principio di *non-refoulement*.⁵⁴

Emerge così la distinzione in forza della quale l'espulsione è sempre vietata quando il rischio incorso consiste nella violazione di un diritto contenuto nelle previsioni "assolute", mentre negli altri casi soltanto se la violazione supera una certa soglia di gravità.

Si è posto allora il problema di trovare una giustificazione a tale differenziazione operata dalla Corte, ed in dottrina, anche alla luce della giurisprudenza in materia, sono emerse diverse interpretazioni tra le quali di particolare interesse è quella che concepisce tale soglia, a cui i giudici di Strasburgo hanno dato vita, come il risultato di un bilanciamento di interessi coinvolti nei casi di espulsione.⁵⁵

A tale proposito è stato poi opportunamente notato come in effetti tale bilanciamento possa trovare implicitamente applicazione anche quando in ballo vi siano i diritti sanciti nelle previsioni cosiddette "assolute", dimostrando che la presunta assolutezza del principio di *non-refoulement* ex articolo 3 sia in effetti più teorica che reale.

⁵⁴ Sul punto si vedano Battjes H. "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* (22) 2009, pp. 583-621, dello stesso autore "The Soering threshold: why only fundamental values prohibit refoulement in ECHR case" in *European journal of migration and law* (11) 2009, pp. 205-219 e Den Heijer M "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* (10) 2008, pp. 277-314.

⁵⁵ Battjes H. "The Soering threshold: why only fundamental values prohibit refoulement in ECHR case", cit., pp. 205-219.

Nel tentativo di dare una risposta alla questione in esame, sono stati richiamati una serie di caratteri dell'articolo 3 che dovrebbero fondare tale distinzione e che la Corte stessa ha individuato in diverse sentenze: la circostanza ad esempio che sia presente in altre convenzioni internazionali, lo stretto legame con i valori alla base della Convenzione e l'irreparabilità della violazione.

In dottrina è stato, tuttavia, opportunamente evidenziato come nessuno di questi sia tanto decisivo da fondare la suddetta distinzione, che evidentemente trova altrove la sua ratio.

Partendo dal presupposto che il principio di *non-refoulement* possa essere configurato come una forma di limitazione della sovranità degli Stati, si è cercato di capire quale sia il motivo per cui tale limitazione sia ammissibile solo per la tutela di alcuni diritti e non di altri.

Si è innanzitutto richiamata la teoria secondo la quale il divieto di espulsione, per gli Stati, si configura all'interno della Convenzione come un'obbligazione positiva con la conseguenza di poter ammettere che vi siano delle limitazioni alla sua operatività, come vale per tutti gli obblighi di tale tipo.

In seguito si è ritenuto che l'elemento decisivo a cui fare riferimento per giustificare tale limitazione sia l'extraterritorialità della violazione.

La circostanza, infatti, che la violazione si verifichi nel territorio di uno Stato terzo impone di operare un bilanciamento il cui risultato è quello di ritenere che non ogni atto in contrasto con i diritti garantiti dalla Convenzione possa condurre alla responsabilità dello Stato membro, in

caso contrario la conseguenza sarebbe di imporre un onere eccessivo sugli Stati.⁵⁶

Questo è il ragionamento ricavabile anche dalle sentenze nelle quali la Corte ha ritenuto che non fosse stata integrata la violazione del principio di *non-refoulement* proprio in ragione della natura del diritto esposto a rischio dall'atto di espulsione.

Si può allora affermare che la “*soglia Soering*” non sia altro che il risultato di un bilanciamento, il cui fondamento può essere individuato nel profilo dell'extraterritorialità dell'atto lesivo ma anche più in generale in un carattere essenziale della Convenzione, individuato dalla stessa Corte nella ricerca di un equilibrio tra la tutela degli interessi individuali e quelli della comunità.

Per quanto riguarda infine l'assolutezza del principio di *non-refoulement* ex articolo 3 mi limiterò a ricordare come sia stato notato che in realtà, l'assenza di eccezioni non impedisca di individuare dei casi nei quali sia possibile restringere la tutela ed operare quindi “inaspettatamente”, anche in tale ambito, un bilanciamento con altri interessi ritenuti altrettanto fondamentali.

⁵⁶ Questa impostazione trova tra l'altro le sue origini già nella sentenza *Soering* nella quale la Corte afferma che “*on a purely pragmatic basis, it cannot be required that an expelling Contracting State only return an alien to a country which is in full and effective enforcement of all the rights and freedoms set out in the Convention.*”

1.7 La natura della misura dalla quale discende la responsabilità dello Stato e le misure provvisorie della Corte e della Commissione

La questione che si tratta di affrontare riguarda le caratteristiche che l'atto con cui si ordina l'espulsione deve possedere affinché si possa considerare integrata la responsabilità dello Stato.⁵⁷

Il primo aspetto da considerare è l'irrelevanza della tipologia dell'atto di allontanamento adottato dalle autorità statali.

Dalla giurisprudenza della Corte si ricava infatti l'indifferenza rispetto alla qualificazione formale dell'atto, e quindi al fatto che si tratti di una misura di estradizione, di espulsione o di qualsiasi altra natura, ed emerge piuttosto come carattere fondamentale quello dell'esecutività della stessa.

L'atto in questione deve infatti essere tale da esporre il ricorrente ad un rischio concreto di essere sottoposto ad un trattamento inumano o degradante e per tale ragione deve essere esecutivo.

Il momento, poi, in cui si ritiene sorga la responsabilità, corrisponde a quello in cui la misura è adottata, indipendentemente da quanto avvenga dopo, in considerazione del fatto che per ritenere violata la norma in esame basta che l'atto di allontanamento sia stato realizzato in presenza di elementi conosciuti o che dovevano essere conosciuti dai quali si poteva desumere una concreta possibilità di sottoposizione a tortura o trattamenti inumani o degradanti.

⁵⁷ Si veda Chetail V. *“Les droits des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants”*, cit., p. 170 e ss.

L'atto deve poi rimanere efficace durante tutta la procedura, in caso contrario, laddove dovessero essere adottate delle misure tali da neutralizzarne l'operatività, si incorrerebbe nell'irricevibilità del ricorso.

La circostanza che sia richiesta la natura esecutiva della misura, non impedisce tuttavia di affermare che al momento della presentazione del ricorso non è necessaria che questa sia stata eseguita.

Nella maggior parte dei casi infatti i giudici si trovano a doversi pronunciare sulla potenziale violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione nel caso in cui l'espulsione dovesse essere eseguita, la protezione infatti assicurata dall'articolo 3 sarebbe inconsistente se si pretendesse l'attuazione del provvedimento.

Si è detto che ciò conduce all'instaurazione di una procedura peculiare, definita "anticipata", che potrebbe far sorgere degli interrogativi sulla funzione in concreto svolta dalla Corte in tali casi che sembra essere, più che contenziosa, interpretativa del dettato della Convenzione.⁵⁸

L'esecutività della misura è l'elemento che ha consentito poi di dare rilevanza anche e soprattutto in tale ambito alla questione relativa alla possibilità per gli organi di Strasburgo di adottare delle misure provvisorie e alla loro efficacia.⁵⁹

L'adozione, infatti, di una misura provvisoria a carattere sospensivo potrebbe risultare una condizione necessaria per poter rendere efficace la

⁵⁸ Tale problematica viene sollevata da Sudre "Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme, du 7 juillet 1989", cit., p. 122 e ss.

⁵⁹ Si vedano sul punto Callewaert J. "La Cour européenne des droits de l'homme et l'urgence" in Revue trimestrelle des droits de l'homme 1994, pp. 391-403 e Garcia De Enteria E. "De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme" in Revue trimestrelle des droits de l'homme (11) 1992, pp. 251-280.

tutela offerta dal sistema di Strasburgo nei confronti di misure statali per le quali è richiesto necessariamente il carattere dell'esecutività, dal momento che l'instaurazione della procedura davanti alla Corte europea non produce da sola alcun effetto sospensivo.

Il problema è sorto a causa dell'assenza, all'interno della Convenzione, di una norma relativa alla possibilità per la Corte e per la Commissione di adottare misure provvisorie.

Previsioni di tale tipo, tuttavia, sono rinvenibili all'interno dei regolamenti dei due organi rispettivamente all'articolo 34⁶⁰ e 36 senza che via sia però alcun riferimento alla natura vincolante di tali provvedimenti per gli Stati destinatari.

L'idea che il potere di adottare misure provvisorie incida direttamente sull'effettività del ricorso giurisdizionale si è ormai solidamente affermata nella giurisprudenza delle corti costituzionali europee e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Nel contesto invece del sistema europeo di tutela dei diritti umani, si è assistito ad un'evoluzione della giurisprudenza di cui è interessante conoscerne i termini.

Una sentenza particolarmente significativa in tale ambito e che tra l'altro, non a caso, riguarda una vicenda di espulsione è la Cruz Varas e altri

⁶⁰ Il regolamento interno della Corte è stato modificato nel 2013 e attualmente la norma relativa alle misure provvisorie è l'articolo 39 il quale al paragrafo 1 prevede che *“La camera o, se del caso, il presidente della sezione o un giudice di permanenza designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo possono, su richiesta di una parte o di ogni altra persona interessata, ovvero d'ufficio, indicare alle parti le misure provvisorie la cui adozione è ritenuta necessaria nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura.”*

contro Svezia del 1991⁶¹, che oggi viene ricordata, non tanto per il modo in cui è stata risolta la questione di merito, quanto piuttosto per la pronuncia della Corte sulla questione se la mancata ottemperanza da parte di uno Stato membro di una misura provvisoria emessa dalla Corte o dalla Commissione (nel caso di specie) integri o meno la violazione del diritto al ricorso individuale sancito all'articolo 34 della Convenzione.

La Corte, tra l'altro in contrasto con quanto affermato dalla Commissione nello stesso caso, si è espressa nel senso che l'assenza di qualsiasi previsione in materia nel testo della Convenzione, dovesse portare a ritenere che la condotta dello Stato non si potesse considerare in contrasto con la stessa e ha inoltre rifiutato di ricondurre tale potenziale obbligazione all'articolo 34.

Tale interpretazione è stata oggetto di numerose critiche in ragione del contrasto evidente con l'esigenza, tra l'altro più volte ribadita altrove dalla stessa Corte, di interpretare le previsioni della Convenzione in modo da rendere efficace la tutela da esse fornita.

La Corte, nel caso in esame, si è invece limitata a riconoscere che la scelta dello Stato di non adeguarsi alle misure della Commissione potesse tradursi in una forma di responsabilità aggravata rispetto all'articolo 3.

La dottrina si è significativamente contrapposta a tale conclusione rilevando una serie di critiche nei confronti del ragionamento elaborato dai giudici di Strasburgo.⁶²

⁶¹ Ricorso n°15576/89. La vicenda riguardava un cittadino cileno richiedente asilo in Svezia in ragione della sua opposizione al regime di Pinochet, instauratosi nel 1973, e dell'insostenibile situazione economica cilena resa ancora più difficile, per il ricorrente, proprio in ragione della sua posizione di oppositore politico.

⁶² Garcia De Enteria E. “*De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme*”, cit., p. 273 e ss.

In particolare, oltre a sottolineare il contrasto di tale impostazione rispetto all'orientamento generale della giurisprudenza europea sopra ricordato, è stata notata la debolezza dell'argomentazione soprattutto nella parte in cui si è affermata l'assenza di alcuna previsione in materia all'interno della Convenzione.

Non soltanto infatti l'ultima parte dell'articolo 34 che obbliga gli Stati a non ostacolare in alcun modo l'esercizio efficace del diritto al ricorso individuale si sarebbe potuto interpretare come un obbligo per gli stessi di sottomettersi alle misure dirette a garantire tale efficacia, ma si ritiene che l'aspetto maggiormente contestabile sia proprio quello di aver considerato il potere di adottare misure provvisorie distinto rispetto al potere giurisdizionale e tale da necessitare di una specifica previsione per poter essere esercitato.

La seconda importante tappa di tale evoluzione è rappresentata dalla sentenza nella quale la Corte ha ribaltato il proprio orientamento, *Mamatkulov e Abdurasulovic contro Turchia* del 2003.⁶³

In tale pronuncia i giudici di Strasburgo sono pervenuti al riconoscimento della portata vincolante delle misure provvisorie e della possibilità di ricondurla al diritto al ricorso individuale.

Gli argomenti sui quali principalmente si fonda tale importante conclusione si possono riassumere nella rivalorizzazione dell'importanza che la Convenzione sia interpretata in modo da riconoscere delle garanzie effettive e il rimando alla giurisprudenza internazionale, in particolare alla sentenza *LaGrande* della Corte Internazionale di Giustizia, dalla quale si ricava l'importanza di tali misure ai fini di rendere effettiva la decisione di merito.

⁶³ Ricorsi n°46827/99 e 46951/99.

Tale nuovo orientamento è stato poi confermato dalla Corte in altre sentenze successive come quella emessa nel caso Ben Khemais contro Italia del 2009.

1.8 La natura “reale” del rischio di essere sottoposto a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato, nella sua giurisprudenza che, al fine di poter invocare la tutela da un atto di espulsione in forza dell'articolo 3, non è sufficiente la semplice possibilità che il ricorrente, una volta espulso, subisca un trattamento contrario al dettato di questa norma, ma è condizione necessaria che vi siano dei “*comprovati e seri motivi*” che inducano a credere sussistente un rischio reale di essere sottoposto alla tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti.

Per quanto riguarda il rapporto tra la nozione di “*rischio reale*” cui la Corte fa riferimento e quella di “*timore ben fondato*” di persecuzione, riconducibile alla definizione di rifugiato della Convenzione di Ginevra, si ritiene che la valutazione da effettuare nei due casi sia analoga e conseguentemente di non dover valorizzare in modo particolare la differenza dei termini utilizzati.⁶⁴

In entrambe i casi infatti, si tratta di fare una valutazione prognostica riguardo ciò che potrebbe accadere al soggetto che richiede protezione laddove questa gli fosse negata.

⁶⁴ Sul punto Lenzerini F. “*Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*”, cit., p. 740 e ss.

Oltre a verificare l'esistenza di una situazione oggettivamente qualificabile come rischiosa, sulla base della sussistenza di due fattori che verranno ampiamente illustrati in seguito, si ritiene che assuma un ruolo essenziale il riscontro del timore, da parte del soggetto interessato, di subire un trattamento lesivo e la mancanza di protezione da parte dello Stato di appartenenza (o comunque dello Stato verso il quale l'individuo è rinvitato), specialmente quando il soggetto rischi di essere torturato o maltrattato da privati e non dalle autorità statali dato che, come vedremo, anche in tali casi è riconosciuta l'operatività del principio di *non-refoulement*.

Questo tipo di indagine sembra presentare un ampio grado di relatività in ragione del peso significativo che assume la valutazione dell'elemento soggettivo, e porta a ritenere che, anche in situazioni oggettivamente simili, il risultato cui si giunge possa essere differente proprio a causa della diversa percezione che un dato soggetto può avere di una determinata situazione.

Ovviamente ciò non toglie che vi sia un limite all'incidenza dell'elemento soggettivo nel senso che, per un verso, è pur sempre necessario che sia accompagnato da un pericolo effettivo, per altro, non si potrà negare la sussistenza del rischio in presenza di certe palesi circostanze, anche laddove queste non dovessero essere percepite soggettivamente come rischiose.

La difficoltà di tale accertamento che lo Stato deve effettuare prima di provvedere ad emettere il provvedimento di allontanamento, è data dal fatto che si tratta di una previsione di quanto potrà accadere in futuro, da effettuare sulla base della conoscenza della situazione in cui versa lo Stato di rinvio.

La Corte infatti nel verificare in seguito la responsabilità dello Stato membro, si basa principalmente sulle informazioni di cui le autorità avevano conoscenza o avrebbero dovuto averne prima dell'adozione della misura, riconoscendo una rilevanza solo secondaria ai fini della decisione ai fatti verificatisi successivamente.⁶⁵

La dottrina ha individuato, tuttavia, due casi in cui le vicende successive all'esecuzione della misura, laddove questa non venga sospesa, non possono non assumere rilievo decisivo ai fini della pronuncia della Corte: quando non vi erano elementi sufficienti per poter considerare reale il rischio, nonostante poi questo si sia concretizzato, e quando viceversa le informazioni a disposizione facevano legittimamente ritenere che vi fosse un rischio reale, lo Stato ugualmente ha provveduto all'espulsione, ma il soggetto è riuscito ad evitare i trattamenti lesivi.⁶⁶

In entrambe i casi si deve ritenere che la decisione della Corte sarebbe presumibilmente di assoluzione dello Stato.

⁶⁵ La particolarità del contenzioso relativo all'espulsione degli stranieri è data proprio dal fatto che nella maggior parte dei casi si fa valere una violazione potenziale dell'articolo 3.

La Corte nel caso Soering ha riconosciuto la legittimità di tali ricorsi sulla base di tale argomentazione: *“en principe, il n'appartient pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de violations virtuelles de celle-ci mais une dérogation à la règle générale s'impose pourtant si un fugitif allègue que la décision de l'extrader enfreindrait l'article 3 au cas où elle recevrait exécution, en raison des conséquences à en attendre dans le pays de destination; il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée.”*

⁶⁶ Karagiannis S. *“Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'état de destination ou à des particuliers”* in Revue trimestrelle des droits de l'homme 1999, p.39 e ss.

Gli ulteriori fattori che devono oggettivamente sussistere al fine di potere ritenere di essere di fronte ad un “*rischio reale*” saranno oggetto di autonoma trattazione e riguardano la situazione personale del ricorrente e la condizione oggettiva del paese di rinvio.

1.9 La situazione personale del ricorrente, la sua credibilità e la circostanza dell'appartenenza ad una minoranza

Condizione tradizionalmente essenziale per poter usufruire della tutela in esame è che il rischio incorso sia individuale, e quindi riconducibile ad una data situazione personale del soggetto che ricorre davanti alla Corte.

In realtà si vedrà in seguito come vi siano delle situazioni nelle quali la Corte ha, piuttosto recentemente, ritenuto di poter concedere la protezione dal *refoulement* indipendentemente da qualsiasi indagine sulla personalità del rischio.

Nonostante la tutela riconosciuta dall'articolo 3 della Convenzione sia dotata di una propria autonomia ed estensione rispetto a quella fornita a coloro ai quali è attribuito lo status di rifugiato in base alla Convenzione di Ginevra, non si può negare che, in relazione alla situazione personale del ricorrente che consente di ritenere esistente un rischio reale di subire tortura o trattamenti inumani o degradanti, la circostanza che il soggetto abbia un coinvolgimento politico o religioso assume un ruolo primario

anche nella maggior parte dei casi portati davanti alla Corte di Strasburgo.⁶⁷

Essere un noto esponente dell'opposizione al governo del proprio paese d'origine rappresenta sicuramente l'ipotesi in cui risulta più facile ritenere esistente un rischio individuale.

Si può infatti affermare che tanto maggiore è il ruolo di oppositore svolto dal ricorrente quanto minori saranno le prove da dover fornire per poter ottenere il riconoscimento della tutela; tra l'altro la Corte, come sappiamo, ha stabilito che tendenzialmente la pericolosità del soggetto, la quale evidentemente sarà valutata in base alla condotta tenuta precedentemente, non può essere invocata per escludere il divieto di espulsione stante la natura assoluta dell'articolo 3.

Più tortuoso sarà invero il percorso da affrontare per chi abbia svolto un'attività d'opposizione meno rilevante o comunque sia qualificabile come membro secondario del movimento di appartenenza.

Sotto questo aspetto tuttavia gli organi di Strasburgo, riconoscendo la difficoltà di fornire prove di un'attività spesso svolta, per evidenti motivi, in clandestinità, hanno ritenuto sufficienti, indizi o principi di prova.

Si può rilevare comunque che è proprio su tale terreno della dimostrazione della propria situazione personale che molte delle richieste di tutela trovano un ostacolo alla loro soddisfazione.

Non si deve ritenere però che solo l'attivismo politico o religioso consenta di invocare la protezione dal *refoulement* ex articolo 3, possono assumere

⁶⁷ Chetail V. “*Le droit des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ed dégradants*”, cit., p. 190 e ss. e Karagiannis S. “*Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l’état de destination ou à des particuliers*”, cit., p. 43 e ss.

rilevanza infatti anche ulteriori situazioni personali purchè ovviamente siano tali da far sorgere un rischio reale di subire un trattamento lesivo.

Ad esempio la Corte nella sentenza Jabari contro Turchia del 2000⁶⁸ ha riconosciuto l'illegittimità dell'espulsione di una donna iraniana che rischiava di essere sottoposta alla lapidazione per aver commesso adulterio.

Soprattutto in tali circostanze del tutto personali, ma comunque non esclusiamente, assume un ruolo centrale nella decisione della Corte la valutazione attinente alla credibilità del ricorrente.

Su questo punto la Corte e la Commissione hanno, almeno in principio, dimostrato di non essere particolarmente esigenti affermando rispettivamente di tenere in considerazione *“la sfiducia dei richiedenti asilo nei confronti delle autorità e della difficoltà di confermare la loro versione tramite documenti”* e che *“una completa precisione non può essere richiesta da parte di vittime di torture.”*

Dall'analisi della giurisprudenza emerge tuttavia la rilevanza in concreto data a tale requisito della credibilità.

Non rare sono infatti le sentenze nelle quali la Corte ha rifiutato di ammettere l'integrazione della violazione in ragione del silenzio del ricorrente o della contraddittorietà delle sue dichiarazioni, si può fare riferimento alla sentenza Cruz Varas contro Svezia o nella casistica più recente alla sentenza K.A.B. contro Svezia.⁶⁹

⁶⁸ Ricorso n°40035/98.

⁶⁹ Ricorso n°886/11. In questa recente sentenza, riguardante l'espulsione da parte della Svezia di un richiedente asilo somalo, la Corte ha dichiarato di condividere la posizione delle autorità svedesi nel ritenere sussistenti problemi di credibilità rispetto ad una serie di dichiarazioni del ricorrente.

Un elemento poi dal quale sembra si possa correttamente valutare la credibilità, quando il ricorrente fa valere il proprio coinvolgimento politico, è dato dall'apporto di motivazioni adeguate da parte del soggetto, riguardo l'attività da lui svolta o i fini della stessa, mentre invece non si richiede necessariamente che egli venga riconosciuto da parte del movimento al quale pretende di appartenere.

Ulteriori circostanze impeditive, sempre incidenti sulla credibilità, sono state individuate ad esempio nella negligenza dimostrata nella procedura necessaria per ottenere lo status di rifugiato: in tali casi emerge la preoccupazione dei giudici di Strasburgo di evitare che il ricorso davanti ad essi venga interpretato come una forma d'appello nei confronti delle decisioni nazionali relative alla protezione dei rifugiati.⁷⁰

Al di là della questione relativa alla credibilità del soggetto, si deve rilevare come un altro dei motivi talvolta allegati, sempre nell'ambito della ricostruzione della situazione personale del ricorrente, attenga alla pubblicità del ricorso in ragione delle conseguenze che da essa possano derivare.

Si sostiene infatti che, alla luce dell'instaurazione della procedura davanti la Corte, il pericolo incorso nello Stato di destinazione diventi ancora più concreto.

⁷⁰ Ulteriori interazioni tra la tutela garantita dalla qualifica di rifugiato e quella derivante dall'articolo 3 della Convenzione hanno portato a risultati discutibili: in alcuni casi la Corte è arrivata a dichiarare l'irricevibilità dei ricorsi in ragione del fatto che non fosse stata presentata la domanda per ottenere lo status di rifugiato o addirittura si è ritenuto che non fosse stata integrata la violazione dell'articolo 3 proprio in ragione del fatto che il ricorrente aveva già ottenuto la qualifica di rifugiato e per questo non sarebbe potuto essere destinatario di un provvedimento di allontanamento, senza considerare che la tutela riconosciuta dall'articolo 3 ha un'estensione maggiore ed è dotata di una sua autonomia rispetto a quella della Convenzione di Ginevra.

In effetti, si può considerare fondata tale preoccupazione dovendo però escludere che questa circostanza sia da sola in grado di esporre al rischio di tortura o di subire una pena o un trattamento inumano o degradante.

Per quanto riguarda l'allegazione di ragioni a carattere religioso, ad esempio l'avvenuta conversione alla religione cristiana, si deve sottolineare come, nei casi in cui il rischio consista nel pericolo di subire una manifesta violazione della libertà religiosa, si è ritenuto che non sia necessario far valere la violazione dell'articolo 9, rispetto al quale si porrebbero maggiori problemi nell'affermarne la violazione in conseguenza di una misura di allontanamento⁷¹, ma si possa fare rientrare nell'ambito dell'articolo 3.

In tali casi l'ostacolo maggiore cui si va incontro è quello della dimostrazione della spontaneità della conversione, anche se è possibile avanzare dei dubbi sul fatto che la spontaneità sia un fattore decisivo ai fini della sottomissione ai trattamenti lesivi, nella circostanza in cui, anche se solo formalmente, la conversione si sia verificata e sia possibile dimostrarlo.

Talvolta, ha assunto rilevanza davanti la Corte anche l'elemento dell'appartenenza del ricorrente ad una minoranza, ad esempio nella

⁷¹ Si fa riferimento a quanto esposto nel paragrafo 6 del presente elaborato in merito ai limiti dei diritti garantiti dalla Convenzione la cui lesione, in seguito ad un provvedimento di allontanamento, consente di invocare la violazione del principio di *non-refoulement* ex articolo 3.

Sul punto si veda Fornerod A. "*L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers: illustrations récentes*" in *Revue trimestrelle des droits de l'homme* (82) 2010, p. 318 e ss.

sentenza Salah Sheek contro Paesi Bassi del 2007⁷², dove si è ritenuto che tale circostanza, combinata all'incapacità delle autorità dello Stato di destinazione di garantire un'adeguata protezione, implicasse il rischio, in caso di rinvio, di trattamenti contrari all'articolo 3.⁷³

Tale posizione della Corte assume una certa rilevanza sia perchè è espressione del tentativo di dare una “*dimensione collettiva*” alla tutela dell'articolo 3 sia perchè alleggerisce l'onere della prova a carico di coloro che soddisfano tale requisito.

In conclusione è necessario evidenziare come la valutazione di tali diversi elementi a cui si è fatto riferimento ai fini della ricostruzione della condizione personale del richiedente tutela, imponga la realizzazione di una complessa indagine che spesso risulta non essere alla portata degli organi della Convenzione.

Ciò spiega la ragione della fiducia spesso riposta nell'attività svolta da parte delle autorità nazionali che, tuttavia, non dovrebbe mai tradursi nella totale mancanza di vigilanza sulla stessa.

Non da escludere è evidentemente la possibilità che si giunga a valutazioni discordanti in un campo come questo, caratterizzato da una certa relatività e dalla fisiologica difficoltà di pervenire a soluzioni assolute e generalizzate.

⁷² Ricorso n°1948/04. In tale sentenza, in particolare, la Corte ha ritenuto che l'appartenenza del ricorrente alla minoranza Ashraf, in Somalia, fosse una circostanza tale da esporlo al rischio di subire trattamenti contrari all'articolo 3.

⁷³ Fornerod A. “*L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers: illustrations récentes*”, cit., p. 327.

1.10 L'evoluzione giurisprudenziale in merito alle condizioni del paese di rinvio

L'ulteriore profilo da valutare per poter determinare l'esistenza o meno di un rischio reale di sottomissione a tortura o ad altro trattamento inumano o degradante, attiene alla situazione generale del paese di rinvio del ricorrente, coincidente generalmente con il paese d'origine dello stesso.

Tale tipo di valutazione, richiedendo un attento esame del livello di tutela dei diritti umani nello Stato interessato, potrebbe essere considerato come una forma di ingerenza negli affari interni dello stesso, rilevante sul piano della responsabilità di diritto internazionale.⁷⁴

La Corte, tuttavia, nell'intento di evitare che vengano sollevate tale tipo di obiezioni, ha ribadito il fatto che l'interesse delle indagini non è quello di accertare la responsabilità dello Stato coinvolto ma solo di conoscerne le effettive condizioni al fine di poter decidere sulla legittimità o meno della misura di allontanamento.⁷⁵

Benchè l'esistenza di un regime democratico non escluda in principio la possibilità di ritenere sussistente il rischio di subire trattamenti lesivi, indubbiamente in tali casi l'indagine da svolgere risulterà più complessa

⁷⁴ Si veda Karagiannis S. "*Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'état de destination ou à des particuliers* ", cit., p. 51 e ss.

⁷⁵ In particolare nella sentenza Cruz Varas la Corte ha affermato che "*si on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3, il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement.*"

rispetto alle ipotesi in cui nello Stato interessato vi sia una nota situazione di lesione dei diritti umani.⁷⁶

La Corte, nello svolgere tale inchiesta, si serve prevalentemente delle informazioni ricavabili dai rapporti realizzati dalle organizzazioni internazionali, nazionali o non governative specializzate nella tutela dei diritti umani.

L'indagine verte sulla situazione in cui si trova lo Stato di rinvio al momento stesso in cui l'esame viene svolto o al momento dell'esecuzione della misura di allontanamento a seconda rispettivamente che l'espulsione non sia ancora stata eseguita o abbia piuttosto già trovato attuazione.

Anche laddove l'esame dovesse condurre ad esiti negativi, è possibile che si realizzi un'evoluzione positiva della situazione considerata, tale da portare alla conclusione dell'insussistenza del pericolo di lesione dell'articolo 3.

In tali casi si deve notare come la Corte, al fine di poter ritenere assente il rischio, non richieda che nello Stato di destinazione sia effettivamente stabilito un regime democratico secondo gli standards europei, ma ritenga

⁷⁶ Chetail V. *“Les droits des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants”*, cit., p. 196 e ss.

piuttosto sufficiente anche solo un miglioramento della situazione oggetto dell'indagine.⁷⁷

La Corte ha inoltre ammesso la possibilità di non ritenere in violazione del principio di *non-refoulement* l'atto di espulsione, nei casi in cui sia possibile per il ricorrente trovare la protezione necessaria in una parte del territorio del proprio Stato; si tratta dell'istituto dell'asilo interno, elaborato nell'ambito del sistema di protezione dei rifugiati, con il quale si intende la protezione che lo Stato d'origine può riconoscere seppur in una zona differente rispetto a quella di provenienza del richiedente tutela.

La prima volta in cui è stata invocata tale nozione nella giurisprudenza di Strasburgo, da parte dello Stato accusato della violazione dell'articolo 3, è la sentenza *Chahal contro Regno Unito*⁷⁸ nella quale tuttavia la Corte ha correttamente proceduto a darne una interpretazione restrittiva, affermando l'inefficacia di tale argomentazione nelle situazioni in cui il rischio di tortura o di trattamento inumano o degradante provenga dalle autorità statali, in quanto tali, presumibilmente in grado di esercitare il loro potere su tutto il territorio.

⁷⁷ Uno dei casi in cui si è avuto il riconoscimento, da parte della Corte, di un miglioramento rilevante, ai fini della decisione, della situazione dello Stato di destinazione è l'affare *Cruz Varas* in cui, nonostante il Generale Pinochet fosse ancora al potere e non si potesse quindi ritenere affermato un ordinamento democratico, la Corte ha riconosciuto che *“une évolution démocratique se déroulait au Chili: elle avait entraîné une amélioration de la situation politique et même le rapatriement volontaire de réfugiés de Suède et d'ailleurs.”*

Più recentemente la Corte ha negato la violazione dell'articolo 3 della Convenzione nel caso *K.A.B. contro Svezia*, adducendo tra le ragioni il riscontro di elementi dai quali si potesse desumere un seppur minimo miglioramento della situazione somala.

⁷⁸ Il governo inglese sosteneva che il ricorrente sarebbe dovuto essere rinvioato verso l'India ma non necessariamente verso il Panjeb, territorio d'origine dello stesso.

Tale argomentazione è stata poi sostenuta anche in sentenze successive con la conseguenza che l'applicazione dell'istituto dell'asilo interno è stata limitata alle ipotesi in cui il rischio sia realmente circoscritto ad una specifica zona dello Stato di rinvio.

Nella recente giurisprudenza, sia nella sentenza Sufi ed Elmi contro Regno Unito⁷⁹ che nella K.A.B contro Svezia⁸⁰, nel valutare la possibilità di ricorrere alla protezione interna del paese d'origine si è individuata poi come ulteriore condizione la concreta possibilità di raggiungere in sicurezza l'area nella quale è possibile ottenere la protezione, di accedere alla stessa e infine stabilvisi.

La circostanza dell'esistenza di una particolare situazione nello Stato d'origine del ricorrente, tradizionalmente si affermava dovesse sempre essere accompagnata da una particolare condizione personale del soggetto, come visto sopra, che consentisse di ritenere esistente un certo grado di individualizzazione del rischio.

Su questo aspetto vi è stata però un'importante evoluzione giurisprudenziale che ha portato all'affermazione per cui in situazioni particolarmente pericolose di violenza generalizzata non è necessario verificare l'integrazione dell'ulteriore fattore relativo alla situazione personale dell'individuo.

Affinchè questa conclusione possa portare però ad un'effettiva estensione della tutela è necessario capire quali siano gli indici dai quali desumere che nello Stato di rinvio vi sia un tale livello di violenza.

L'orientamento iniziale della giurisprudenza è perfettamente rappresentato dalla sentenza Vilvarajah e altri contro Regno Unito del 1990 in cui la

⁷⁹ Ricorsi n°8319/07 e 11449/07, sentenza 28 giugno 2011.

⁸⁰ Ricorso n°886/2011, sentenza 5 settembre/2013.

Corte ha dimostrato di dare un peso determinante alla situazione personale dell'individuo, avendo rifiutato di impedire l'espulsione sulla base del fatto che la condizione nella quale si trovavano i ricorrenti non era differente da quella dell'intera comunità di loro appartenenza.⁸¹

Questa posizione assunta dalla Corte è sicuramente espressione dell'accoglimento da parte della stessa delle istanze avanzate dagli Stati membri, preoccupati che un'interpretazione eccessivamente estensiva della tutela fornita dall'articolo 3 li avrebbe costretti a garantire protezione a tutti coloro che provenissero da situazioni di violenza generalizzata, date le significative ricadute economiche e sociali che tale circostanza avrebbe potuto determinare.

Non sono mancate le critiche a tale impostazione fondate principalmente sull'argomento dell'assolutezza dell'articolo 3, che non soltanto non dovrebbe consentire alcun bilanciamento con gli interessi economici e sociali dello Stato coinvolto ma non dovrebbe nemmeno portare a ritenere che la tutela dal *refoulement* diventi meno incisiva con l'aumentare dei

⁸¹ Ricorso n°25389/05. Il caso a cui si fa riferimento riguardava alcuni cittadini dello Sri Lanka appartenenti alla comunità indipendentista tamoul che per tale ragione allegavano di essere esposti al rischio di subire trattamenti contrari all'articolo 3 in conseguenza del provvedimento di allontanamento adottato dal Regno Unito, la Corte a tale proposito, valorizzando il ruolo della situazione personale del ricorrente al fine di ottenere la tutela dal *refoulement* in forza della Convenzione ha affermato che *“les preuves fournies à la Cour quant aux antécédents des requérants et au context général au Sri Lanka n'établissent pas que la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays.”*

soggetti esposti al pericolo, come di fatto invece è stato affermato in tale sentenza.⁸²

Sempre nel contesto di tale interpretazione restrittiva si può tuttavia riscontrare un'apertura, di cui rappresentativa è la sentenza H.L.R. contro Francia nella quale la Corte ha affermato *“di non aver mai escluso la possibilità che una situazione generale di violenza nel paese di destinazione sia d'intensità tale da comportare che, per ciò solo, il rinvio verso quel paese costituisca una violazione dell'articolo 3.”*

Tuttavia al di là della affermazioni di principio, per molto tempo non è stata data attuazione in concreto a tale possibilità avendo la Corte ritenuto nei vari casi che la violenza non superasse il livello richiesto per giustificare tale eccezione.

A partire dal 2007 si registrano delle pronunce nelle quali la Corte ha riconosciuto che *“nei casi più estremi di violenza generalizzata, dove c'è un rischio reale per l'individuo di essere soggetto a trattamenti inumani e degradanti semplicemente in virtù del trovarsi in quel paese, qualsiasi allontanamento sarebbe necessariamente contrario all'articolo 3 della Convenzione.”*⁸³

⁸² Sul punto va tuttavia tenuto presente il principio del *“margine di apprezzamento”* elaborato dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza e positivizzato nel Protocollo n°15 della Convenzione adottato a Strasburgo nel 2013.

Nato inizialmente con riferimento alla definizione dei casi ai quali ritenere applicabile l'articolo 15, si è successivamente esteso alle previsioni della Convenzione che contengono diritti e libertà tendenzialmente inviolabili.

Tale principio è espressione della discrezionalità che la Corte di Strasburgo riconosce agli Stati nell'individuare le possibili limitazioni ai diritti garantiti dalla Convenzione.

⁸³ Inizialmente, tuttavia, si riteneva applicabile tale eccezione solo nei casi in cui il ricorrente dimostrasse di essere parte di un gruppo sistematicamente sottoposto a trattamenti inumani e degradanti.

Tuttavia è solo con l'importante sentenza Sufi ed Elmi contro Regno Unito del 2011⁸⁴ che la Corte ha condotto al definitivo superamento del requisito dell'individualizzazione del rischio quando la situazione del paese di rinvio rispetti determinati parametri.⁸⁵

A partire da tale pronuncia, il cui contenuto è stato ribadito in sentenze successive come ad esempio la Hirsi Jamaa e altri contro Italia, si ammette quindi la possibilità che la sola situazione in cui versi lo Stato di rinvio possa giustificare il divieto di allontanamento.

Per quanto riguarda i parametri utilizzati dalla Corte al fine di verificare il grado di violenza presente in un dato territorio, nella sentenza Sufi ed Elmi si fa riferimento ai quattro seguenti: la circostanza che la parti in conflitto prendano di mira civili o utilizzino metodi tali da aumentare il numero di vittime civili, la diffusione di tali tecniche, il fatto che il conflitto sia o meno localizzato, il numero di vittime, feriti o sfollati a causa del conflitto.

La Corte inoltre ha riconosciuto in tale sentenza che, ai fine della valutazione della possibile violazione dell'articolo 3 in seguito all'espulsione, è necessario considerare le condizioni di vita alle quali il ricorrente sarebbe esposto e la prospettiva di un futuro miglioramento delle stesse.

⁸⁴ Tale caso riguarda i provvedimenti di allontanamento adottati dalle autorità inglesi nei confronti di due cittadini somali con situazioni personali molte diverse che, tuttavia, non sono state oggetto di analisi da parte della Corte proprio per l'aver ritenuto che la situazione somala fosse tale da giustificare di per sé il divieto di rinvio.

⁸⁵ Parisciani E. *“Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Sufi e Elmi”* on line all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2345280 2013.

La recente sentenza K.A.B. contro Svezia del 5 settembre 2013 sembra tuttavia limitare la portata dell'innovazione introdotta nel caso Sufi ed Elmi proprio sul profilo della valutazione della situazione di violenza.⁸⁶

Entrambe le pronunce riguardano la situazione della Somalia e mentre nella prima si è riconosciuta la presenza di una situazione di violenza generalizzata tale da non rendere necessario il test relativo all'individualizzazione del rischio, nella seconda, la Corte, a distanza di pochi anni, ha ritenuto di poter affermare che sia in atto un miglioramento di cui sarebbero espressione la diminuzione delle vittime e la perdita di controllo delle forze ribelli.

Queste conclusioni hanno portato la Corte ad effettuare conseguentemente l'esame della situazione personale del ricorrente, sulla base del quale è giunta a negare l'esistenza di un rischio reale di violazione dell'articolo 3.

L'analisi della casistica più recente risulta di particolare interesse in quanto dimostra come, benchè la Corte abbia fatto significativi passi avanti nel riconoscere la rilevanza che determinate situazioni di violenza estrema possano avere ai fini dell'attivazione della tutela garantita dalla Convenzione, la partita si giochi in fin dei conti sul piano della qualificazione delle stesse e che basti ritenere integrato un miglioramento, come avvenuto nell'affare K.A.B. contro Svezia, per poter tornare ad applicare lo schema classico del rischio individualizzato.

⁸⁶ Si vedano i commenti a tale sentenza di Fiorini A. *“La Corte europea dei diritti dell'uomo riapre a possibili rimpatri a Mogadiscio”*

in Progetto Melting pot Europa on line all'indirizzo <http://www.meltingpot.org/La-Corte-europea-dei-diritti-dell-uomo-riapre-a-possibili.html#.VA36SVZK54Q>, 2012 e Parisiani E. *“Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza K.A.B. contro Svezia (5 settembre 2013)”* in SIDIblog on line all'indirizzo <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=533>, 2013.

In tale contesto relativo alla rilevanza data alle situazioni di violenza generalizzata, è interessante notare il parallelo procedere della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In particolare, nella decisione relativa al caso Elgafaji del 2009⁸⁷ conseguente ad un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione della “*direttiva qualifiche*”, relativa alle condizioni necessarie per poter accedere agli strumenti di protezione internazionale nell'ambito dell'Unione Europea, la Corte ha affermato che in casi di eccezionale violenza non è necessario che il pericolo coinvolga direttamente il richiedente tutela.

La Corte di Lussemburgo è arrivata a tale conclusione sulla base di un'interpretazione estensiva dell'articolo 15 c), secondo la quale il riconoscimento dell' “*esistenza di minacce gravi ed individuali contro la persona*”, a cui tale norma fa riferimento, non è subordinata all'apporto di prove dalle quali si desuma una particolare situazione personale che porti l'individuo ad essere esposto al pericolo.

Si è poi specificato come l'articolo in esame vada considerato una norma autonoma e dal contenuto distinto da quello dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al quale invece sarebbe assimilabile l'articolo 15 b).

Non si può fare a meno di notare come la Corte di Strasburgo nel caso Sufi ed Elmi abbia di fatto riprodotto tale argomentazione ritenendo che l'interpretazione dell'articolo 15 c) elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea si potesse ritenere valida anche per l'articolo 3 della Convenzione, arrivando quindi ad affermare che le due norme hanno in definitiva lo stesso contenuto e garantiscono lo stesso livello di tutela.

⁸⁷ Sentenza C-465/07.

1.11 L'espulsione verso uno Stato membro del Consiglio d'Europa

Nell'ambito della giurisprudenza di Strasburgo relativa al contenzioso sull'allontanamento degli stranieri, si è posto il problema di capire quale sia l'approccio che la Corte o la Commissione devono avere nel caso in cui lo Stato di rinvio sia membro del Consiglio d'Europa.⁸⁸

Su questo punto la Commissione, l'organo che almeno inizialmente si è trovato a dover affrontare tale questione, ha ritenuto di non poter dare rilevanza alla mera circostanza che lo Stato di rinvio facesse parte del Consiglio d'Europa, quando questa non fosse accompagnata dalla ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tuttavia è opportuno evidenziare come attualmente il problema di trovarsi di fronte ad uno Stato che sia membro del Consiglio d'Europa ma non della Convenzione sia più teorico che reale dal momento che vi è essenzialmente coincidenza tra gli Stati parte dell'uno e dell'altra e che in concreto l'aver aderito alla Convenzione sia considerato ormai un requisito per poter entrare a far parte del Consiglio d'Europa.

La questione successiva riguardava se attribuire rilevanza al sol fatto che fosse stata ratificata la Convenzione o piuttosto anche alla scelta dello Stato di riferimento di sottoscrivere l'articolo 25 della stessa, relativo alla possibilità per l'individuo di adire personalmente la Commissione o la Corte.

⁸⁸ Sul punto si vedano Karagiannis S. "*Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'état de destination ou à des particuliers*", cit., p. 58 e ss. e Fornerod A. "*L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers: illustrations récentes*", cit., p. 329 e ss.

Si deve notare che attualmente, dopo l'entrata in vigore del protocollo numero 11 che ha modificato tra l'altro l'articolo 25 a cui oggi corrisponde l'articolo 34, non vi è più la facoltatività per gli Stati di sottoscrivere tale norma, per cui il problema a cui si fa qui riferimento non ha in concreto più rilevanza.

Il ragionamento della Commissione presenta tuttavia un certo interesse e per tale ragione merita di essere qui esposto.

Prima della riforma, in mancanza di tale sottoscrizione, benchè lo Stato fosse vincolato alla Convenzione non si consentiva all'individuo di poterne invocare la violazione.

Su questo punto la Commissione si era pronunciata in una decisione del 1983, Kemal Altun contro Repubblica federale tedesca⁸⁹, affermando di *“dare una certa importanza al fatto che il ricorrente non avrebbe disposto nei confronti della Turchia del ricorso individuale enunciato come clausola facoltativa dall'articolo 25 della Convenzione.”*⁹⁰

La Commissione nel fare questa affermazione aveva dimostrato di dare una significativa importanza al fatto che lo Stato avesse accettato o meno l'operatività del ricorso individuale in quanto quest'ultimo, benchè sia uno strumento cui l'individuo può ricorrere solo dopo aver subito la presunta violazione, costituisce una garanzia contro la commissione di atti contrari all'articolo 3.

Secondo la Commissione quindi la possibilità per lo Stato di essere condannato per la violazione della Convenzione rappresenta un forte

⁸⁹ Ricorso n°10308/83.

⁹⁰ Ovviamente la Commissione giungeva a ritenere integrata la violazione dell'articolo 3, oltre che sulla base di tale considerazione, in ragione della credibilità del ricorrente e della constatazione di un rischio reale di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti.

deterrente a commettere atti che potrebbero essere considerati illegittimi alla luce della stessa.

Si tratta di capire a questo punto in cosa consista effettivamente il vantaggio che lo Stato di rinvio sia parte della Convenzione e in quanto tale sia sottoposto al controllo della Commissione e della Corte in conseguenza del ricorso individuale esperibile davanti a tali organi.

Sul punto vi è stata una significativa evoluzione segnata in particolare dal distacco della Corte dall'impostazione che la Commissione aveva assunto in diversi casi risalenti.

Secondo la Commissione infatti, nei casi in cui lo Stato contro cui il ricorso era stato presentato fosse membro del Consiglio d'Europa, avrebbe operato una presunzione per cui l'individuo non sarebbe stato sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti una volta espulso.

Tuttavia, affinché una tale presunzione potesse operare, si riteneva fosse necessario aver verificato, da parte dello Stato che realizzava l'espulsione, che lo Stato di rinvio non avesse limitato la portata dell'articolo 3 nei suoi riguardi o non ne avesse fatto oggetto di riserva.

Lo Stato di rinvio inoltre, non doveva trovarsi in una delle situazioni a cui fa riferimento l'articolo 15 (stato di guerra o altro pericolo pubblico che minacci la nazione) in quanto, nonostante l'articolo 3 in principio non sia suscettibile di deroghe nemmeno in tali circostanze, in concreto non si può dire sia sempre così, per cui, affinché l'espulsione potesse avvenire senza che lo Stato fosse considerato responsabile della violazione del principio di *non-refoulement*, si richiedeva il rispetto di questa ulteriore condizione.

Per quanto riguarda l'interpretazione di tale presunzione, di cui tra l'altro si trova un esplicito riferimento nel caso Irerutagoyena contro Francia⁹¹, si deve ritenere che si traducesse nel fatto che sullo Stato che intendeva emettere la misura di espulsione gravassero minori obblighi nell'effettuare l'indagine relativa alla verifica del rischio per l'individuo di essere sottoposto a trattamenti contrari all'articolo 3 in seguito all'allontanamento.

Si trattava comunque di una presunzione relativa, suscettibile quindi di essere di volta in volta superata, nonostante si rilevasse come in concreto dipendesse dalla Commissione o dalla Corte determinare la portata dell'onere della prova gravante su chi intendesse ridurre la portata della stessa.

La Corte nelle sue sentenze, contrariamente a quanto ritenuto dalla Commissione nelle vecchie decisioni, ha affermato invece che lo Stato che emette la misura di allontanamento non è esonerato dall'obbligo di verificare che nello Stato di rinvio l'individuo non correrà il rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti nemmeno quando il paese di destinazione sia parte della Convenzione.

In sostanza la Corte ha operato un ridimensionamento che ha portato a riallineare gli obblighi che incombono sugli Stati quando il paese di rinvio sia membro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto a quando non lo sia.

⁹¹ Ricorso n°32829/96. Nella decisione di tale caso del 1998, la Commissione infatti ritenne di poter affermare, in ragione del fatto che la Spagna fosse membro della Convenzione e che avesse riconosciuto il diritto al ricorso individuale che *“il existe une présomption de ce que des traitements contraires à cette disposition ne se produisent pas dans cette Etat”*.

Il discorso fin qui svolto presenta degli elementi di interesse anche in rapporto al sistema creato nell'ambito dell'Unione Europea relativo alla determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande d'asilo ,c.d. “*Sistema Dublino*”, tuttavia essendo questa tematica oggetto specifico dei capitoli successivi del presente elaborato rinvio a quelle sedi la sua trattazione.

1.12 Il rinvio vero un “paese terzo sicuro”

Il principio di *non-refoulement* in tutte le sue formulazioni e quindi anche come ricavabile dal testo dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come già anticipato, non implica in alcun modo l'obbligo per lo Stato di riconoscere allo straniero il diritto d'asilo nel suo territorio.

L'obbligo in esame consiste soltanto nel non respingere l'individuo verso il suo paese d'origine o in altri territori nei quali sarebbe ugualmente esposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti.

Lo Stato interessato potrà quindi legittimamente scegliere di accogliere lo straniero nel proprio territorio o rinviarlo verso un paese nel quale non rischi di subire alcuna violazione.

Emerge così la nozione di “*paese terzo sicuro*” rispetto alla quale è opportuno fare delle precisazioni.⁹²

In particolare il problema che si è posto è stato quello di definire quando uno Stato si possa considerare effettivamente sicuro e quindi quali siano gli elementi che devono essere oggetto di valutazione.

⁹² Lenzerini F. “*Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*”, cit., p. 742 e ss.

Un contributo importante è stato dato dal Comitato esecutivo dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati che ha individuato nei seguenti tre elementi gli indici dai quali desumere la sicurezza o meno di un paese affinché l'individuo possa esservi legittimamente rinvio: la possibilità per lo straniero di rimanere nel territorio di tale paese, il rispetto nei suoi confronti dei diritti umani e il rispetto del principio di *non-refoulement*.⁹³

Si deve tuttavia notare come la pratica in concreto si allontani da tali affermazioni di principio in particolare per quanto riguarda il primo aspetto: è infatti comunemente accettato che a sua volta lo Stato al quale lo straniero è rinvio possa allontanarlo verso un altro "*paese terzo sicuro*" e non sia quindi obbligato a dovergli consentire di stabilizzarsi nel suo territorio.

Questa circostanza comporta l'emergere del fenomeno dei cosiddetti "*rifugiati in orbita*", locuzione con la quale si fa riferimento a coloro i quali sono oggetto di più rinvii in paesi sicuri.

Per quanto riguarda il secondo profilo, mi limiterò in questa sede a dire che è necessario che dalla verifica risulti che lo Stato di destinazione sia rispettoso dei diritti fondamentali e che per arrivare a tale conclusione non sia possibile ricorrere a presunzioni in forza delle quali uno Stato debba essere considerato a priori conforme agli standards internazionali di tutela dei diritti umani.

Anche in tal caso quindi non sarà possibile fare affidamento sul solo fatto che lo Stato verso il quale si intende operare il rinvio sia membro della

⁹³ Conclusione numero 58 del 1989 del Comitato Esecutivo dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati.

Convenzione o sull'esistenza di un trattato o di un accordo che imponga di considerare come sicuri gli Stati che ne fanno parte.

Il riferimento è ancora una volta soprattutto al sistema operante nell'ambito dell'Unione Europea sul quale la Corte non ha mancato di pronunciarsi e di giudicarne la compatibilità rispetto alla Convenzione a cui gli Stati membri hanno aderito; anche in tal caso tuttavia essendo una tematica che verrà trattata specificatamente nel prosieguo di tale lavoro mi limito qui alle considerazioni già effettuate.

Per quanto riguarda infine il terzo requisito, un paese si potrà considerare sicuro quando si possa ritenere che non rinvierà lo straniero verso il suo Stato d'origine violando quindi a sua volta il principio di *non-refoulement*. Anche per tale tipo di valutazione non rileva il fatto che il rinvio venga operato in forza di un trattato, come avviene nell'ambito del "*Sistema Dublino*".

Si parla in questa circostanza di *refoulement* indiretto, per il quale comunque si considera responsabile lo Stato che per primo ha emesso la misura di allontanamento in quanto si ritiene che su di esso incomba non solo il dovere di non espellere direttamente l'individuo nel territorio in cui possano essere lesi i suoi diritti ma anche verso uno Stato che pur essendo di per sé sicuro presumibilmente non rispetterà il principio del *non-refoulement*.

1.13 La violazione dell'articolo 3 da parte di privati: la sentenza H.L.R. contro Francia

Uno degli aspetti rispetto ai quali si è verificata un'importante evoluzione della giurisprudenza di Starsburgo, in relazione alla tutela dell'articolo 3

dal *refoulement*, è sicuramente quello relativo all'estensione dell'applicazione di tale principio alle ipotesi in cui il potenziale trattamento inumano o degradante venga commesso, nello Stato di rinvio, non dalle autorità statali ma da privati.⁹⁴

Lo Stato verso il quale l'individuo viene allontanato non si configura in tal caso come autore diretto del trattamento contrario all'articolo 3 ma sarà necessario verificare la sua incapacità a garantire la protezione contro le possibili future violazioni.

Tale evoluzione si inserisce nel contesto più ampio dell'affermazione di una dottrina d'origine tedesca, la "*Drittwirkung*", secondo la quale la tutela dei diritti umani deve essere garantita non solo nei confronti delle attività imputabili allo Stato ma anche a quelle riconducibili ai privati.

Questa impostazione coinvolge ovviamente anche i diritti sanciti all'interno della Convenzione e per riferirvisi si utilizza anche l'espressione della "*efficacia orizzontale*" degli stessi.

Per arrivare ad accogliere tale interpretazione estensiva della tutela dei diritti umani nel contesto della Convenzione e, in particolare in relazione all'articolo 3 della stessa, è stato necessario un lungo cammino giurisprudenziale che ha visto la sua conclusione con la sentenza H.L.R. contro Francia del 1997.

Una serie di ostacoli sono emersi nel corso di tale evoluzione, primo fra tutti la difficoltà di ammettere che la responsabilità dello Stato che emette

⁹⁴ Sul punto Karagiannis S. "*Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'état de destination ou à des particuliers*", cit., p. 66 e ss., Fornerod A. "*L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers: illustrations récentes*", cit., p. 320 e ss. e Borelli. S. "*Allontanamento degli stranieri dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani*", cit., p. 106 e ss.

la misura di allontanamento possa essere innescata da comportamenti imputabili a privati.

L'operatività infatti del principio di *non-refoulement* in seno all'articolo 3 si fonda già su una costruzione complessa, quella della protezione "*par ricochet*", in forza della quale si imputa allo Stato membro la violazione della norma della Convenzione, non perchè questa sia direttamente a lui riconducibile, ma per il fatto di averla resa possibile mediante la misura di allontanamento.

La responsabilità dello Stato è già quindi indiretta e lo sarebbe doppiamente laddove si ritenesse di potergli imputare anche violazioni commesse da parte di soggetti sui quali non ha alcun controllo.

Nonostante tali difficoltà, la Corte e la Commissione, passando per varie tappe, sono riuscite ad affermare tale principio ponendo tuttavia dei limiti all'operatività dello stesso.

Uno dei primi casi nei quali è emerso l'aspetto qui considerato è quello relativo alla sentenza Chalal contro Regno Unito del 1996 a cui si è già fatto riferimento in altra sede.

Nonostante la Corte non abbia fatto la differenza tra comportamenti imputabili allo Stato e quelli riconducibili a privati, ha riconosciuto, nel caso di specie, che il Governo non avesse avuto un controllo totale degli atti commessi da "*alcuni membri delle forze di sicurezza*", ammettendo quindi che la responsabilità si possa configurare anche quando il comportamento lesivo sia riferibile a soggetti non totalmente sotto il controllo dello Stato di appartenenza.

Per quanto riguarda la Commissione assumono una certa rilevanza le considerazioni fatte in occasione di due decisioni: la X. contro Regno

Unito del 1980⁹⁵ e la Kemal Altun contro Repubblica Federale Tedesca del 1983.⁹⁶

Nel primo caso la Commissione nel dichiarare la richiesta irricevibile per l'insufficienza delle prove apportate, ha osservato come non fosse necessario valutare la questione se si potesse o meno tenere in considerazione il pericolo di violazione dell'articolo 3 proveniente da "gruppi autonomi" e non dalle autorità pubbliche.

Benchè quindi l'organo di Starsburgo non abbia affrontato nel merito la questione, in considerazione del fatto che comunque le prove non sarebbero state sufficienti, ha posto le basi affinché questa potesse essere risolta in futuro.

Nel secondo caso le affermazioni della Commissione sono state più esplicite ma senza alcun effetto diretto sulla decisione, che riguardava una misura di estradizione.

Si è affermato infatti che l'extradizione di un individuo verso uno Stato in cui possa essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti è contraria all'articolo 3 anche quando il danno non emani dalle autorità dello Stato verso il quale l'individuo viene estradato. Senonchè, proprio l'extradizione comporta la consegna diretta dell'individuo alle autorità statali per cui non è configurabile in casi come questo una violazione proveniente da privati.

La sentenza decisiva della Corte, come già anticipato, è la H.L.R. contro Francia.⁹⁷

Il caso riguardava un cittadino colombiano, destinatario di un provvedimento di espulsione verso il suo paese d'origine, che affermava

⁹⁵ Ricorso n°8581/79.

⁹⁶ Ricorso n°10308/83.

⁹⁷ Ricorso n°24573/94.

di correre il rischio di subire dei trattamenti contrari all'articolo 3 ad opera di narcotrafficienti, a causa della rivelazione alle autorità francesi di alcuni nomi di soggetti coinvolti nel traffico di droga.

La Corte ha ammesso esplicitamente in tale sentenza la possibilità di applicare l'articolo 3 anche *“qualora il pericolo provenga da persone o gruppi di persone che non svolgono una pubblica funzione”* e ha posto a fondamento di tale considerazione il carattere assoluto dell'articolo in esame.

Nonostante tale affermazione, che estende in principio significativamente la portata della tutela dell'articolo 3, la Corte ha introdotto due condizioni tali da portare ad una limitazione della responsabilità dello Stato.

La prima condizione a cui si fa riferimento consiste nella prevedibilità che l'espulsione esponga l'individuo a trattamenti contrari all'articolo 3.

Si può notare come tale condizione non sia specifica della fattispecie in esame, in generale infatti, per poter ritenere lo Stato responsabile a causa della misura di allontanamento, è necessario verificare che fosse in grado di ritenere probabile l'integrazione della violazione sulla base delle informazioni possedute o che avrebbe dovuto possedere.

Tuttavia, la particolarità del caso in esame, consiste sicuramente nella maggiore difficoltà a prevedere l'integrazione di trattamenti inumani o degradanti da parte di privati con la conseguenza che sarà più difficile ritenere esistente tale requisito della prevedibilità.

La seconda condizione richiesta dalla Corte riguarda il rapporto intercorrente tra i privati responsabili dei comportamenti illegittimi e lo Stato di destinazione: sembra infatti non indifferente, ai fini della valutazione della responsabilità, l'esistenza di un tale collegamento.

In particolare risulterà tanto più difficile ritenere responsabile lo Stato che ha proceduto all'allontanamento, quanto minore sia il legame tra lo Stato di rinvio e i privati autori delle condotte lesive.

Al di là di tali limitazioni poste all'operatività di tale innovazione, si è fatto notare come la Corte abbia volontariamente scelto di affermare tale principio essendo configurabili delle soluzioni differenti che le avrebbero consentito di aggirare il problema, come fatto precedentemente.

In primis, il frequente richiamo da parte del ricorrente al grado di corruzione presente presso le autorità colombiane avrebbe potuto costituire un valido motivo per limitarsi a valutare la responsabilità rispetto a comportamenti di organi statali.

Secondariamente la Corte in tal caso, a differenza di come avvenuto altre volte, solo dopo aver affermato il principio per cui anche la condotta di un privato può portare all'integrazione della responsabilità ex articolo 3 si è preoccupata di verificare l'applicabilità di tale principio al caso di specie.

Proprio al livello di tale seconda verifica, però, è pervenuta a ritenere non integrata la violazione dell'articolo 3 in forza del fatto che non era stata raggiunta la duplice prova relativa all'esistenza del rischio e all'incapacità dello Stato di rinvio di garantire la protezione dell'individuo.

Si pongono quindi degli ulteriori ostacoli all'effettiva operatività di tale regola consistenti nel pretendere il rispetto di un onere della prova particolarmente stringente.

Sotto il primo aspetto, la Corte richiede che in tali casi il rischio debba essere necessariamente personale, circostanza la cui prova risulta ovviamente di particolare difficoltà.

Per quanto concerne il secondo profilo, si è notato come in tal modo si ponga sullo Stato terzo un obbligo di protezione che sembra non potersi configurare nemmeno per gli Stati parte della Convenzione.

In definitiva si può concludere osservando come la Corte, con la prudenza che spesso l'ha contraddistinta, abbia cercato di ridurre l'impatto dell'innovazione di principio, inserendo una serie di elementi che ne rendono difficile l'operatività ma che sono suscettibili di essere superati nella pratica.

1.14 Il divieto di respingimento alla frontiera e l'affermazione del divieto di respingimento in alto mare: la sentenza Hirsi Jamaa contro Italia

Alcuni degli aspetti più controversi in relazione all'effettiva portata del principio di *non-refoulement* riguardano la sua applicazione *ratione loci*.

Un primo problema affrontato è stato quello di definire se il divieto di *refoulement* riguardasse solo gli individui che già fossero presenti sul territorio dello Stato o comprendesse anche il divieto di respingere gli stranieri alla frontiera.⁹⁸

Si può dire che attualmente sia pacificamente condivisa la tesi secondo la quale anche il respingimento di individui non ancora entrati nel territorio dello Stato interessato comporti una violazione del principio in esame.

La principale argomentazione a sostegno di tale impostazione è riconducibile alla formulazione classica del principio di *non-refoulement* nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra che, nell'utilizzare due

⁹⁸ Lenzerini F. "Il principio di *non-refoulement* dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo", cit., p. 748 e ss.

differenti termini, espellere e respingere, induce a ritenere comprese nella tutela garantita tanto la situazione di chi sia già presente nel territorio dello Stato, e rischi quindi di essere espulso, quanto di chi venga respinto prima ancora di esservi ammesso.

Si può inoltre dire che, al di là del fatto che nei vari contesti in cui tale principio è stato successivamente affermato vi sia esplicito riferimento al divieto di respingimento alla frontiera, sarebbe quantomeno riduttivo pensare di poter differenziare l'operatività di quest'obbligo internazionale, così significativo e ricco di implicazioni sul piano della tutela dei diritti umani, soltanto sulla base della contingente posizione nella quale lo straniero si trovi.

Un ulteriore profilo problematico riguarda l'operatività o meno del principio di *non-refoulement* in zone extraterritoriali e in particolare in alto mare.⁹⁹

⁹⁹ Per tale aspetto si vedano Den Heijer M. “*Reflections on refoulement and collective expulsion in the Hirsi case*” in International journal of refugee law Vol.25 No. 2 2013, pp. 265-290, Hessbruegge J.A. “*European court of human rights protects migrants against push-back operations on high seas*” in Asil Insights online all’indirizzo <http://www.asil.org/insights/volume/16/issue/14/european-court-human-rights-protects-migrants-against-push-back> 2012, Lenzerini F. “*Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell’uomo*” cit., p. 750 e ss., Napoletano N. “*La condanna dei respingimenti operati dall’Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*” in Diritti umani e diritto internazionale vol.6 num.2 2012, on line all’indirizzo <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2012/07/Nicola-Napoletano-L>, Terrasi A. “*I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*” in Diritti umani e diritto internazionale 3/2009, pp. 591-607.

La questione è stata affrontata e risolta dalla Corte di Strasburgo in un caso particolarmente interessante sotto diversi punti di vista: il caso Hirsi Jamaa e altri contro Italia.¹⁰⁰

Si tratta di una questione che si era già posta all'attenzione della comunità internazionale in occasione dell'affermarsi della pratica di respingimento, verso il loro paese d'origine, da parte della marina statunitense, di profughi provenienti da Haiti che venivano intercettati in alto mare, in ragione della convinzione del Governo americano per cui fino a quando non fossero entrati nel mare territoriale statunitense non si sarebbe potuto considerare operativo il principio di *non-refoulement*.

Nonostante l'avallo della Corte Suprema¹⁰¹, l'interpretazione restrittiva che gli Stati Uniti avevano fornito del divieto in esame fu oggetto di critiche da parte di tutti gli organismi internazionali operanti in materia d'asilo, i quali erano invece concordi nel ritenere illegittima la condotta tenuta dalle autorità statunitensi.¹⁰²

¹⁰⁰ Ricorso n°27765/09.

¹⁰¹ La Corte Suprema con la sentenza Sale contro Haitian Center Council Inc. del 1993 aveva riformato la sentenza d'appello che affermava il contrasto dell'ordinanza governativa con il principio di *non-refoulement*.

In particolare la Corte ha affermato che “*a treaty cannot impose unanticipated extraterritorial obligations on those who ratify it through no more than its general humanitarian intent. Because the text of article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions toward aliens outside its territory, it does not prohibit such actions.*”

¹⁰² Il riferimento è in particolare alla Commissione inter-americana dei diritti umani, la quale tra l'altro si era già espressa nei confronti degli Stati Uniti prima della decisione della Corte Suprema invitando ad adottare una misura provvisoria, e alla presa di posizione dell'UNHCR.

Per quanto riguarda il caso specifico all'esame della Corte di Strasburgo, la vicenda prendeva le mosse da una serie di trattati tra Italia e Libia in forza dei quali era affidato alla prima un ruolo di controllo sui flussi di migranti provenienti dalla Libia, che si sostanziava nella possibilità di intercettarli prima che entrassero nel mare territoriale e di rinviarli verso il territorio di partenza.

In seguito al ricorso presentato da alcuni cittadini somali ed eritrei la Corte si è pronunciata definendo una volta per tutte la rilevanza del principio di *non-refoulement* nelle zone extraterritoriali e ha affermato, in particolare, che gli obblighi della Convenzione debbano essere considerati operanti anche fuori dal territorio dello Stato e cioè in tutte le zone in cui questo eserciti un controllo effettivo.

L'aspetto maggiormente problematico era, a questo proposito, la valutazione sull'esistenza o meno della giurisdizione statale dal momento che questa costituisce una "*condicio sine qua non*" ai fini dell'esame sul rispetto della Convenzione da parte dello Stato coinvolto.

In base dell'articolo 1 infatti gli Stati membri "*riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione*" i diritti e le libertà dalla stessa affermati.

In una serie di decisioni precedenti¹⁰³ la Corte si era in effetti già pronunciata nel senso che, ai fini della Convenzione, la giurisdizione non vada intesa solo a livello territoriale ma si possa considerare esistente

¹⁰³ Ad esempio nella sentenza Drozd e Janousek contro Francia e Spagna del 1992 la Corte ha affermato che "*the term jurisdiction is not limited to the national territory of the High Contracting Parties; their responsibility can be involved because of acts of their authorities producing effects outside their own territory.*"

Lo stesso principio è stato ribadito nella sentenza Loizidou contro Turchia.

anche quando al di fuori del territorio dello Stato siano posti in essere dei comportamenti ad esso imputabili.

In casi ulteriori¹⁰⁴ aventi ad oggetto specificatamente la giurisdizione su imbarcazioni si è riconosciuto esplicitamente che questa costituisce una delle eccezioni alla territorialità della giurisdizione.

Alla luce di tali precedenti acquisizioni, la Corte nel caso Hirsi è arrivata senza difficoltà alcuna ad affermare che gli individui fossero “*sotto il continuo ed esclusivo controllo de jure e de facto delle autorità italiane*” in ragione del fatto che i ricorrenti erano stati trasferiti sulle loro imbarcazioni e da queste riportati verso le coste libiche e che quindi fosse senza dubbio esistente la giurisdizione dello Stato italiano.

A seguito delle conclusioni cui la Corte è giunta è sorto il problema di capire fino a che punto si possa estendere il concetto di giurisdizione e in particolare come interpretare la situazione in cui i migranti non siano presi a bordo della nave dello Stato parte della Convenzione ma solo accompagnati verso uno Stato terzo e quella in cui il respingimento non avvenga esclusivamente ad opera di una imbarcazione e di un equipaggio dello Stato parte.

Per quanto riguarda il primo aspetto si può ritenere anche in questo caso esistente la giurisdizione dello Stato e quindi la responsabilità dello stesso sulla base dei criteri individuati dalla giurisprudenza di Strasburgo per

¹⁰⁴ Il riferimento è qui ai casi *Bendreus contro Svezia* e *Xhavara contro Italia* portati davanti alla Commissione e decisi rispettivamente del 1997 e 2001, relativi entrambe alla possibilità di considerare esistente la giurisdizione di uno Stato sulle navi battenti bandiera di un altro Stato in acque internazionali, e al caso *Medvedyev e altri contro Francia* la cui sentenza fu emessa dalla Corte nel 2003 e nella quale fu riconosciuto che i marinai di nazionalità ucraina sulla nave cambogiana fossero sotto la giurisdizione francese dal momento che le autorità francesi ne avevano assunto il controllo.

determinare se uno Stato sia o meno nella condizione di poter incidere sui diritti garantiti dalla Convenzione.

Si prevede infatti che la responsabilità dello Stato si possa considerare esistente in base ad atti che hanno una ripercussione sui diritti sanciti dalla Convenzione anche fuori dalla sua giurisdizione, che è sufficiente che il controllo statale sia esercitato anche solo per un periodo limitato e che anche solo l'esercizio del potere autoritativo sugli individui, dovunque avvenga, consenta di poterli considerare automaticamente sottoposti alla giurisdizione di quello Stato.

Nel secondo caso invece sarà necessario verificare chi abbia avuto il controllo effettivo sugli atti posti in essere e sia quindi chiamato a rispondere delle conseguenze prodottesi.

Una volta accertata l'esistenza della giurisdizione italiana la Corte è giunta a riconoscere la violazione dell'articolo 3, di cui viene tra l'altro ribadito il carattere assoluto, negando che la Libia potesse considerarsi come un paese terzo sicuro, sulla base di diversi rapporti di organizzazioni internazionali, e affermando che l'Italia sapeva o avrebbe dovuto sapere che i ricorrenti avrebbero corso il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti.

Nel caso di specie è stata poi ritenuta integrata anche la violazione del *non-refoulement* indiretto in considerazione del fatto che, non solo gli individui sarebbero potuti essere sottoposti a trattamenti contrari all'articolo 3 direttamente da parte della Libia, ma anche dei loro paesi d'origine verso i quali le autorità libiche li avrebbero potuti rinviare.

Di una certa rilevanza risulta poi la condanna per violazione dell'articolo 4 del Protocollo numero 4 relativo al divieto di espulsioni collettive che trova in questa sentenza la sua prima applicazione.

In particolare la Corte ha ritenuto che, nonostante l'articolo in esame faccia esplicito riferimento soltanto alla fattispecie di espulsione (a differenza di quanto visto per l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra), si debbano considerare illegittimi in forza di tale divieto anche gli atti di allontanamento collettivo di coloro che non siano ancora entrati nel territorio dello Stato parte, e ciò in ragione dello scopo della norma e della necessità di interpretare la Convenzione come un *"living instrument"*.

La conseguenza di tale lettura non è l'illegittimità di qualsiasi atto di intercettazione di stranieri ma piuttosto la necessità, in situazioni come queste, di effettuare un esame della condizione personale di ciascun individuo parte del gruppo e di consentire l'esercizio del diritto di difesa nei confronti dell'espulsione di fronte alle autorità competenti.

Strettamente collegata all'affermazione della violazione del divieto di espulsioni collettive è poi il riconoscimento dell'incompatibilità della condotta dello Stato italiano rispetto all'articolo 13 relativo al diritto al ricorso effettivo.

Il fatto di non dare la possibilità agli stranieri di opporsi al provvedimento di espulsione comporta la lesione di un obbligo di natura procedurale che, è stato detto, *"si pone quale presupposto indispensabile per la concreta attuazione dell'obbligo primario di risultato che caratterizza il principio di non-refoulement."*¹⁰⁵

Si intravede quindi l'affermazione di un'importante differenza tra il principio di *non-refoulement* e il divieto di espulsioni collettive: il primo contiene essenzialmente un obbligo di risultato consistente nel non

¹⁰⁵ L'espressione è di Lenzerini F. *"Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo"*, cit., p. 758 e riprende un concetto di Hessbruegge J.A. in *"European Court of Human rights protects migranys against 'Push Back' operations on the high seas"*, cit., p. 4

rinvviare in territori nei quali si potrebbe verificare la sottomissione a trattamenti inumani o degradanti mentre il secondo consiste in un obbligo di natura procedurale e in quanto tale funzionale ad un effettivo rispetto del primo.

Si può dire quindi che con tale sentenza la Corte abbia ancora una volta ampliato significativamente la portata del principio di *non-refoulement*, superando i limiti territoriali che si era tentato di porre alla sua operatività; va evidenziato inoltre che le conclusioni raggiunte rispetto alle intercettazioni di stranieri in alto mare possono essere estese ad ulteriori circostanze, nelle quali si possa considerare esistente la giurisdizione, intesa nel suo senso più ampio, anche fuori dal territorio dello Stato (ad esempio nel caso delle ambasciate).

1.15 Considerazioni conclusive sulla rilevanza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella tutela dal refoulement

Le considerazioni che precedono sul principio di *non-refoulement* nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo consentono di poter affermare che, in un momento in cui forse più che mai la comunità internazionale è costretta a confrontarsi con fenomeni migratori di significativa portata, il ruolo svolto dagli organi di Strasburgo risulta essere sempre più incisivo.

Al di là infatti delle autolimitazioni cui spesso la Corte è costretta a sottoporsi in ragione del fatto che si tratta di incidere su una materia tradizionalmente appartenente all'esclusiva sovranità statale e che l'affermazione di tale tutela sia avvenuta essenzialmente in via pretoria,

non si può non riconoscere l'evoluzione che nel tempo la portata di tale protezione ha subito.

Sicuramente nel processo che ha portato alla trasfusione di tale principio dal diritto internazionale dei rifugiati al diritto internazionale dei diritti dell'uomo non è stato senza significato il fatto che la Corte abbia ritenuto di poterlo ricavare anche dal testo dell'articolo 3 della Convenzione; infatti, se è vero che questo era già stato affermato in altri trattati e strumenti internazionali e che ne è stata poi riconosciuta la natura di norma di diritto consuetudinario, si può ritenere che l'effettività della tutela che il ricorso agli organi di Strasburgo garantisce non abbia pari nel panorama internazionale.

Si tratta di un processo di riconoscimento di una protezione nei confronti di una certa categoria, per quanto vasta e dai confini flessibili, di individui, ancora in corso e che è costretto spesso a subire dei rallentamenti in corrispondenza di situazioni ed eventi che portano alla crescita della sfiducia e della paura verso coloro che cercano di allontanarsi dai territori nei quali rischiano di subire la lesione dei loro più essenziali diritti.

La Convenzione e l'interpretazione che della stessa viene data dalla Corte e dalla Commissione si può dire siano divenuti dei parametri di riferimento nell'ambito della tutela dei diritti umani e quindi nello specifico del divieto di *refoulement* e ciò risulta essere ancor più vero in relazione a quella realtà con cui il sistema di Strasburgo, per ovvie ragioni, si trova a doversi costantemente confrontare: l'Unione Europea.

Si può senza dubbio affermare che la Corte, alla luce di quanto esposto, svolga un ruolo trainante nella definizione degli standards di tutela in materia di asilo che devono essere garantiti dagli Stati membri sia singolarmente considerati che come membri di questa ulteriore

organizzazione regionale in conseguenza del fatto che, anche in tale ambito, si è avuto una progressiva rinuncia all'esclusività della competenza statale mediante l'attribuzione di sempre più ampi poteri alle istituzioni europee.

CAPITOLO II

“Il diritto d’asilo nell’Unione Europea: il ‘Sistema Dublino’ e il recente Regolamento ‘Dublino III’ ”

2.1 Il diritto d’asilo: brevi cenni introduttivi

Il concetto di asilo affonda le sue radici nel passato e nonostante nel tempo si sia arricchito di significati si può dire consista nell’ammissione da parte di uno Stato nel proprio territorio (o comunque in un luogo in cui esercita la sua sovranità) di uno straniero al quale viene riconosciuta tutela nei confronti di un altro Stato.¹⁰⁶

Nel definire il diritto d’asilo è opportuno procedere operando delle differenziazioni e in particolare distinguendo l’asilo inteso come la facoltà per uno Stato di garantire protezione allo straniero e il diritto individuale di ottenere tutela da parte dello stesso.¹⁰⁷

Nella prima accezione il riferimento è evidentemente alla sovranità territoriale di ciascuno Stato nella quale vi rientra pacificamente anche la facoltà di concedere asilo agli stranieri che ne facciano richiesta con i soli limiti eventualmente posti da trattati e accordi tra Stati.

Il secondo profilo si colloca invece in modo più specifico nell’ambito del diritto internazionale dei diritti umani trattandosi della facoltà di ciascun individuo di domandare ed ottenere tutela da parte di uno Stato diverso dal proprio d’origine.

¹⁰⁶ Descrive così la nozione di asilo Pisillo Mazzeschi R. *“Il diritto d’asilo 50 anni dopo la Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo”* in Rivista Internazionale dei diritti dell’uomo 1999, p. 694.

¹⁰⁷ Per tali differenziazioni si veda Morrone F. *“L’asilo nel diritto internazionale”* in Il diritto d’asilo a cura di B.M. Bilotta e F.A. Cappelletti 2006, p. 45 e ss.

Un'ulteriore distinzione a cui fare riferimento è quella tra asilo territoriale ed extraterritoriale: nel primo caso si tratta del riconoscimento della tutela, da parte dello Stato, all'interno del proprio territorio, nel secondo invece la protezione viene garantita nelle proprie legazioni o ambasciate situate nello Stato nei confronti del quale l'individuo richiede tutela.

Si può affermare che attualmente il diritto internazionale si limita a riconoscere il diritto dell'individuo di abbandonare uno Stato, e quindi anche quello d'origine, garantendo invece agli Stati la libertà di decidere se consentire o meno l'accesso e il soggiorno di stranieri nel loro territorio.¹⁰⁸

Tale libertà degli Stati trova tuttavia dei limiti nelle convenzioni che vengono stipulate o, al fine di favorire il riconoscimento dell'asilo, o viceversa, per limitare la facoltà dello Stato di riconoscere tale diritto a determinate categorie di soggetti e cioè imputati o condannati nel proprio paese, in tal caso mediante i trattati di estradizione.

Si può considerare inoltre come un limite alla facoltà degli Stati di riconoscere l'asilo, lo stesso principio di *non-refoulement* che, per quanto non implichi direttamente l'obbligo per lo Stato di concedere l'asilo a chi lo richieda, ne limita la libertà di riviare verso paesi nei quali si possano subire delle persecuzioni.

¹⁰⁸ Pisillo Mazzeschi R. "Il diritto d'asilo 50 anni dopo la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo", cit., p. 699 e ss.

Non esiste quindi nel diritto internazionale un diritto soggettivo d'asilo che invece è piuttosto frequentemente affermato nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali.¹⁰⁹

Tuttavia, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, la tematica dell'asilo ha assunto sempre maggiore rilevanza in corrispondenza all'accresciuta sensibilità per le questioni attinenti alla tutela dei diritti umani.

Per tale ragione un'affermazione del diritto individuale d'asilo si ritrova nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo¹¹⁰ agli articoli 13 e 14. L'articolo 13 riconosce quello che è stato definito il diritto di emigrare, a cui si è sopra fatto riferimento, e infatti al paragrafo 2 si prevede che *“Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese.”*

L'articolo 14 invece, in modo più esplicito, riconosce il diritto per gli individui di ottenere l'asilo e ne indica dei limiti: *“Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni. Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite.”*

Nonostante la Dichiarazione del 1948 contenga un riferimento esplicito al diritto d'asilo come uno dei diritti fondamentali dell'individuo, si è concordi nel ritenere che si tratti di un'enunciazione prevalentemente di natura programmatica, inoltre notoriamente la Dichiarazione ha valore di

¹⁰⁹ Si pensi all'articolo 10 della Costituzione italiana che riconosce il diritto d'asilo allo straniero *“al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana...”*

¹¹⁰ Adottata nel 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

mera raccomandazione, in quanto tale non vincolante per gli Stati che vi hanno aderito.

Ulteriori affermazioni del diritto in esame si ritrovano, a livello universale, all'interno della Dichiarazione sull'asilo territoriale del 1967 adottata dall'Assemblea Generale al fine di dare attuazione all'articolo 14 della Dichiarazione Universale del 1948 e nella quale tuttavia viene riaffermata la libertà degli Stati nelle scelte relative alla concessione o meno dell'asilo, e nell'ambito della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato, nella quale in realtà non è disciplinato il diritto d'asilo ma si incide indirettamente sullo stesso, essendo affermato il principio di *non-refoulement* ed essendo contenuto nella definizione di "rifugiato" il concetto di persecuzione cui fa riferimento anche l'articolo 14 della Dichiarazione Universale.

A livello regionale il diritto d'asilo è stato affermato nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969 e nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, invece, com'è noto, non contiene l'affermazione del diritto d'asilo ma solo del diritto ad emigrare nel Protocollo numero 4 e di limiti all'espulsione degli stranieri nel Protocollo numero 7, oltre che ovviamente il principio di *non-refoulement* sulla base di un'interpretazione estensiva dell'articolo 3 della Convenzione.

Al di là di tali ulteriori affermazioni del diritto d'asilo, si ritiene che non sia ancora un principio parte del diritto internazionale consuetudinario e che quindi gli Stati possano discrezionalmente decidere sulla concessione dello stesso, sempre tuttavia nel rispetto dei limiti derivanti o da trattati a cui sono vincolati o da diritti che hanno invece assunto il rango di principi

di diritto consuetudinario, come il principio di *non-refoulement* o il divieto di estradizione per reati politici, dai quali discende piuttosto un diritto ad un asilo provvisorio o temporaneo.

2.2 Il diritto d'asilo nell'Unione Europea: dalla cooperazione intergovernativa all'attribuzione della competenza nei trattati

La materia dell'asilo non rientrava inizialmente tra gli ambiti di competenza dell'originaria Comunità Europea la quale, come noto, nasceva a vocazione prevalentemente economica.

Si è potuto assistere proprio in tale settore ad una significativa evoluzione a seguito della quale la disciplina del diritto d'asilo è stata oggetto di trasferimento dalla sovranità dei singoli Stati membri alle competenze degli organi comunitari, sia in ragione dell'ampliarsi degli interessi dell'Unione Europea, non più soltanto di natura economica, sia per la

sempre maggiore rilevanza che la regolamentazione di tale materia ha assunto nel contesto europeo.¹¹¹

Dopo la seconda guerra mondiale, infatti, l'Europa ha iniziato a divenire il punto di arrivo di esodi di grande portata resi possibili anche dalla progressiva maggiore facilità di movimento degli individui, nel contesto di una realtà sempre più globalizzata.

Il cammino che ha portato all'identificazione di tale competenza tra quelle dell'Unione si caratterizza per la progressiva emersione dell'idea di creare uno spazio di libera circolazione, in condizioni di sicurezza, tra gli Stati

¹¹¹ Sulle varie fasi dell'evoluzione della competenza dell'Unione in materia di asilo si vedano Benvenuti P. "In attesa di una nuova stagione per la politica europea in materia di asilo" in *Diritto pubblico comparato ed europeo* vol.4 2004, pp. XXIII-XXVIII, Carlier J.Y. "Le développement d'une politique commune en matière d'asile" in *The emergence of european asylum policy* a cura di C. Urbano de Sousa e De Bruycker P. 2003, pp. 1-14, Ippolito F. Velluti S. "The recast process of the EU asylum system: a balancing act between efficiency and fairness" in *Refugee survey quarterly* vol.30 n.3 2011, pp. 24- 45, Kaunert C. e Léonard S. "The European Union asylum policy after the treaty of Lisbon anf the Stockholm programme: towards supranational governance in a common area of protection?" in *Refugee survey quarterly* vol. 31 n. 4 2012, pp. 1-20, Nascimbene B. "Il progetto di Costituzione europea e l'immigrazione" in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* 2004, pp. 13-20, Roig A. "L'harmonisation européenne du droit d'asile: une vue critique" in *Revue du marché commune et de l'Unione européenne* n°482 2004, pp. 590-596, Troianello P. "Il diritto d'asilo nell'Unione europea" in *Il diritto d'asilo* a cura di B.M. Bilotta e F.A. Cappelletti 2006, pp. 81-99 e Zagato L. "Le competenze dell'UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza, e nella prospettiva di un Trattato su una Costituzione per l'Europa" in *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo* a cura di L.Zagato 2006, pp. 133-198.

membri, all'interno del quale consentire l'esercizio delle libertà fondamentali sia ai cittadini europei che agli stranieri.¹¹²

Partendo da tale presupposto si è arrivati a prendere atto che il riconoscimento di una sempre maggiore libertà di movimento all'interno dell'Unione, mediante l'abbattimento delle sue frontiere interne, avrebbe necessariamente comportato l'elevarsi a materia comune anche di quella relativa alla disciplina delle frontiere esterne.¹¹³

In questo modo la materia dell'asilo è stata inserita all'interno del processo di attuazione di una delle libertà fondamentali riconosciute nell'Unione e cioè la libertà di circolazione delle persone.

La prima tappa di tale processo evolutivo ha consistito nell'affermarsi di una cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri dell'Unione.

In particolare, nel Consiglio Europeo di Londra del 1986 si decise di creare un gruppo composto dai ministri competenti in materia al fine di affrontare i problemi connessi all'asilo e all'immigrazione, il Consiglio Europeo di Roma del 1990 invitò Consiglio e Commissione ad occuparsi dell'immigrazione e dell'armonizzazione della disciplina dell'asilo e il successivo Consiglio di Lussemburgo del 1991 richiese l'inserimento nel trattato di misure di armonizzazione in relazione a tali due settori.

¹¹² Nell'ambito del Consiglio Europeo di Tampere del 1999 è stato evidenziato come le libertà fondamentali pur essendo riconosciute prevalentemente nei confronti dei cittadini dell'Unione, non possano non essere pienamente garantite a ciascun individuo che si trovi nel territorio della stessa, qualunque sia la ragione della sua presenza.

¹¹³ Tale concetto è espresso chiaramente da Hailbronner K. con tali parole *"a European immigration law and policy appears as a logical conclusion of the establishment of the European Internal Market and the abolition of internal border controls"* in *Immigration and asylum law and policy of the European union*, 2000.

All'esito di tale fase di cooperazione intergovernativa si giunse all'adozione prima della Convenzione di Schengen¹¹⁴ e poi della Convenzione di Dublino¹¹⁵ entrambe contenenti norme relative alla determinazione dell'unico Stato responsabile per l'esame della domanda di asilo.

In relazione al rapporto tra tali due Convenzioni, per la parte in cui disciplinavano la stessa materia, nel 1994 fu adottato il c.d. "*Protocollo di Bonn*" che stabiliva la prevalenza delle disposizioni della Convenzione di Dublino su quelle della Convenzione di Schengen dal momento dell'entrata in vigore della prima.

La finalità di tali Convenzioni consisteva nell'evitare che il richiedente asilo potesse presentare la domanda in più Stati e nell'individuare come Stato responsabile quello d'accesso ad eccezione dei casi rientranti nell'operatività della clausola familiare, secondo la quale lo Stato competente è quello nel quale si trovano i familiari del richiedente asilo, e della clausola umanitaria che individua ulteriori ragioni per le quali la responsabilità sarebbe potuta ricadere su un altro Stato.

Un'ulteriore fase di cooperazione intergovernativa è segnata dall'adozione del Trattato di Maastricht (Trattato sull'Unione Europea) nel 1992 con il quale, nel delineare la struttura dell'Unione a tre pilastri, la materia dell'asilo venne inserita nell'ambito del terzo pilastro, sulla cooperazione in materia di giustizia e affari interni, e venne qualificata, insieme ad altri,

¹¹⁴ Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1985 tra gli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica Francese, sull'eliminazione graduale delle frontiere comuni. Aderirono successivamente l'Italia, la Spagna e il Portogallo.

¹¹⁵ Adottata nel 1990.

come settore di “interesse comune”, nel quale gli Stati avrebbero potuto appunto porre in essere azioni comuni.

L’inserimento della materia nel terzo pilastro, ad opera di tale trattato, ha costituito la formalizzazione della cooperazione intergovernativa fino a quel momento realizzata, ma nello stesso tempo era espressione dell’intenzione, da parte degli Stati, di non procedere ad una maggiore integrazione in tale settore.

A dimostrazione del fatto che gli Stati continuassero ad operare nell’ambito di una cooperazione meramente intergovernativa è utile ricordare come sulla base del Trattato di Maastricht nessun ruolo fosse affidato in materia d’asilo nè al Parlamento Europeo nè alla Corte di Giustizia.

Ben presto, tuttavia, il metodo della cooperazione intergovernativa risultò essere inadeguato rispetto alle crescenti esigenze nella gestione della politica migratoria e dell’asilo e apparve necessario procedere alla comunitarizzazione della materia in esame, e cioè all’inserimento della stessa nell’ambito del primo dei tre pilastri istituiti con Maastricht, la cui attuazione è avvenuta mediante il Trattato di Amsterdam.

La comunitarizzazione ha significato un maggiore livello di integrazione nell’ambito della disciplina dell’asilo e un diretto coinvolgimento di tutti gli organi comunitari, compresa la Corte di Giustizia.

Il trattato di Amsterdam del 1997 è intervenuto sul Trattato istitutivo della Comunità Europea che fa riferimento alla materia dell’asilo nell’ambito del suo titolo IV.

Nell'abbandonare la cooperazione intergovernativa si prevedeva¹¹⁶ tuttavia il passaggio attraverso un periodo transitorio¹¹⁷, che avrebbe consentito agli Stati di continuare a mantenere un ruolo decisivo nell'adozione delle decisioni in tale materia, durante il quale, per cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam l'adozione degli atti in tale settore sarebbe spettata al Consiglio all'unanimità su iniziativa degli Stati membri o della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo.

Successivamente l'iniziativa è stata trasferita esclusivamente alla Commissione prevedendo la possibilità, per il Consiglio, di decidere

¹¹⁶ Si tratta del primo paragrafo dell'articolo 67 del TCE.

¹¹⁷ Il regime transitorio non ha trovato applicazione negli ambiti per i quali si prevede una comunitarizzazione immediata e cioè la determinazione degli Stati terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto al momento di attraversare le frontiere esterne e la realizzazione di un modello di visto uniforme.

all'unanimità di passare alla procedura (di codecisione) prevista dall'articolo 251¹¹⁸ del trattato.

Con il Trattato di Nizza del 2001, il quale è intervenuto sempre sul Trattato istitutivo della Comunità Europea, si è poi previsto in materia d'asilo, di trattamento dei rifugiati e degli sfollati, il regolare ricorso alla procedura di codecisione la quale è espressione di una maggiore

¹¹⁸ “1. *Quando nel presente trattato si fa riferimento al presente articolo per l'adozione di un atto, si applica la procedura che segue.*

2. La Commissione presenta una proposta al Parlamento europeo e al Consiglio.

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata e previo parere del Parlamento europeo:

-se approva tutti gli emendamenti contenuti nel parere del Parlamento europeo, può adottare l'atto proposto così emendato;

-se il Parlamento europeo non propone emendamenti, può adottare l'atto proposto;

-adotta altrimenti una posizione comune e la comunica al Parlamento europeo.

Il Consiglio informa esaurientemente il Parlamento europeo dei motivi che l'hanno indotto ad adottare la posizione comune. La Commissione informa esaurientemente il Parlamento europeo della sua posizione.

Se, entro un termine di tre mesi da tale comunicazione, il Parlamento europeo:

a) approva la posizione comune o non si pronuncia, l'atto in questione si considera adottato in conformità con la posizione comune,

b) respinge la posizione comune, a maggioranza assoluta dei membri che lo compongono, l'atto proposto si considera non adottato,

c) propone emendamenti alla posizione comune, a maggioranza assoluta dei membri che lo compongono, il testo così emendato viene comunicato al Consiglio e alla Commissione che formula un parere su tali emendamenti.

3. Se, entro un termine di tre mesi dal ricevimento degli emendamenti del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, approva tutti gli emendamenti, l'atto in questione si considera adottato nella forma della posizione comune così emendata; tuttavia il Consiglio deve deliberare all'unanimità sugli emendamenti su cui la Commissione ha dato parere negativo.

4. Se il Consiglio non approva tutti gli emendamenti, il presidente del Consiglio, d'intesa con il presidente del Parlamento europeo, convoca entro sei settimane il comitato di conciliazione.”

integrazione dal momento che, in essa, un ruolo centrale è svolto anche dal Parlamento Europeo.

Secondo tale Trattato inoltre il Consiglio può decidere di ricorrere alla medesima procedura anche in uno degli altri settori collegati alla materia

dell'asilo. L'articolo 63¹¹⁹ indica nello specifico quali sono gli ambiti di

¹¹⁹ *“Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 67, entro un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam adotta:*

1) misure in materia di asilo, a norma della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo status dei rifugiati, e degli altri trattati pertinenti, nei seguenti settori:

a) criteri e meccanismi per determinare quale Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo presentata da un cittadino di un paese terzo in uno degli Stati membri,

b) norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri,

c) norme minime relative all'attribuzione della qualifica di rifugiato a cittadini di paesi terzi,

d) norme minime sulle procedure applicabili negli Stati membri per la concessione o la revoca dello status di rifugiato;

2) misure applicabili ai rifugiati ed agli sfollati nei seguenti settori:

a) norme minime per assicurare protezione temporanea agli sfollati di paesi terzi che non possono ritornare nel paese di origine e per le persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale,

b) promozione di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi;

3) misure in materia di politica dell'immigrazione nei seguenti settori:

a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare,

b) immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare;

4) misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri. Le misure adottate dal Consiglio a norma dei punti 3 e 4 non ostano a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali.

Alle misure da adottare a norma del punto 2, lettera b), del punto 3, lettera a), e del punto 4 non si applica il suddetto periodo di cinque anni.”

intervento del Consiglio e in particolare la determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda d'asilo, l'emanazione di norme minime per l'accoglienza dei richiedenti asilo e per l'attribuzione e la revoca della qualifica di rifugiato.

Si fa inoltre riferimento alla categoria degli “*sfollati*”, da distinguere da quella dei richiedenti asilo, prevedendo la competenza a garantire una protezione temporanea degli stessi.

La norma in esame inoltre prevede che l'adozione delle relative misure avvenga nel rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951, del Protocollo del 1967 e degli altri trattati pertinenti.

L'articolo 64¹²⁰ stabilisce poi il mantenimento della competenza, da parte degli Stati membri, ad adottare le misure necessarie per garantire l'ordine pubblico e la sicurezza interna, anche se la dottrina e la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno interpretato tale previsione prevalentemente in senso restrittivo.

Il titolo IV del presente trattato rappresenta peraltro uno degli ambiti in cui è maggiormente evidente il fenomeno di un'Europa a “*geometria variabile*”, essendo oggetto di una forma di cooperazione rafforzata in forza della quale alcuni Stati membri, Regno Unito, Irlanda e Danimarca¹²¹ hanno rifiutato di vincolarsi automaticamente agli atti che vengono adottati in tale settore.

¹²⁰ “*Il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.*”

¹²¹ Da notare come la Danimarca sia, tuttavia, parte della Convenzione di Schengen e di Dublino mentre il Regno Unito e l'Irlanda solo della seconda, ed entrambe questi ultimi due Stati possono decidere di partecipare all'adozione di singoli atti attuativi delle disposizioni del titolo IV.

Un livello di integrazione ancora più elevato era l'obiettivo perseguito mediante il progetto di trattato che adotta una Costituzione per l'Europa che tuttavia non è mai entrato in vigore a causa del rifiuto da parte di alcuni Stati¹²² di procedere alla ratifica.

In particolare tale trattato disciplinava nella sua parte III, relativa alle politiche dell'Unione, lo *“spazio di libertà, sicurezza e giustizia”* del quale fa parte ovviamente anche la materia dell'asilo.

La Costituzione, laddove fosse entrata in vigore, avrebbe determinato l'abrogazione del Trattato istitutivo della Comunità Europea e del Trattato dell'Unione Europea e l'unificazione di materie disciplinate fino a quel momento in trattati differenti, conducendo al risultato di una totale *“comunitarizzazione”* già iniziata con il Trattato di Amsterdam o, con un'espressione maggiormente rappresentativa, all' *“unionizzazione”*¹²³ di dette materie.

Nel trattato in esame si fa riferimento, riprendendo le conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere del 1999¹²⁴, all'obiettivo di dar vita ad un *“sistema europeo comune d'asilo”*, espressione che si sostituisce al meno

¹²² Il rifiuto di ratificare il Trattato fu opposto in particolare dalla Francia e dai Paesi Bassi in seguito alla constatazione dei risultati dei relativi referendum.

¹²³ Nascimbene B. *“Il progetto di Costituzione per l'Europa e l'immigrazione”*, cit., p. 14.

¹²⁴ Tali conclusioni assumono una particolare rilevanza in relazione al successivo sviluppo della normativa europea in materia di asilo essendo in esse affermata *“l'importanza che l'Unione e gli Stati membri riconoscono al rispetto assoluto del diritto di chiedere asilo”* e avendo inoltre individuato l'obiettivo di *“lavorare all'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo, basato sulla Convenzione di Ginevra in ogni sua componente, garantendo in tal modo che nessuno venga esposto nuovamente alla persecuzione, ossia mantenendo il principio di non-refoulement.”*

incisivo riferimento alla “*adozione di norme minime nei diversi settori della politica d’asilo.*”

Nel progetto di Costituzione, in relazione alla materia in esame, si trovano già delle previsioni di carattere generale nella parte I dello stesso e in particolare si configura come uno degli obiettivi dell’Unione la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Quest’ultimo viene poi inserito tra le materie rispetto alle quali è conferita all’Unione competenza concorrente, con la conseguenza che gli Stati possono adottare dei provvedimenti in tale ambito solo in caso di mancanza di interventi da parte dell’Unione.

Nella parte poi dedicata specificatamente a tale settore, cioè la terza, si fa riferimento ai tre istituti su cui la politica d’asilo dell’Unione si fonda e cioè l’asilo, la protezione temporanea e la protezione sussidiaria che costituiscono la trasposizione di quanto già previsto dal diritto comunitario derivato in attuazione del Titolo IV del Trattato sulla Comunità Europea.

In seguito al fallimento del progetto di una Costituzione europea si è cercato nuovamente di perseguire l’obiettivo della ristrutturazione dei Trattati, questa volta raggiunto, con l’elaborazione del Trattato di Lisbona, adottato nel 2009, che è intervenuto sia sul Trattato sull’Unione Europea sia sul Trattato sulla Comunità Europea che è stato ridenominato Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea a causa del venir meno della Comunità che viene a confluire all’interno dell’Unione.¹²⁵

¹²⁵ Sull’incidenza dell’adozione del Trattato di Lisbona sulla politica europea in materia di asilo Peers S. “*Legislative update: EU immigration and asylum competence and decision-making in the treaty of Lisbon*” in *European journal of migration and law* (10) 2008, pp. 218-247.

Il Trattato di Lisbona ha inoltre comportato l'effetto dell'abolizione del terzo pilastro e le materie ad esso afferenti vengono regolate nell'ambito del Titolo V del TFUE che corrisponde al vecchio Titolo IV del TCE.

Tale trattato costituisce l'ultima delle modifiche apportate ai trattati che stanno alla base dell'Unione e quindi anche l'ultima tappa del processo evolutivo che ha riguardato l'attribuzione della competenza in materia d'asilo alle istituzioni europee, di conseguenza le sue disposizioni rappresentano l'attuale base giuridica per l'esercizio di tale competenza.

Si può dire che sostanzialmente il Trattato di Lisbona abbia riprodotto le modifiche già anticipate dal progetto di una costituzione europea e ciò anche per quanto riguarda la disciplina dell'immigrazione e dell'asilo.

In particolare è ribadito il carattere concorrente della competenza nelle materie in esame e nel secondo paragrafo dell'articolo 67¹²⁶ si fa ancora una volta riferimento all'intento di dar vita ad una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne. L'individuazione degli ambiti specifici di intervento avviene nell'articolo

¹²⁶ *“Essa (l'Unione) garantisce che non ci siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini di paesi terzi. Ai fini del presente trattato gli apolidi sono equiparati ai cittadini di paesi terzi.”*

78¹²⁷ che, oltre a ribadire il concetto di una politica comune sull'asilo, sulla protezione sussidiaria e temporanea, prevede la necessità che questa sia conforme alla Convenzione di Ginevra del 1951, al Protocollo del 1967 e a agli altri trattati pertinenti; tale riferimento esplicito comporta

¹²⁷ *“L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti.*

2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa:

a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione;

b) uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale; IT C 326/76 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 26.10.2012;

c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio;

d) procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria;

e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria;

f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria;

g) il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea.

3. 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.”

peraltro che il rispetto di tali trattati non sia solo una conseguenza dell'adesione agli stessi da parte degli Stati membri ma sia un obbligo gravante direttamente sull'Unione e che discende da una specifica previsione del trattato.

In una logica di comparazione rispetto a quanto previsto dal precedente trattato sulla Comunità Europea, al fine di sottolineare l'estensione dei poteri dell'Unione in tale materia, va sottolineato come l'articolo 78 abbandoni il riferimento all'adozione di "*misure minime*" e parli piuttosto di misure volte a definire uno "*status uniforme*" in materia di asilo e di protezione sussidiaria, un "*sistema comune*" di protezione temporanea e procedure "*comuni*" per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo e di protezione sussidiaria, a ciò si aggiunga che solo con il presente trattato si ha un riferimento esplicito a quest'ultima che precedentemente veniva inclusa in tale ambito solo indirettamente.

Ulteriori competenze attribuite all'Unione riguardano ovviamente i criteri per la determinazione degli Stati competenti ad esaminare una domanda di asilo (o di protezione sussidiaria), le norme relative alle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo (o protezione sussidiaria) e la cooperazione con paesi terzi per la gestione dei flussi di richiedenti asilo, protezione sussidiaria o temporanea.

Una significativa differenza introdotta dal Trattato di Lisbona rispetto al precedente Trattato sulla Comunità Europea consiste nel riferimento, sempre nell'ambito dell'articolo 78, alla più ampia competenza dell'Unione a regolare uno "*status uniforme*" in materia di asilo e di protezione sussidiaria piuttosto che il limitato richiamo a disciplinare l'attribuzione della qualifica di rifugiato.

Tale diversa formulazione comporta che, non la sola normativa di diritto derivato relativa alla qualificazione dei rifugiati, ma anche quella relativa al loro status nell'Unione trovi fondamento nelle norme dei Trattati relative alla politica dell'asilo e conseguentemente non più nei poteri dell'Unione relativi all'immigrazione.¹²⁸

Interessante è poi il riferimento alla determinazione di uno status uniforme in materia di asilo *“valido in tutta l'Unione”* che per la sua vaghezza si ritiene possa consentire una certa discrezionalità da parte delle istituzioni europee nell'interpretarlo, nonché una certa gradualità nel darne attuazione.

Un elemento innovativo è rappresentato anche dall'inserimento dell'obiettivo di dar vita ad una cooperazione con Stati terzi per la gestione dei richiedenti asilo o protezione di altro tipo e non solo quindi tra gli Stati membri dell'Unione come precedentemente previsto.

L'articolo 80¹²⁹ infine, che riprende il contenuto del vecchio paragrafo 3 dell' articolo 63 lettera b, introduce un nuovo criterio di gestione della politica dell'asilo e dell'immigrazione che consiste nel ricorso al principio di solidarietà e nell'attuazione di una *“equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario.”*

¹²⁸ Tale circostanza assume rilevanza in quanto porta al superamento dei problemi dovuti al fatto che i procedimenti per l'adozione di decisioni nell'ambito della politica dell'asilo e della immigrazione legale siano differenti.

¹²⁹ *“Le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniquale volta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio.”*

2.3 Il diritto comunitario derivato in materia di asilo: quadro generale

Una volta individuate le tappe essenziali del lungo percorso che ha portato all'istituzione di una competenza europea in materia di diritto di asilo e le basi giuridiche per l'esercizio della stessa all'interno del diritto comunitario primario, è opportuno fornire in forma schematica un quadro dei principali strumenti di diritto derivato adottati in attuazione di tale competenza.¹³⁰

La maggior parte degli atti ai quali si farà riferimento sono stati adottati nel quinquennio successivo all'adozione del Trattato di Amsterdam, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 63 del vecchio TCE e dalle conclusioni del sopracitato Consiglio Europeo di Tampere del 1999, e costituiscono il risultato di quella che è considerata la prima fase di armonizzazione di tale settore alla quale dovrebbe seguirne una seconda, caratterizzata da un maggiore livello di integrazione come si desume dal

¹³⁰ Per un'analisi degli strumenti di diritto comunitario derivato si vedano Adinolfi A. "Il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune di europeo?" in *Rivista di diritto internazionale* 3/2009, p. 683 e ss., Ippolito F. Velluti S. "The recast process of the EU asylum system: a balancing act between efficiency and fairness", cit., p. 41e ss., Kaunert C. e Léonard S. "The European Union asylum policy after the treaty of Lisbon anf the Stockholm programme: towards supranational governance in a common area of protection?", cit., p. 8 e ss., Troianello P. "Il diritto d'asilo nell'Unione europea", cit., p. 89 e ss. e Zagato L. "Le competenze dell'UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza, e nella prospettiva di un Trattato su una Costituzione per l'Europa", cit., p. 169 e ss.

Programma dell'Aja,¹³¹ adottato dal Consiglio Europeo di Bruxelles del 2004, che viene considerato il manifesto di tale nuova stagione della politica sull'asilo in Europa.

Alcuni degli strumenti più importanti adottati in tale ambito sono cinque direttive ciascuna delle quali disciplina un aspetto specifico nella materia del diritto d'asilo.

Si tratta innanzitutto della direttiva 2001/55 relativa alla protezione temporanea degli sfollati che vengono in tal modo definiti: *“le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica”* e quelle *“soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani”* o che *“siano state vittime di siffatte violazioni.”*

La particolarità di tale protezione, la quale tra l'altro per operare necessita di un afflusso massiccio di soggetti qualificabili come sfollati, consiste nel riguardare una categoria di persone ristretta e difficilmente destinataria di altre forme di protezione in ambito internazionale.

Per quanto riguarda il coordinamento rispetto alla qualifica di *“rifugiato”* si specifica che il riconoscimento di tale forma di protezione speciale non impedisce l'attribuzione di tale status, dal quale discende una maggiore tutela per coloro che ne abbiano i presupposti.

La direttiva 2003/9 riguarda invece le misure minime per l'accoglimento dei richiedenti protezione internazionale, denominata anche *“Direttiva*

¹³¹ Si legge nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo che l'obiettivo di tale nuova fase è rappresentato dalla *“instaurazione di una procedura comune al riguardo e uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto l'asilo o la protezione sussidiaria”*, inoltre si specifica che *“il regime sarà basato sull'applicazione, in ogni loro componente, della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati e degli altri Trattati pertinenti e su una valutazione approfondita e completa degli strumenti giuridici adottati nella prima fase.”*

condizioni di ricevimento”, ed è stata già oggetto di modifica mediante la direttiva 2013/33.

L’obiettivo di tale atto consiste nella determinazione di standards minimi per il trattamento dei richiedenti tutela in tutti i casi e in tutte le fasi della procedura.

A fronte del mancato rispetto da parte di alcuni Stati membri delle condizioni da essa sancite, anche a causa dell’ampia libertà riconosciuta agli stessi, nel 2013 si è proceduto all’adozione di una nuova direttiva modificativa della prima, nella quale soprattutto si è definita una disciplina più rigida del potere degli Stati di trattenere gli stranieri entrati illegalmente nel loro territorio, definendo tale misura eccezionale e considerando in contrasto con la direttiva i casi di trattenimento di lunga durata, ritenuti un ostacolo all’esercizio dei diritti che dalla stessa sono riconosciuti.

Relativa alla tematica del ricongiungimento familiare è poi la direttiva 2003/86 che trova applicazione nel caso in cui un membro della famiglia abbia ottenuto la qualifica di rifugiato e che è stata oggetto di molteplici critiche in ragione delle deroghe da essa introdotte ad una serie di diritti fondamentali, come il diritto al rispetto della vita familiare o i diritti del bambino.

La direttiva 2004/83, definita anche “*Direttiva qualificazioni*”, riguarda le norme minime sull’attribuzione dello status di “*rifugiato*” o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale e sul contenuto della protezione e rappresenta il profilo sostanziale della tutela garantita a coloro il cui accoglimento è disciplinato dalla direttiva 2003/9.

Nell’ambito di tale direttiva si prevede un particolare tipo di protezione, la protezione sussidiaria, di cui possono godere coloro che non abbiano i

requisiti per ottenere la qualifica di rifugiati e che si caratterizza per essere molto più limitata rispetto a quella riconosciuta a questi ultimi.

L'atto in esame è stato riformato dalla direttiva 2011/95 la quale, senza apportare modifiche radicali, ha prevalentemente proceduto ad adeguarne le disposizioni alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e ad avvicinare la tutela riconosciuta in conseguenza dell'assunzione della qualifica di rifugiato e di beneficiario della protezione sussidiaria, al fine di pervenire ad una maggiore uniformità tra i richiedenti asilo.

Infine, l'ultima ad essere adottata è stata la direttiva 2005/85 relativa alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato indicata anche come "*Direttiva Procedure*".

Le direttive così sommariamente descritte costituiscono gli strumenti predisposti, nell'ambito di tale prima stagione della politica europea in materia di asilo, al fine di raggiungere un'armonizzazione minima della disciplina degli Stati membri nei settori da ciascuna di esse regolati.

Ulteriori atti di diritto derivato attuativi delle competenze in materia di asilo sono il regolamento 2003/343, c.d. Dublino II, relativo ai criteri per la determinazione dello Stato responsabile per l'esame della domanda di asilo, che sarà specifico oggetto di analisi del presente elaborato in ragione della sua recente modifica da parte del regolamento 2013/604, c.d. Dublino III, e dei problemi sulla sua compatibilità rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo in relazione al principio di *non-refoulement* in essa contenuto.

Collegato poi a tale regolamento vi è il 2000/2325, istitutivo del sistema Eurodac relativo alla raccolta e al confronto delle impronte digitali dei

richiedenti asilo al fine di evitare la presentazione di domande multiple e di individuare il paese d'ingresso dell'individuo.

Si tratta dell'istituzione di una banca dati centrale, gestita dalla Commissione, alla quale gli Stati trasferiscono le impronte digitali e i dati personali dei richiedenti asilo.

Anche tale regolamento è stato oggetto di modifica, mediante il regolamento 2013/603, con l'intento di superare le inefficienze in esso rilevate.

Il complesso di tali regolamenti costituisce il c.d. "*Sistema Dublino*".

2.4 Le origini del "Sistema Dublino": la Convenzione sui criteri per la determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo

Nel lungo percorso di armonizzazione della disciplina dell'asilo culminato con l'attribuzione di una relativa competenza all'Unione, tra i molteplici aspetti che caratterizzano tale materia, uno dei primi rispetto ai quali si è avvertita l'esigenza di una regolamentazione comune è stato proprio quello dei criteri per l'individuazione dello Stato competente ad esaminare una domanda di asilo.

Come anticipato, già l'omonima Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, sulla soppressione dei controlli alle frontiere interne, conteneva norme in materia, le quali sono state successivamente sostituite dalle disposizioni, pressochè analoghe, della Convenzione di

Dublino, adottata tra tutti gli Stati membri dell'Unione ed avente come oggetto specifico la regolamentazione di tale aspetto.¹³²

L'adozione della suddetta Convenzione si fondava sulla constatazione delle inefficienze nella gestione dei richiedenti asilo, derivanti dal lasciare che ciascuno Stato potesse liberamente decidere se essere o meno competente ad esaminare le relative domande, con effetti tanto più dirompenti in un'Europa che si avviava all'abolizione delle frontiere interne e nella quale quindi la regolamentazione di quelle esterne diventava sempre più una questione comune.

Uno dei fenomeni più frequenti ai quali si intendeva mettere fine, come si evince anche dal Preambolo della Convenzione, era quello dei “*rifugiati in orbita*”, espressione con la quale si faceva riferimento ai richiedenti asilo oggetto di plurimi rinvii da uno Stato all'altro, in ragione del fatto che nessuno di essi si considerasse competente ad esaminarne le relative domande.

¹³² Sulla Convenzione di Dublino Barontini G. “*Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Shengen e di Dublino*” in Rivista di diritto internazionale 2/1992, pp. 335-347, Dubolino D. “*L'identificazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*” in Diritto dell'Unione europea 4/2004, pp. 811-845, Hurwitz H. “*The 1990 Dublin Convention: a comprehensive assessment*” in International journal of refugee law vol.11 n°4 1999, pp. 647-677 e Nicol QC A. “*From Dublin Convention to Dublin Regulation: a progressive move?*” in Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy a cura di Baldaccini, Guild e Toner 2007, pp. 265-276.

La ragione principale del prodursi di tale fenomeno si riteneva essere la differente interpretazione¹³³ da parte degli Stati del concetto di “*paese terzo sicuro*” con il quale, in base ad una prassi che si era recentemente sviluppata, si intendeva fare riferimento allo Stato al quale il richiedente asilo avrebbe potuto chiedere tutela prima di rivolgersi a quello nel quale aveva poi effettivamente presentato la domanda, che, per tale ragione, avrebbe quindi potuto legittimamente rifiutare di procedere all’esame della stessa.

Ulteriori obiettivi della Convenzione erano rappresentati dal creare delle regole che limitassero la presentazione di più domande in paesi differenti da parte dello stesso individuo e nello stesso tempo garantire un esame efficiente delle richieste di protezione.

Gli autori dell’epoca tuttavia non hanno tardato nel mettere in evidenza come lo scopo ultimo di tale regolamentazione fosse essenzialmente quello di ridurre più possibile le domande di asilo da dover esaminare e non certo l’istituzione di maggiori garanzie per gli stranieri che avessero richiesto protezione ad uno degli Stati firmatari della Convenzione; la responsabilità di valutare le domande di asilo appariva infatti concepita come un gravoso onere dal quale ciascuno Stato si sarebbe voluto affrancare.

Inoltre è stato opportunamente notato come dalle norme della stessa emerga una concezione dei richiedenti asilo come “oggetti” degli Stati,

¹³³ Alcuni Stati consideravano necessario, al fine di poter definire uno Stato “*sicuro*”, che il richiedente protezione avesse dei rapporti con le autorità dello stesso o avesse quantomeno ricevuto un permesso per entrare nel relativo territorio, per altri invece bastava che vi fosse oggettivamente entrato, anche irregolarmente.

essendo posto in secondo piano il fine dell'effettiva protezione degli stessi e del riconoscimento nei loro confronti di adeguati diritti.¹³⁴

Le norme centrali del presente trattato sono ovviamente quelle contenenti i criteri per la determinazione della competenza ad esaminare una domanda di asilo, che in sintesi possono essere distinti tra quelli che danno rilevanza al ricongiungimento familiare, si individua infatti come competente lo Stato membro che ha già riconosciuto lo status di rifugiato ad un familiare del richiedente asilo, e quelli che si fondano sulla presa in considerazione dello Stato che ha svolto un ruolo primario nell'ingresso dello straniero o per avergli riconosciuto un permesso o anche solo per avergli "consentito" l'accesso irregolare a causa della mancata predisposizione di controlli adeguati.¹³⁵

Si prevede inoltre, con una clausola denominata "*sovereignty clause*", la possibilità per uno Stato di esaminare comunque una domanda di asilo presentata nel suo territorio, con il consenso dell'individuo interessato, anche laddove sulla base dei criteri individuati la competenza sia attribuita ad un altro Stato, nonché, con un'ulteriore norma, indicata come "*humanitarian clause*", di esaminare per ragioni umanitarie, su richiesta dello Stato formalmente competente, e sempre con il consenso del richiedente protezione, una domanda il cui esame in principio non gli spetterebbe.

¹³⁴ Si veda Ippolito F. e Velluti S. in "*The recast process of the EU asylum system: a balancing act between efficiency and fairness*", cit., p. 26.

¹³⁵ Si tratta del c.d. principio di "autorizzazione" sul quale si veda Hurwitz A. "*The 1990 Dublin Convention: a comprehensive assessment*" cit., p. 648 e del medesimo autore "*Commentaires sur la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et la répartition des charges entre Etats membres*", cit., p. 72 e ss.

Proprio in virtù di tali regole, la Convenzione stabilisce che lo Stato al quale sia presentata la domanda di asilo può, entro sei mesi, a pena di essere considerato responsabile del suo esame, fare una richiesta di presa in carico della stessa allo Stato considerato competente, il quale a sua volta si deve pronunciare entro altri tre mesi, decorsi inutilmente i quali, viene automaticamente considerato competente.

In caso di accettazione è invece stabilito il termine ulteriore di un mese entro il quale effettuare il trasferimento del richiedente asilo.

Uno degli obiettivi che si era preposta la Convenzione consisteva nel porre fine al fenomeno delle domande di asilo multiple, considerate espressione di un abuso del diritto di asilo, proprio mediante la predisposizione degli strumenti necessari per l'individuazione di un unico Stato competente, e la conseguente liberazione di tutti gli altri dall'onere di prendere in considerazione la domanda di asilo.

Si evidenziava che il raggiungimento di tale scopo non sarebbe stato, almeno inizialmente, senza conseguenze sul piano dei diritti dei richiedenti asilo dal momento che l'impossibilità di presentare validamente la domanda in più Stati avrebbe evidentemente ridotto le probabilità di ottenere una risposta positiva; tuttavia, si riteneva che il progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di asilo avrebbe, almeno in principio, consentito il superamento di tale problema, riducendo la possibilità che gli Stati tenessero comportamenti eccessivamente differenziati di fronte alle richieste di asilo.

Per quanto riguarda i risultati conseguiti da tale normativa, plurime e su più fronti sono state le critiche ad essa rivolte, in particolare la stessa Commissione all'interno di un Working paper del 2000 valutativo della

Convenzione,¹³⁶ ha evidenziato come il sistema realizzato avesse deluso le aspettative in esso riposte.

Alcuni dei rilievi fatti riguardano ad esempio l'eccessiva durata della procedura, che comporta indirettamente una lesione del diritto del richiedente asilo, teoricamente posto alla base della normativa, di ottenere l'esame della propria domanda da parte di uno degli Stati membri, o la difficoltà di reperire le prove per individuare lo Stato responsabile dell'entrata irregolare dello straniero.

Queste ed ulteriori valutazioni si ponevano alla base della necessità di procedere ad una rivisitazione della disciplina contenuta nella Convenzione, che tra l'altro sarebbe ormai dovuta avvenire mediante l'adozione di un atto comunitario, essendo stata nel frattempo realizzata la piena comunitarizzazione della materia con il Trattato di Amsterdam.

Nel procedere alla rielaborazione delle regole contenute nella Convenzione di Dublino fu valutata la possibilità di creare un sistema fondato su un criterio differente rispetto a quelli posti a fondamento della stessa¹³⁷; la Convenzione infatti da un lato persegue l'obiettivo del ricongiungimento familiare e dall'altro instaura uno stretto collegamento tra la responsabilità di uno Stato nell'accesso di uno straniero nel territorio dell'Unione e la sua conseguente competenza ad esaminarne la domanda di asilo, con l'intento di indurre gli Stati a predisporre dei controlli efficaci alle frontiere esterne, il superamento delle quali, in un sistema privo di

¹³⁶ Dal titolo *“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.”*

¹³⁷ Sulle opzioni relative alla riforma della Convenzione di Dublino Barontini G. *“Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Shengen e di Dublino”*, cit., p. 828 e ss.

frontiere interne, ha necessariamente delle ripercussioni su tutti gli altri Stati membri.

Una prima possibilità era quella di introdurre regole che consentissero il raggiungimento del “*burden sharing*” ovvero un’equa distribuzione tra tutti gli Stati membri dell’onere di esaminare le domande di asilo.

Tale finalità si poneva nettamente in contrasto con i criteri della Convenzione, in quanto si era osservato come l’applicazione di entrambe portasse ad una concentrazione dei richiedenti asilo, in un caso, negli Stati dove già si erano stabiliti altri membri della famiglia di colui che chiedeva protezione, e nell’altro negli Stati che per ragioni geografiche sono maggiormente esposti all’entrata di stranieri.

L’idea di attuare il “*burden sharing*” mediante la regolamentazione dei criteri per l’individuazione dello Stato competente per l’esame della domanda di asilo è stata tuttavia abbandonata e ci si è piuttosto limitati a garantire una forma di “*burden sharing finanziario*”, consistente nella distribuzione degli oneri finanziari che derivano dall’accoglienza dei richiedenti asilo, mediante l’istituzione di un Fondo europeo per i rifugiati.¹³⁸

La seconda delle possibilità considerate riguardava l’attribuzione al richiedente asilo della facoltà di scegliere in quale Stato presentare la domanda.

Il sistema istituito dalla Convenzione di Dublino, all’opposto, si limita a dare rilevanza meramente residuale alla volontà dell’individuo interessato ai fini della individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda, e cioè soltanto nel caso in cui non possano trovare attuazione gli altri criteri previsti; nell’ambito dell’operatività poi di alcune previsioni si

¹³⁸ Con Decisione 596 del 28 settembre del 2000.

prevedono delle situazioni, alle quali si è sopra fatto riferimento, in presenza delle quali, è richiesto il necessario consenso del richiedente protezione.

Anche tale ipotesi tuttavia venne scartata al momento di procedere alla riforma della normativa in esame, adducendo a ragione principale il timore che l'attribuzione di tale facoltà al richiedente asilo avrebbe condotto ad un abuso della stessa.

Nondimeno vi sono autori che hanno messo in evidenza una serie di effetti positivi che discenderebbero dal consentire all'individuo interessato di scegliere lo Stato al quale domandare asilo¹³⁹ e la stessa Commissione ha affermato di voler tendere ad un sistema nel quale, in primis, sia considerato competente lo Stato in cui la domanda viene presentata, per realizzare il quale tuttavia ha ritenuto necessario che si procedesse preliminarmente al superamento delle disparità ancora sussistenti tra i vari regimi di asilo.¹⁴⁰

Proprio tali considerazioni sono alla base della scelta di elaborare un atto comunitario di natura meramente transitoria, che non alterasse nella sostanza il contenuto della Convenzione di Dublino, apportandone solo dei minimi correttivi principalmente sul piano procedurale, e che fosse

¹³⁹ In particolare si è sostenuto che la possibilità di scegliere avrebbe un impatto positivo sull'andamento della procedura di esame della domanda e su quella di concessione dell'asilo e consentirebbe inoltre di rivolgersi a paesi con i quali il richiedente asilo presenta legami familiari o personali tali da consentire un migliore inserimento dello stesso nella società di accoglienza.

¹⁴⁰ La Commissione si esprime in questi termini nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo del 2000 *“Verso una procedura comune in materia di asilo e uno status uniforme e valido in tutta l'Unione per le persone alla quali è stato riconosciuto il diritto di asilo.”*

destinato ad essere sostituito nel momento in cui si fosse effettivamente realizzata una vera politica comune in materia di asilo.

2.5 Il regolamento “Dublino II”

La comunitarizzazione della disciplina sui criteri per determinare la competenza ad esaminare una domanda di asilo è avvenuta tramite il Regolamento del Consiglio 343/2003 conosciuto anche come “*Dublino II*” in ragione della sua continuità rispetto all’omonima Convenzione.

Nonostante il regolamento, come anticipato, non abbia modificato in modo significativo le previsioni della Convenzione è opportuno mettere in risalto gli elementi di novità in esso contenuti.¹⁴¹

Un aspetto preliminare da considerare nel mettere a confronto i due atti in esame è la mancanza del riferimento, nel preambolo a Dublino II, all’obiettivo di garantire che una domanda di asilo venga esaminata da parte di un solo Stato membro, come invece esplicitamente previsto nella Convenzione.

Per quanto riguarda il contenuto vero e proprio del regolamento, uno dei primi profili in relazione ai quali esso ha sicuramente innovato rispetto alla precedente normativa, attiene alla maggiore rilevanza data

¹⁴¹ Sul regolamento “*Dublino II*” Adinolfi A. “*Il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune di europeo?*”, cit., p. 671 e ss., Dubolino D. “*L’identificazione dello Stato competente all’esame della domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*”, cit. p. 833 e ss., Brandl U. “*Distribution of asylum seekers in Europe? Dublin II Regulation determining the responsibility for examining an asylum application*” in *The emergence of a european asylum policy* a cura di C. Urbano de Sousa e De Bruycker P. 2003, pp. 33-69 e Nicol QC A. “*From Dublin Convention to Dublin Regulation: a progressive move?*”, cit., pp. 265-276.

all'obiettivo della riunificazione familiare, che fino ad allora non era stato adeguatamente tenuto in considerazione, soprattutto quando ad essere coinvolto nella procedura sia un minore non accompagnato.

Infatti, nel caso in cui il richiedente asilo sia un minore, il regolamento prevede che lo Stato competente sia quello nel quale si trova legalmente un suo familiare, senza richiedere l'ulteriore condizione, che invece continua a valere per tutti gli altri richiedenti asilo, che al familiare sia stato già riconosciuto lo status di rifugiato o sia almeno pendente la relativa procedura.

Si ha inoltre un'estensione della nozione di familiare che include non solo il coniuge e i figli minori del richiedente asilo, a carico dello stesso e non sposati, ma anche i genitori o il tutore del richiedente asilo minore non coniugato e il partner non coniugato con il quale intrattenga una relazione stabile, purchè la legislazione o la prassi dello Stato membro coinvolto assimili le coppie di fatto a quelle coniugate nell'ambito della legislazione sugli stranieri.

Rilevanza all'unità familiare viene data anche nella clausola umanitaria che nella sua riformulazione all'articolo 15 del regolamento, prevede la possibilità per uno Stato di esaminare una domanda e di procedere al ricongiungimento familiare anche quando non sarebbe competente sulla base dei criteri sopra esposti.

Nel riprodurre poi la clausola di sovranità viene eliminata la condizione del consenso del richiedente asilo ai fini dell'operatività della stessa, ritenendolo implicito nel fatto che il soggetto si sia rivolto allo Stato che poi ricorre all'utilizzo di tale clausola per affermare l'esistenza della sua competenza; senonchè si è notato come tale assunto sia in contraddizione evidente con un sistema che si fonda sull'attribuire rilevanza del tutto

residuale alla scelta dello Stato al quale presentare la domanda, dalla quale quindi non dovrebbe potersi implicitamente dedurre un consenso al fatto che quello Stato pur non essendo competente proceda all'esame della stessa.¹⁴²

Com'è già stato rilevato, uno dei profili più problematici della Convenzione di Dublino riguardava la difficoltà nell'acquisizione delle prove giustificative dell'applicazione dei criteri di determinazione della competenza e specialmente per l'identificazione dello Stato responsabile dell'accesso illegale di uno straniero nel territorio europeo.

Proprio nel tentativo di superare tale ostacolo, il regolamento interviene sul regime probatorio, stabilendo che al fine di provare quale sia lo Stato competente sia sufficiente fornire prove indiziarie purchè *“coerenti, verificabili e sufficientemente particolareggiate.”*

Per quanto riguarda la disciplina procedurale, il regolamento si limita a modificare alcuni termini della stessa nel tentativo di ridurre la durata spesso eccessiva della procedura: in particolare si prevede che lo Stato al quale sia presentata la domanda abbia un termine di tre mesi, non più sei, per effettuare una richiesta di presa in carico ad un altro Stato, decorso inutilmente il quale viene considerato automaticamente competente; lo Stato poi al quale è rivolta la richiesta ha un termine a sua volta di due mesi per decidere nel merito, riducibile ad un mese in casi di urgenza, decorso il quale senza che si sia pronunciato, assume automaticamente la competenza.

¹⁴² Il problema si è posto in particolare nelle situazioni in cui lo Stato nel quale veniva presentata la domanda decideva di procedere egli stesso al suo esame, in forza della clausola di sovranità, per poi dichiararla infondata ritenendo che il paese di origine del richiedente asilo si potesse considerare sicuro quando invece lo Stato che avrebbe avuto la competenza non lo considerava tale.

Non è previsto invece alcun termine per la ripresa in carico di un richiedente asilo da parte di uno Stato che abbia già iniziato o addirittura completato l'esame della relativa domanda, esonerando così tutti gli altri Stati dal dover dare avvio ad una nuova procedura.

L'unico caso in cui il regolamento ha esteso un termine rispetto a quanto previsto nella Convenzione, è quello del trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato considerato competente, che si prevede debba avvenire entro sei mesi prorogabili fino a diciotto.

Una delle novità più significative del presente regolamento è rappresentata poi dall'introduzione di una norma che dà rilevanza alle domande di asilo presentate nelle aree internazionali degli aeroporti, con la corrispondente attribuzione della competenza allo Stato nel quale questi si trovano.

Mediante tale previsione infatti si pone implicitamente fine ad una prassi costante degli Stati, consistente nel ritenere che gli individui che si trovino in tali aree non si possano considerare soggetti alla loro giurisdizione e conseguentemente di non essere obbligati ad esaminarne le domande di asilo.

Al di là delle differenze di contenuto esistenti tra i due atti, va ribadito come, mediante il regolamento del 2003, la disciplina in esame abbia fatto un significativo salto qualitativo passando dall'essere contenuta in un trattato, frutto di una semplice cooperazione intergovernativa, al diventare oggetto di un atto comunitario attuativo delle competenze dell'Unione indicate nell'articolo 63 del Trattato sulla Comunità Europea come modificato da quello di Amsterdam.

Una delle importanti conseguenze di tale evoluzione è stata il sorgere della giurisdizione della Corte di Giustizia in tale materia, come era previsto nel

vecchio articolo 68¹⁴³ del Trattato in relazione a tutto il suo titolo IV, che tuttavia limitava la possibilità di deferire una questione alla Corte di Giustizia solo al giudice nazionale contro la cui decisione non sia previsto alcun altro rimedio giurisdizionale.

Infine è opportuno ricordare che strettamente connesso al funzionamento del regolamento in esame vi è quello istitutivo del sistema Eurodac, adottato nel 2000 e cioè prima ancora dell'adozione del regolamento Dublino II e durante la vigenza della precedente Convenzione, al fine di renderne più efficace l'operatività.

Con tale regolamento infatti si diede vita ad un sistema di raccolta delle impronte digitali dei richiedenti asilo, acquisite dagli Stati membri, mediante il quale si è reso possibile verificare più facilmente quale sia lo Stato responsabile dell'ingresso di un dato soggetto, che infatti corrisponde a quello nel quale per primo sia stata effettuata tale rilevazione, nonchè gestire ancora meglio il fenomeno delle domande di asilo multiple.

¹⁴³ *“L'articolo 234 si applica al presente titolo nelle seguenti circostanze e alle seguenti condizioni: quando è sollevata, in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, una questione concernente l'interpretazione del presente titolo oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo, tale giurisdizione, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su tale punto, domanda alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione.”*

2.6 Il fallimento del “Sistema Dublino”

Si può affermare, senza troppe difficoltà, che il sistema fino a questo punto descritto non abbia prodotto gli effetti sperati e che, anzi, abbia reso più complessa la questione della gestione dei richiedenti asilo in Europa.

Nonostante la Commissione Europea in una valutazione del 2007 abbia affermato che *“the objectives of the Dublin system...have, to a large extent, been achieved”*, un resoconto chiaro ed illuminante sul funzionamento del sistema in esame, e totalmente in contrapposizione con tale affermazione, si ritrova nell’ambito del rapporto dell’ECRE (European Council on refugees and exiles) del 2007¹⁴⁴ nonché in quello di poco precedente dell’UNHCR.¹⁴⁵

Molte delle critiche rivolte al Regolamento del 2003 coincidono essenzialmente con quelle che erano state avanzate nei confronti della Convenzione di Dublino, dal momento che vi è una sostanziale coincidenza tra i due atti, frutto della scelta di non alterare i criteri alla base della suddetta Convenzione.

Nell’analizzare le molteplici criticità di tale normativa si possono sostanzialmente seguire due ordini di approcci: procedere ad una verifica analitica del funzionamento delle singole previsioni, limitandosi a quelle di maggiore rilevanza, e fare un bilancio di più ampio respiro che tenga conto dell’efficacia complessiva del sistema.

Nel percorrere la prima strada è utile riferirsi al Discussion Paper dell’UNHCR nel quale è contenuta una sistematica analisi delle più importanti previsioni del regolamento, tenendo conto della loro applicazione concreta da parte degli Stati, nell’ottica di una revisione delle

¹⁴⁴ *“Sharing Responsibility for refugee protection in Europe: Dublin reconsidered”*

¹⁴⁵ *The Dublin II Regulation*” del 2006.

stesse, e alla seconda parte del rapporto dell'ECRE che contiene delle specifiche proposte di modifica di alcuni dei punti più problematici della normativa in esame.

Un primo aspetto critico considerato riguarda la corretta e completa informazione che dovrebbe essere garantita ai richiedenti asilo in merito al contenuto del regolamento, come era previsto dall'articolo 3 paragrafo 4 dello stesso: si registravano infatti pratiche differenziate tra gli Stati membri, molte delle quali non conformi al perseguimento di una piena consapevolezza da parte dell'interessato della procedura alla quale sarebbe stato sottoposto.

Problematica risultava inoltre l'applicazione delle norme volte a tutelare l'unità familiare.

Alla luce di una pratica spesso fuorviante rispetto al perseguimento di tale fine, si invitavano gli Stati ad interpretare con una certa flessibilità la nozione di familiare, e in una prospettiva di modifica del regolamento, ad estendere il contenuto della stessa a fratelli o sorelle e parenti prossimi privi di altri legami familiari nonchè ad ampliare la definizione di partner non coniugato; si proponeva inoltre l'applicazione delle norme a tutela della famiglia anche ai nuclei familiari di nuova formazione e non solo a quelli già esistenti nel paese d'origine del richiedente asilo, nonchè ai beneficiari della protezione sussidiaria e non solo a chi avesse ricevuto la qualifica di *"rifugiato"*.

In relazione ai minori non accompagnati era individuato come più che opportuno l'inserimento di un'autonoma procedura di determinazione della competenza ad esaminare le loro domande, nell'ambito della quale fosse tenuto in primaria considerazione il superiore interesse del minore stesso.

Si individuava inoltre la necessità di chiarire il contenuto della “*clausola di sovranità*” che veniva spesso utilizzata in modo differente da parte dei vari Stati, e se ne raccomandava un’applicazione conforme agli obiettivi del regolamento; rispetto alla “*clausola umanitaria*”, della quale si registrava un’interpretazione spesso eccessivamente restrittiva, era auspicata poi una maggiore flessibilità nel ricorrere ad essa ed una estensione della sua operatività nei confronti delle persone che necessitassero di particolari trattamenti per l’attuazione dei quali lo Stato competente non disponesse dei mezzi necessari.

In relazione ai tempi della procedura per la determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo, si rilevava che nonostante il regolamento avesse ridotto i termini rispetto a quelli previsti dalla Convenzione, ciò non fosse stato sufficiente a consentire che la stessa si svolgesse in modo tempestivo; inoltre era valutato come opportuno l’inserimento di un termine anche per effettuare la richiesta di “*take-back*” del richiedente asilo (ripresa in carico).

Si condannava la pratica degli Stati di procedere a trasferimenti forzati, al fine di consegnare il richiedente asilo allo Stato di cui fosse stata accertata la competenza, anche nei casi in cui non sarebbe stato necessario e la mancanza spesso di comunicazioni adeguate tra lo Stato di partenza e quello di arrivo, soprattutto in merito alle condizioni di salute del soggetto sottoposto al trasferimento; in relazione ai non rari casi di errori commessi nell’effettuare i trasferimenti si richiedeva l’inserimento di previsioni specifiche relative agli obblighi incombenti sullo Stato che avesse dato causa all’errore.

Si registravano spesso condizioni negative nell’accoglienza di coloro che fossero in attesa dell’individuazione dello Stato al quale poter presentare

la domanda e un utilizzo sproporzionato della detenzione nei loro confronti spesso al fine di accelerare la procedura e di garantire che il trasferimento verso lo Stato responsabile avesse luogo.

Per quanto riguarda il primo profilo era stato chiarito che nonostante il regolamento non si esprimesse sul punto, era implicito che anche a tali soggetti si dovessero applicare le previsioni della Direttiva sulle condizioni di accoglimento dei richiedenti asilo e, in merito all'abuso del ricorso a misure detentive, era affermato il principio secondo il quale queste dovessero essere utilizzate solo come "extrema ratio" e comunque per il tempo strettamente necessario; rispetto a tale punto si auspicava comunque l'elaborazione di regole chiare e comuni per tutti gli Stati.

Opportuno, si diceva, sarebbe stato anche l'inserimento del diritto a ricorrere contro la decisione di trasferire il richiedente asilo verso un altro Stato membro che tra l'altro alcuni Stati provvedevano già a garantire, nonostante il regolamento non contenesse alcuna previsione sul punto; al fine di rendere effettivo tale diritto, il ricorso avrebbe comunque dovuto avere effetto sospensivo della misura di trasferimento.

Si proponeva inoltre una sospensione dell'applicazione del criterio che individuava come competente lo Stato attraverso il quale fosse avvenuto l'accesso illegale, fino a quando non si fosse raggiunto un effettivo livello di armonizzazione nel trattamento dei richiedenti asilo all'interno dei differenti Stati.

Infine oggetto di critica era l'obbligo per il richiedente tutela di fermarsi nel paese che aveva esaminato la sua domanda anche dopo che avesse ottenuto la protezione richiesta, si riteneva infatti opportuno riconoscere la

possibilità di circolare liberamente tra gli Stati dell'Unione ed eventualmente di stabilizzarsi in uno di essi.¹⁴⁶

Nel procedere ad un esame complessivo del regolamento “*Dublino II*” si può preliminarmente riportare quanto affermato nel sumenzionato rapporto dell'ECRE, il quale ha definito il “*Sistema Dublino*” un anacronismo rispetto alla nuove esigenze dell'Unione in materia di asilo, consistenti principalmente nel garantire che coloro ai quali è concessa protezione si integrino sufficientemente nelle società di accoglienza.

Al di là infatti della considerazione di come le singole previsioni di tale atto comunitario abbiano più o meno efficacemente funzionato, si può affermare che la maggior parte degli obiettivi alla base della costruzione di tale sistema non sono stati raggiunti.

Il suo funzionamento, e qui il riferimento è al “*Sistema Dublino*” nel suo complesso e non solo allo specifico regolamento “*Dublino II*”, se da un lato si può dire consenta la determinazione dello Stato competente, non garantisce tuttavia che questo si faccia effettivamente carico della sua responsabilità, inoltre si fonda su una procedura dai costi eccessivamente elevati e presuppone un'armonizzazione dei sistemi di asilo degli Stati membri in realtà inesistente, con la conseguenza di privare molti dei richiedenti asilo del loro diritto ad ottenere protezione e di contribuire all'aumento delle domande di asilo multiple.

Quest'ultimo aspetto si può considerare emblematico del fallimento di tale sistema: uno degli obiettivi principali da esso perseguito infatti era proprio quello di produrre un effetto deterrente delle domande multiple delle quali

¹⁴⁶ Il “*Sistema Dublino*” si fonda infatti sul principio per cui il rifiuto della tutela ha valenza generalizzata, in tutti gli Stati membri, mentre all'opposto il riconoscimento della stessa ha effetti limitati al solo Stato che ha esaminato la domanda.

invece si è registrato un progressivo aumento nonostante l'entrata in vigore del sistema Eurodac.

Di un certo peso, nella valutazione dell'efficienza del regolamento, è poi la constatazione degli elevati costi che la gestione del sistema impone agli Stati, ai quali inoltre non corrisponde il raggiungimento dei risultati sperati.

Ancora prima dell'entrata in vigore del regolamento in esame, una delle principali riserve mosse ai criteri elaborati dalla Convenzione di Dublino era che avrebbero comportato una distribuzione non proporzionale della responsabilità ad esaminare le domande di asilo a danno degli Stati di confine, che spesso poi sono quelli economicamente meno solidi e con sistemi di asilo meno sviluppati.

Questo in effetti è ciò che si è puntalmente verificato in assenza per di più di meccanismi efficaci che impongano un sostegno agli Stati maggiormente coinvolti da parte di tutti gli altri.

L'eccessiva responsabilità a carico soltanto di alcuni Stati induce inoltre questi ultimi a reagire adottando regole di accesso più restrittive, che hanno l'effetto di aumentare le situazioni di irregolarità.

Negativo è il bilancio anche con riferimento alle garanzie che il sistema offre ai richiedenti asilo: non sembra infatti aver risolto il problema dei *"rifugiati in orbita"* e a causa delle differenze ancora persistenti nelle modalità di accoglienza dei richiedenti asilo ha dato vita ad una forma di *"lotteria"* dell'asilo, come viene evidenziato nel rapporto dell'ECRE.

Accade spesso inoltre che la procedura per la determinazione della competenza sia interrotta¹⁴⁷ o che comunque non si arrivi all'esame della domanda di asilo nel merito, che era esattamente ciò che il "*Sistema Dublino*" intendeva garantire.

Il fatto che gli Stati non garantiscano un livello di protezione uniforme apre inoltre al pericolo che nell'attuazione delle regole imposte dal regolamento si incorra nella violazione del principio di *non-refoulement*, il che pone dei dubbi sulla legittimità del sistema in relazione alla Convenzione di Ginevra ma soprattutto, ai fini del presente elaborato, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo come verrà esposto nel successivo capitolo.

I molteplici punti in relazione ai quali il "*Sistema Dublino*" ha fatto prova di malfunzionamento avevano portato a ritenere che, al di là di interventi modificativi di specifiche previsioni, che avrebbero potuto avere un effetto positivo nel breve termine, sarebbe stato opportuno procedere ad una radicale riforma dello stesso che si fondasse sulla presa d'atto del fallimento che esso ha rappresentato.

L'obiettivo al quale tendere, allora come ora, è un sistema che garantisca l'effettiva tutela dei diritti dei rifugiati e una vera condivisione della responsabilità per l'esame delle domande di asilo, le cui basi sembrano essere state poste dallo "*Stockholm Programme*" che contiene una serie di proposte per la realizzazione di un sistema europeo comune di asilo.

¹⁴⁷ Noto è il caso della Grecia che interrompeva le procedure qualora i richiedenti asilo avessero lasciato il luogo di residenza, peraltro fisiologico nell'ambito del "*Sistema Dublino*", e che per tale ragione è stata sottoposta ad una procedura di infrazione da parte della Commissione.

In particolare all'interno di tale documento si prevede che l'obiettivo sia quello di dar vita a una *“Europe of responsibility, solidarity and partnership in migration and asylum matters.”*

Appare di primaria importanza la sostituzione dei criteri attuali con previsioni che consentano l'integrazione dei rifugiati negli Stati ospitanti, rendendo così meno gravoso, rispetto a quanto lo sia attualmente, la gestione degli stranieri beneficiari della protezione.

Nel rapporto dell'ECRE si legge *“It is time to view this system as an experiment that has run its course, and consider alternatives that could advance true solidarity and integration.”*

Le alternative proposte di maggior interesse hanno riguardato l'affermazione di criteri per la determinazione della competenza fondati sui preesistenti legami di ciascun richiedente asilo con uno degli Stati membri, o in una logica di ancora maggior semplificazione, il riconoscimento del diritto di scegliere a quale Stato presentare la domanda di asilo; quest'ultima possibilità ricordiamo era stata considerata peraltro dalla Commissione come il risultato finale cui tendere, in occasione della revisione della Convenzione di Dublino.

Indipendentemente, poi, da quale sia la strada che si intenda intraprendere, è necessario prevedere un meccanismo efficiente di equa ripartizione dei costi tra gli Stati membri dal momento che, com'è stato rilevato, attualmente il Fondo europeo per i rifugiati non sembra una misura sufficiente per il perseguimento di tale obiettivo.

In definitiva, si può concludere ricorrendo alle inequivocabili parole con cui l'ECRE conclude le raccomandazioni rivolte alla Commissione e relative ai principi sui quali fondare la riforma del *“Sistema Dublino”*: *“Any system replacing the Dublin Regulation must ensure the full and fair*

examination of every claim lodged in the European Union. It should maximise cost-effectiveness and efficiency while ensuring high quality reception and protection standards fully in line with Member States obligations under international law.”

2.7 La riforma del Regolamento 343/2003: il Regolamento “Dublino III”

L’ultima tappa del cammino di riforma della normativa sulla determinazione della competenza ad esaminare una domanda di asilo nell’Unione Europea ha avuto luogo con l’approvazione del Regolamento 604 il 26 giugno 2013 da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio.

Ancora una volta, le istituzioni comunitarie, hanno deciso di intervenire su questa controversa materia la cui base giuridica si trova ormai nell’articolo 78 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea.

Il regolamento in esame rientra nel processo di riforma dei precedenti strumenti normativi in materia di asilo che dovrebbe condurre alla realizzazione di un vero e proprio “*Common European Asylum System*” (CEAS).

Tale atto di recente introduzione, c.d. Dublino III, è intervenuto su una serie di previsioni del precedente regolamento ma, ancora una volta, si

pone in totale continuità con lo stesso e costituisce un tassello di quello che fino a questo momento è stato definito “*Sistema Dublino*”.¹⁴⁸

A livello temporale ha iniziato ad essere applicato alle domande di protezione internazionale proposte dal primo gennaio 2014, a livello territoriale, come valeva già per il precedente regolamento, si estende anche al Regno Unito e all’Irlanda, avendo tali due Stati scelto di vincolarsi allo stesso, mentre non vincola la Danimarca in forza della clausola di opt-out prevista nei suoi confronti.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Sul nuovo regolamento si vedano Feraci O. “*Il nuovo Regolamento Dublino III e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*” in Osservatorio sulle fonti on line all’indirizzo www.osservatoriosullefonti.it fasc. 2/2013, pp. 1-37, Ferri E. “*Ecco il nuovo regolamento Dublino III*” in Progetto Melting Pot on line all’indirizzo <http://www.meltingpot.org/Asilo-Ecco-il-nuovo-Regolamento-Dublino-III.html#.VA8qylZK54Q>, 2013, Peri C. “*La protezione interrotta. Il regolamento Dublino III e il diritto d’asilo in Europa*” in Aggiornamenti sociali marzo 2014 pp. 225-236, on line in Academia.eu all’indirizzo <https://www.academia.edu/6276388/>

La protezione interrotta. Il regolamento Dublino III e il diritto d’asilo in Europa, F. Sudre “*La notion de “peines et des traitement inhumains et dégradantes” dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l’homme*” in *Revue générale de droit international public* 1984, pp.827-889 e Commento al Regolamento “Dublino III” in Asilo in Europa on line all’indirizzo <http://www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2013/12/REGOLAMENTO-DUBLINO-III.pdf>.

¹⁴⁹ Affinchè possa essere applicato anche alla Danimarca sarà necessaria la stipula di uno specifico accordo tra la stessa e gli Stati dell’Unione.

Il testo entrato recentemente in vigore ha preso le mosse da una proposta della Commissione del 2008 che tuttavia conteneva innovazioni molto più consistenti rispetto a quelle definitivamente trasposte nel testo finale.

Si può dire che la maggior parte dei rilievi critici avanzati in relazione al precedente regolamento siano stati presi in considerazione nel riformare le sue singole previsioni, ma che invariati siano rimasti i principi alla base del suo funzionamento, sintetizzabili nell'obiettivo di determinare un unico Stato competente ad esaminare una domanda di asilo e nella conseguente individuazione di una serie di criteri oggettivi che rimangono immutati.

Una prima significativa novità introdotta, riguarda l'applicazione del regolamento non più soltanto ai richiedenti asilo in senso stretto, cioè a coloro che richiedono il riconoscimento dello status di "*rifugiato*", ma più genericamente ai richiedenti protezione internazionale nella quale vi rientra anche la protezione sussidiaria.

Inoltre, sempre in relazione all'ambito applicativo della presente normativa, l'articolo 1 della stessa contiene un riferimento esplicito agli apolidi, alle cui domande di protezione quindi dovranno da ora in poi applicarsi le presenti regole.

Intervenendo su uno degli aspetti in relazione ai quali si erano maggiormente concentrate le critiche, viene ampliata la nozione di "*familiare*" attraverso l'eliminazione del requisito, per i figli minori, di essere "*a carico*" del richiedente protezione e l'estensione di tale qualifica al soggetto responsabile dello stesso quando questi sia un minore; viene inoltre introdotta la nozione di "*parenti*" all'interno della quale sono compresi zii e nonni del richiedente asilo già residenti in uno Stato membro.

Si è rilevato, tuttavia, come quest'ultima novità abbia un impatto limitato dal momento che, ai fini della determinazione dello Stato competente, rileva l'esistenza di un "*parente*" in uno degli Stati membri solo quando il richiedente protezione sia un minore non accompagnato, assumendo invece negli altri casi rilevanza soltanto l'esistenza di un "*familiare*".

La clausola di sovranità rimane sostanzialmente invariata nonostante fossero state proposte delle significative modifiche da parte della Commissione: in particolare l'inserimento del riferimento esplicito alla possibilità di ricorrere alla stessa "*per motivi umanitari e caritatevoli*", che ne avrebbe consentito l'operatività non più soltanto a tutela dei rapporti familiari, e del necessario consenso del richiedente asilo che avrebbe invece portato al superamento della discutibile presunzione assoluta dell'esistenza dello stesso.

Per quanto riguarda invece la clausola umanitaria, si realizza un'estensione del campo di applicazione della stessa, essendo adesso previsto che il suo funzionamento possa portare al ricongiungimento di persone legate da "*qualsiasi vincolo familiare*"¹⁵⁰; è stato inoltre introdotto un termine di due mesi entro i quali lo Stato al quale la richiesta è presentata si deve pronunciare benchè manchi la previsione di qualsiasi conseguenza in caso di inutile decorrenza dello stesso.

Sempre nel contesto delle norme volte a valorizzare le esigenze familiari dei richiedenti asilo, si deve evidenziare come il regolamento "*Dublino III*" abbia proceduto a specificare il trattamento di una categoria presente già nella precedente normativa e cioè quella delle "*persone a carico*".

¹⁵⁰ Nella versione precedente si faceva riferimento soltanto al "*ricongiungimento dei membri di una stessa famiglia nonché di altri parenti a carico.*"

Coma tali sono identificati i richiedenti protezione che, a motivo della condizione di particolare debolezza nella quale si trovano, necessitano dell'assistenza di un figlio, di un fratello o di un genitore¹⁵¹ già legalmente presenti in uno Stato membro che per tale ragione assumerà la competenza ad esaminare anche la nuova domanda di protezione internazionale.

Tuttavia affinché ciò possa avvenire sono stabilite delle condizioni, consistenti nel fatto che i soggetti interessati siano effettivamente in grado di fornire assistenza e che il richiedente asilo abbia manifestato la sua volontà per iscritto.

Rispetto a “*Dublino II*” rimangono invece immutate le circostanze dalle quali discende una situazione di dipendenza, ad esempio gravidanza, malattia grave o disabilità, mentre è specificata l'irrilevanza rispetto al fatto che ad essere qualificabile come “*persona a carico*” sia il richiedente asilo oppure colui che già si trova in uno Stato membro e necessiti quindi dell'assistenza di chi ha presentato la domanda di protezione internazionale.

Recependo poi l'orientamento della Corte di Giustizia in materia¹⁵², viene stabilito che in tali casi lo Stato di riferimento non ha soltanto una mera facoltà di farsi carico della domanda di asilo ma un vero e proprio obbligo. Importanti novità sono introdotte anche in relazione alla tutela dei richiedenti asilo minori di età: in termini generali, come auspicato in sede di proposte di riforma del precedente regolamento, è inserito un riferimento esplicito al superiore interesse del minore che, si afferma,

¹⁵¹ Va evidenziato che in relazione all'individuazione dei soggetti qualificabili come coloro che si fanno carico di chi necessita di assistenza o viceversa come persone a carico, si realizza una restrizione rispetto al precedente regolamento che faceva genericamente riferimento a “*un altro parente*”.

¹⁵² Il riferimento è alla sentenza K. contro Bundesasylamt del 2012, C-245/11.

“deve costituire un criterio fondamentale nell’attuazione di tutte le procedure previste dal presente regolamento.”

Per quanto riguarda poi la posizione del minore non accompagnato è sancito il diritto alla nomina di un rappresentante per tutta la durata della procedura e il carattere vincolante del criterio di competenza fondato sull’individuazione dello Stato nel quale sia presente un parente o un familiare in grado prendersi cura dello stesso.

Viene inoltre stabilita l’indissociabilità della posizione del minore rispetto ai suoi familiari richiedenti asilo e ciò anche per i figli che siano nati dopo la presentazione della domanda.

Nell’intento di realizzare un miglioramento della situazione in cui i richiedenti protezione vengono a trovarsi a causa del complesso funzionamento di tale sistema, si prevede un’intensificazione degli obblighi informativi da adempiere a partire dal momento in cui la domanda viene presentata, sia in termini di contenuto, deve infatti essenzialmente essere comunicato tutto ciò che riguarda la procedura e i diritti esercitabili nel corso della stessa, sia in termini di forma, essendo previsto che le informazioni siano fornite per iscritto, ma laddove necessario anche oralmente, e in una lingua almeno presumibilmente comprensibile al destinatario delle stesse.

Ai medesimi fini è stato poi introdotto l’obbligo per gli Stati di realizzare un colloquio personale con il richiedente protezione internazionale che deve essere condotto da una persona qualificata e che solo in casi specificatamente individuati può essere evitato.¹⁵³

¹⁵³ Si tratta del caso in cui il richiedente protezione sia fuggito o quando abbia già fornito tutte le informazioni necessarie per poter determinare lo Stato competente ad esaminare la domanda.

Sotto il profilo procedurale, sono apportate diverse correzioni. Una delle più significative consiste nell'introduzione di un termine di due o tre mesi per la presentazione della richiesta di ripresa in carico, che decorre rispettivamente dal ricevimento della risposta di Eurodac quando la richiesta si fonda su prove fornite da tale sistema, o dalla presentazione della domanda di protezione internazionale.

Viene inoltre affermato il diritto a ricorrere davanti ad un organo giurisdizionale nei confronti della decisione di trasferimento.

Tale novità tuttavia non avrà l'effetto di concretizzare il diritto di difesa nei confronti della decisione di trasferire il richiedente protezione in quanto non è stato introdotto l'obbligo per gli Stati di garantire l'effetto sospensivo di tale ricorso.

Questi possono infatti alternativamente prevedere il diritto a rimanere nello Stato interessato fino all'esito del ricorso, la sospensione automatica dello stesso fino a quando il giudice non si sia pronunciato sull'opportunità di concedere l'effetto sospensivo, la possibilità per il ricorrente di chiedere la sospensione con la conseguenza di congelare l'efficacia del trasferimento fino alla pronuncia del giudice.

In materia di trasferimenti, *“Dublino III”* ha introdotto una specifica disciplina volta in particolar modo a limitare il fenomeno dell'applicazione di misure detentive ai fini della facilitazione nel procedere agli stessi.

Si prevede come principio generale che *“Gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo motivo che sia oggetto della procedura.”*

Solo in presenza di un *“notevole pericolo di fuga”* è tuttavia consentito il ricorso ad una misura limitativa della libertà personale che deve tuttavia

rispettare determinati requisiti e cioè essere proporzionale, di durata più breve possibile e rappresentare lo strumento ultimo cui ricorrere quando nessun'altra misura sarebbe altrettanto efficace.

Si può evidenziare tuttavia che la valutazione di tali elementi sia ancora rimessa alla discrezionalità dello Stato coinvolto, non essendo state accolte le proposte della Commissione in merito all'attribuzione della competenza a decidere su misure di tale tipo all'autorità giurisdizionale.

Sono inoltre previsti termini ridotti per la procedura applicabile a coloro che sono sottoposti a misure restrittive.

Il regolamento si preoccupa di affermare inoltre che i trasferimenti debbano avvenire nel pieno rispetto della dignità e dei diritti dei richiedenti protezione, che in caso di trasferimenti erronei lo Stato responsabile si debba immediatamente prendere carico del soggetto interessato e che tra gli Stati coinvolti nell'operazione di trasferimento debba esserci una trasmissione di dati attinenti al soggetto interessato in modo da garantire che possa ricevere un'assistenza adeguata.

La presa d'atto delle difficoltà incontrate da alcuni Stati membri nel far fronte a tutte le domande di protezione di loro competenza, ha condotto poi all'introduzione nel nuovo regolamento di un *“meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione della crisi”*.

La Commissione aveva in realtà avanzato l'ipotesi di attribuirsi una competenza a decidere di sospendere i trasferimenti in presenza di determinati casi di emergenza ma tale proposta, considerata troppo radicale, è stata sostituita dal sistema attualmente in vigore.

Quest'ultimo si articola essenzialmente in due fasi e attribuisce un ruolo essenziale per il suo funzionamento all'Agenzia dell'Unione che si occupa

di supportare gli Stati nella gestione delle problematiche relative all'asilo (EASO).

La prima fase, di natura preventiva, prende avvio dalla constatazione da parte della Commissione, proprio sulla base di informazioni ricevute dalla suddetta agenzia, dell'esistenza di un rischio di particolare pressione su uno Stato membro o di problemi nel funzionamento del suo sistema di accoglienza.

In tal caso la Commissione procede ad invitare lo Stato interessato a realizzare un piano di azione preventivo contenente l'individuazione delle misure da predisporre per affrontare la probabile situazione di crisi, il quale viene poi sottoposto al Consiglio Europeo e alla Commissione.

La seconda fase, di natura operativa, presuppone il fallimento del piano predisposto dallo Stato e si concretizza nella richiesta da parte della Commissione di redigere entro tre mesi un piano di azione della cui attuazione lo Stato deve poi fornire periodicamente una relazione.

Manca tuttavia qualsiasi previsione in relazione alla non remota possibilità che anche la seconda fase di tale procedura non conduca ai risultati sperati.

Tuttavia si ritiene possibile ricorrere all'applicazione di una delle previsioni più importanti del nuovo regolamento e cioè l'articolo 3 con il quale è stato introdotto il divieto esplicito di procedere al trasferimento quando *“si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.”*

Tale disposizione rappresenta un'assoluta novità rispetto al precedente regolamento e costituisce il superamento della presunzione assoluta secondo la quale tutti gli Stati membri garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione.

All'esame del suo significato e soprattutto del percorso che ha reso necessaria la sua introduzione è specificatamente dedicato il capitolo successivo di tale elaborato, tuttavia in questa sede ci si limiterà a dire che la sua affermazione è il frutto di un importante cammino giurisprudenziale che ha coinvolto la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il regolamento prevede infine che, in tali casi, lo Stato che riscontra la sussistenza del suddetto pericolo debba procedere ad esaminare gli altri criteri di attribuzione di competenza e solo in mancanza di un criterio applicabile considerarsi egli stesso competente.

La normativa fino a questo punto esaminata potrebbe a breve subire un'ulteriore modifica essendo stata di recente, il 27 giugno 2014, presentata una proposta della Commissione di revisione dell'articolo 8 paragrafo 4 dello stesso.¹⁵⁴

Nell'adottare "*Dublino III*" gli stessi legislatori avevano preferito lasciare immutata tale previsione ed invitare piuttosto la Commissione a presentare una proposta di modifica della disposizione in esame dopo che si fosse

¹⁵⁴ "*Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n.604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro*" giugno 2014.

pronunciata la Corte di Giustizia su un caso rientrante nel suo campo di applicazione.¹⁵⁵

L'obiettivo della proposta è quello di *“risolvere le attuali ambiguità della disposizione sui minori non accompagnati che non hanno familiari, fratelli o parenti nel territorio degli Stati membri, garantendo la certezza del diritto per quanto riguarda la competenza per l'esame di una domanda di protezione internazionale in tali casi.”*

Ad essere modificato sarà il paragrafo 4 bis il quale recepirà la soluzione affermata dalla Corte nella sentenza sopracitata e cioè che, nel caso di minore non accompagnato privo di familiari o parenti in uno Stato membro, la competenza spetta allo Stato nel quale il minore si trova e nel quale ha presentato la domanda, ad eccezione dei casi in cui ciò sia contrario al superiore interesse dello stesso.

Nel caso in cui il minore non abbia presentato la domanda di protezione nello Stato nel quale si trova, il nuovo paragrafo 4 ter prevederà la possibilità di presentare la domanda in tale Stato che diventa così responsabile per l'esame della stessa o in alternativa di attribuire la competenza allo Stato nel quale il minore ha presentato l'ultima domanda.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Si tratta della sentenza M.A. B.T. B.A. contro Secretary of State for the home department del 2013, C-648/11.

¹⁵⁶ Tale ultima soluzione non rientra in realtà nel contenuto della sentenza che ha ispirato questa ulteriore modifica del regolamento ma alla Commissione è sembrato opportuno disciplinare esplicitamente anche il caso in cui il minore non dovesse presentare la domanda nello Stato nel quale si trova.

2.8 Le criticità non risolte dal Regolamento “Dublino II”

Nel procedere alla valutazione delle modifiche apportate al regolamento “Dublino II” è possibile senza dubbio affermare che la maggior parte di queste abbiano correttamente tenuto in considerazione le numerose critiche che sono state avanzate nei confronti di tale disciplina alla luce della sua applicazione concreta.

Tuttavia se si dovesse dare risposta al quesito sull’efficienza del sistema attualmente in vigore, così come emendato, sicuramente non sarebbe positiva.

Ricordiamo come, nello studio dell’applicazione del regolamento precedente, fosse stata evidenziata l’opportunità di procedere ad una serie di modifiche puntuali delle sue disposizioni al fine di correggerne nel breve termine gli effetti negativi da esso spesso prodotti, ma nello stesso tempo la necessità di una riforma radicale del sistema ad esso sotteso e quindi del superamento di quella che possiamo definire l’ “era Dublino”.

Con l’ultimo regolamento entrato in vigore si può dire che sia stata data attuazione al primo di questi propositi, lasciando in secondo piano quello più impegnativo ma indubbiamente anche più urgente, con la precisazione che, essendo entrato in vigore ben dieci anni dopo il suo predecessore, non è più possibile definirlo come un intervento di riforma a breve termine.

Il regolamento “Dublino II” infatti, dall’essere uno strumento di transizione in attesa di una stagione migliore, sembra essere divenuto, almeno fino a questo momento, il punto di riferimento per interventi di mera correzione da parte delle istituzioni comunitarie.

Non si può infatti affermare che le novità introdotte siano tali da risolvere i problemi di natura endemica del sistema in esame diffusamente esposti nei paragrafi precedenti, nonostante in molti casi consistano in correttivi

doverosi che tra l'altro sono stati spesso oggetto di suggerimento da parte della giurisprudenza delle corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

Volendo soffermarsi sulle puntuali modifiche apportate alle disposizioni del regolamento, critiche possono essere avanzate ad esempio in relazione al fatto di non aver proceduto ad una completa estensione della nozione di “*familiare*” al partner non coniugato, essendo stata invece mantenuta la formula restrittiva precedente¹⁵⁷; di non aver introdotto il necessario consenso dell'interessato nell'ambito della clausola di sovranità e di non aver adottato la formulazione più estesa della stessa, come tra l'altro, per entrambe i profili, era stato proposto dalla Commissione; di aver ristretto la nozione delle “*persone a carico*” rispetto a quanto precedentemente previsto.

Per quanto riguarda i profili procedurali, sicuramente criticabile è la scelta di non imporre agli Stati la previsione di un ricorso necessariamente sospensivo del trasferimento, che costituisce il solo modo per garantire l'effettività del diritto di difesa, nonché quella di lasciare agli Stati la valutazione discrezionale sull'applicazione o meno di una misura limitativa della libertà personale nonostante ne siano specificati i presupposti.

In merito alla gestione delle situazioni di congestione dei sistemi di accoglienza, sicuramente positivo è il fatto che siano state introdotte delle specifiche disposizioni a testimonianza del riconoscimento di tale problema, ma probabilmente sarebbe stato più opportuno lasciare che la

¹⁵⁷ Il regolamento “*Dublino II*” prevedeva la possibilità di qualificare come familiare il partner non coniugato del richiedente asilo con il quale intrattenga una relazione stabile e purchè la legislazione dello Stato coinvolto assimili le coppie di fatto a quelle coniugate nell'ambito della legislazione sugli stranieri.

Commissione potesse decidere in presenza di tali situazioni di sospendere i trasferimenti verso i paesi interessati.

Infine, in relazione all'introduzione del divieto di procedere al trasferimento in caso di pericolo per il richiedente asilo di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti nello Stato di destinazione, si possono avanzare dei dubbi sul fatto che tale previsione, per quanto sicuramente opportuna, possa effettivamente risolvere il problema della lesione dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione nell'ambito del "*Sistema Dublino*"; per quanto riguarda tra l'altro la sua specifica formulazione, è stata contestata la sua genericità e il fatto che sia lasciata agli Stati la valutazione delle situazioni in presenza delle quali applicare tale disposizione.

In conclusione, si può indubbiamente affermare che alla normativa in esame siano state apportate modifiche positive che tuttavia non corrispondono a quelle sperate al fine di dare concretamente attuazione ad una nuova stagione per la disciplina dell'asilo.

Tale tipo di considerazioni inoltre, quanto mai urgenti rispetto al "*Sistema Dublino*", possono essere tendenzialmente estese agli interventi di riforma degli atti normativi che regolano gli ulteriori aspetti del sistema d'asilo europeo che, per diventare realmente comune, necessita evidentemente di sforzi maggiori e congiunti da parte degli Stati e delle istituzioni comunitarie.

CAPITOLO III

“La compatibilità del ‘Sistema Dublino’ rispetto all’articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”

3.1 Le fonti del diritto internazionale a tutela dei diritti dei richiedenti asilo vincolanti per l’Unione Europea e per gli Stati membri: il principio di non-refoulement ex articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo

Il profilo maggiormente problematico del sistema europeo di determinazione dello Stato membro competente ad esaminare una domanda di protezione internazionale, al di là delle sue inefficienze e contraddizioni, riguarda il rispetto, nell’applicazione dello stesso, dei diritti fondamentali riconosciuti ai richiedenti asilo dal diritto internazionale.

Una serie di obblighi volti a garantire il rispetto di tali diritti in genere e, nello specifico, in relazione alla particolare situazione di coloro che si trovano a presentare una domanda di asilo o più genericamente di protezione internazionale, gravano infatti, sia sull’Unione Europea nel suo complesso, in quanto organizzazione internazionale a sé stante, sia sugli Stati membri singolarmente considerati.¹⁵⁸

Per quanto riguarda l’Unione, il primo paragrafo dell’articolo 6 del Trattato sull’Unione Europea contiene un richiamo esplicito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione adottata a Nizza nel 2000 e che ha ormai acquisito la medesima efficacia giuridica dei trattati: *“L’Unione riconosce*

¹⁵⁸ Per una ricostruzione degli obblighi a tutela dei diritti fondamentali gravanti sull’Unione Europea Feraci O. *“Il nuovo regolamento Dublino III e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo”*, cit., p. 9 e ss.

i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.”

La Carta così richiamata a sua volta contiene una disposizione, l'articolo 18, nella quale è previsto 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 sul funzionamento dell'Unione europea.”

Un richiamo alla necessaria conformità degli interventi delle istituzioni europee nell'ambito dell'esercizio della competenza in materia di asilo alla Convenzione di Ginevra e al relativo protocollo, si ritrova infatti nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, all'articolo 78 che, come già evidenziato, costituisce l'attuale base giuridica degli atti adottati dall'Unione in materia di asilo.

La carta di Nizza all'articolo 19 contiene altresì il richiamo all'obbligo di *non-refoulement*: “Le espulsioni collettive sono vietate. Nessuno può essere allontanato o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura, o ad altre pene inumane o degradanti.”

Il paragrafo 3 dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea inserisce, infine, nel contesto degli obblighi di diritto internazionale rilevanti per l'esercizio delle competenze comunitarie, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: “I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.”

Per quanto riguarda gli obblighi gravanti direttamente sugli Stati membri, le fonti principali degli stessi sono la Convenzione di Ginevra e il relativo protocollo, ai quali aderiscono tutti gli Stati, i due Patti Internazionali sui Diritti Umani¹⁵⁹, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti inumani o degradanti del 1984 e ovviamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nel valutare, in particolare, la compatibilità del “*Sistema Dublino*” in relazione a quest'ultima, la previsione più importante a cui rivolgere l'attenzione è indubbiamente l'articolo 3 della stessa che, nel sancire il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, contiene implicitamente anche il divieto di rinviare uno straniero in un paese nel quale possa subire trattamenti di tale tipo, e cioè il principio di *non-refoulement*.

Il particolare meccanismo sul quale tuttora, nonostante le modifiche recentemente apportate, si fonda il sistema in esame, ha condotto infatti la Corte di Strasburgo a pronunciarsi sulla legittimità di provvedimenti statali di rinvio di stranieri verso determinati Stati “*a rischio*”, adottati in attuazione dei criteri contenuti nel precedente regolamento “*Dublino II*” e nell'attuale “*Dublino III*”, rispetto all'obbligo di *non-refoulement* come ricavato dal testo della Convenzione.

Ma, come noto, la competenza della Corte di Strasburgo si estende agli ordinamenti degli Stati che hanno ratificato la Convenzione e non invece alla normativa comunitaria, almeno fino a quando non sarà terminato il processo di adesione dell'Unione alla stessa.

¹⁵⁹ Il Patto internazionale su diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali adottati il 16 dicembre 1966 con una risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

Tuttavia, nonostante una prima fase di self-restraint per evitare di giungere ad un contrasto con la Corte di Giustizia, la Corte europea ha aperto la strada alla possibilità di pronunciarsi in modo indiretto sulla compatibilità rispetto alla Convenzione di atti comunitari, e cioè valutando il comportamento che gli Stati membri pongono in essere nell'adeguarsi agli stessi.¹⁶⁰

L'argomentazione a sostegno di tale orientamento seguito dai giudici di Strasburgo, consiste nell'affermare che gli Stati che hanno ratificato la Convenzione, impegnandosi in questo modo a garantire il rispetto dei diritti e delle libertà in essa affermate, possono liberamente decidere di trasferire le loro competenze ad organizzazioni internazionali, purchè tali diritti continuino ad essere garantiti, dal momento che la responsabilità degli Stati non cessa di esistere in seguito al passaggio di competenza.

Qualora infatti gli Stati potessero liberarsi delle responsabilità su di essi gravanti, semplicemente mediante l'adesione ad un'organizzazione internazionale, la conseguenza sarebbe quella di fornire un facile modo per eludere tali obblighi, nonchè di mettere a rischio tutto il sistema di tutela dei diritti umani costruito intorno alla Convenzione, dato che molti degli Stati membri della stessa sono anche parte dell'Unione Europea.

Tale ragionamento conduce quindi ad imporre agli Stati membri dell'Unione di verificare la compatibilità della normativa comunitaria rispetto alla Convenzione europea, esponendoli al rischio di essere condannati non solo per la violazione della stessa da parte di provvedimenti interni ma anche per i comportamenti da essi tenuti al fine

¹⁶⁰ Si veda a proposito Villani U. *"I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea, e progetto di costituzione per l'Europa"* in *Il Diritto dell'Unione europea 2004*, p. 97 e ss.

di conformarsi ad atti comunitari o perfino per non aver impedito che producessero effetti negativi in materia di diritti umani nel proprio ordinamento, laddove si tratti di atti rispetto ai quali lo Stato in concreto non ha alcun potere decisionale (come vale per i regolamenti).

Le prime sentenze nelle quali è emersa questa impostazione della Corte sono la *Matthews contro Regno Unito* del 1999¹⁶¹, in seguito ad un ricorso sulla violazione dell'articolo 3 del protocollo numero 1 della Convenzione relativo al diritto a libere elezioni, e la *T.I. contro Regno Unito* del 2000 il cui contenuto sarà più avanti analizzato.

Tuttavia, qualche tempo dopo la Corte, nel noto caso *Bosphorus*¹⁶², riconoscendo la peculiarità del sistema europeo, è arrivata ad affermare il principio dell'equivalenza della protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Più in generale ha elaborato un'interessante teoria sul rapporto tra la partecipazione di uno Stato alla Convenzione di Strasburgo e ad altre organizzazioni internazionali, secondo la quale i comportamenti che gli Stati membri della Convenzione pongono in essere in conformità agli obblighi ad essi imposti dalle organizzazioni internazionali di cui fanno parte, le quali pongano notoriamente tra i loro obiettivi la tutela dei diritti umani, devono essere considerati in principio conformi alla stessa in forza del principio di tutela equivalente; nello stesso tempo si riconosce che una tale presunzione debba comunque considerarsi superabile laddove si

¹⁶¹ Ricorso numero 24833/94.

¹⁶² *Bosphorus Hava Yollari Turizim ve Ticaret Anonim Sirketi contro Irlanda*, ricorso numero 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005.

verifichi in concreto che la protezione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione europea non sia sufficientemente garantita.

Questo orientamento è quello che, a grandi linee, la Corte ha seguito anche in relazione al “*Sistema Dublino*”¹⁶³ fino alla nota sentenza M.S.S. contro Belgio e Grecia in cui si è giunti al superamento di tale presunzione con la conseguente messa in discussione della normativa europea.

3.2 La “mutua fiducia” e il tentato abbandono della presunzione degli Stati membri come “paesi sicuri”: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia

Al fine di comprendere le ragioni per le quali il “*Sistema Dublino*” è stato oggetto di un’importante giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella quale è stata affermata la sua sostanziale incompatibilità rispetto alla Convenzione di Roma, è utile evidenziare gli elementi alla base del suo funzionamento che danno origine al potenziale contrasto con la stessa e soprattutto con il principio di *non-refoulement* come sancito nell’articolo 3.

La Convenzione di Dublino prima, ed in seguito i due regolamenti successivi, com’è stato già esposto, nell’individuare i criteri per la determinazione dello Stato membro competente ad esaminare una domanda di asilo, prevedono che lo Stato al quale la domanda sia presentata, laddove ovviamente non risulti egli stesso competente, proceda

¹⁶³ Si veda successivamente la sentenza K.R.S. contro Regno Unito nella quale la Corte, pur non applicando in toto la “*dottrina Bosphorus*”, ne ha comunque seguito le linee essenziali .

al rinvio del soggetto interessato verso lo Stato che risulta responsabile per l'esame della stessa.

Tale meccanismo, espressione di un alto livello di integrazione che l'Unione ha raggiunto in relazione alla disciplina sull'individuazione della competenza per l'esame delle domande di protezione internazionale, si è scontrato con la mancata realizzazione di un livello altrettanto elevato di armonizzazione negli altri ambiti inerenti al diritto di asilo, quali la determinazione di uno status uniforme di "rifugiato", la creazione di una procedura comune per l'esame delle domande, il raggiungimento di condizioni uniformi nell'accoglienza dei richiedenti protezione.¹⁶⁴

Nonostante infatti alla prima stagione di esercizio delle competenze europee in tale materia, improntata soltanto al raggiungimento di un livello minimo di uniformazione, ne sia seguita una seconda, il cui obiettivo invece è tuttora la creazione di un "sistema comune europeo in materia di asilo", non si può di certo dire che l'armonizzazione auspicata sia stata, fino a questo momento, raggiunta.

Tale discrepanza tra uno specifico settore della politica in materia di asilo, cioè quello relativo alla determinazione dello Stato competente, e tutti gli altri, costituisce una delle ragioni di fondo del pericolo che nell'attuazione del sistema in esame vengano violati i diritti essenziali dei richiedenti protezione.

La circostanza infatti che, proprio in ragione di tali significative differenze esistenti tra i sistemi d'asilo dei vari Stati membri, un richiedente protezione internazionale possa essere rinvioato verso un paese che non garantisca adeguate condizioni di accoglienza, non assicuri un corretto

¹⁶⁴ Si veda Adinolfi A. "Il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune di europeo?", cit., p. 673 e ss.

esame della domanda o che a sua volta lo rinviò nel paese d'origine, risulta contrastare proprio con il divieto dell'articolo 3 della Convenzione europea.

A tale presupposto si aggiunge l'affermazione di un principio spesso richiamato nell'ambito del diritto comunitario e cioè quello della “*mutua fiducia*” tra gli Stati membri dell'Unione cui si collega quello del “*mutuo riconoscimento*”.¹⁶⁵

Una dei primi casi in cui la Corte di Giustizia ha applicato tale ultimo principio è il *Cassis de Dijon*¹⁶⁶, nel quale, ai fini della protezione del libero mercato nell'Unione Europea, ha sostanzialmente obbligato gli Stati a fidarsi della legislazione e della pratica degli altri Stati membri in merito alla produzione e vendita di bevande alcoliche.

La “*mutua fiducia*” è stata definita come “*the reciprocal trust of Member States in the legality and quality of each other's legal systems*”¹⁶⁷, e il principio del “*mutuo riconoscimento*”, un derivato della stessa, consistente nel riconoscimento da parte degli Stati, dei provvedimenti e delle decisioni emesse dagli organi degli altri Stati membri.

Tali concetti, come visto, seppur nati nell'ambito della cooperazione degli Stati dell'Unione in settori differenti, sono arrivati ad estendersi alla politica migratoria e in particolare dell'asilo.

¹⁶⁵ Sui concetti di “*mutua fiducia*” e “*mutuo riconoscimento*” si veda Brouwer E. “*Mutual trust and the Dublin Regulation: protection of fundamental rights in the EU and the burden of proof*” in *Utrecht law review* vol.9/1 2013, p. 136 e ss., on line all'indirizzo <https://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/218/215>.

¹⁶⁶ Caso 120/78, sentenza del 20 febbraio 1979 *Rewe-Zentrake AG* contro *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

¹⁶⁷ Eveline Brouwer in “*Mutual trust and the Dublin Regulation: Protection of fundamental rights in the EU and the burden of proof*”, cit., p. 135.

Dal “*mutuo riconoscimento*” e dalla “*mutua fiducia*” discende poi la presunzione in base alla quale tutti gli Stati parte dell’Unione si possano reciprocamente considerare come “*paesi sicuri*” e cioè tali da assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione in conformità agli obblighi internazionali su ciascuno di essi gravanti.

Tale presunzione si può rinvenire nel secondo considerando del regolamento “*Dublino II*”, corrispondente al terzo del regolamento attualmente in vigore, nel quale si legge che “*The European Council, at its special meeting in Tampere on 15 and 16 October 1999, agreed to work towards establishing Common European Asylum System, based on the full and inclusive application of the Geneva Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951, as supplemented by the New York Protocol of 31 January 1967, thus ensuring that nobody is sent back to persecution, i.e. maintaining the principle of non-refoulement. In this respect, and without affecting the responsibility criteria laid down in this Regulation, Member States, all respecting the principle of non-refoulement, are considered as safe countries for third-country nationals*”, nonché nel protocollo numero 29, allegato ai trattati istitutivi, relativo all’asilo per i cittadini degli Stati membri dell’Unione Europea, il quale prevede che gli Stati membri “*si considerano reciprocamente paesi d’origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti all’asilo.*”

Decisivo è poi, ai fini della fiducia reciproca tra gli Stati europei, il fatto che tutti siano parte della Convenzione di Roma e quindi in principio vincolati al rispetto del divieto di *refoulement* da essa ricavabile.

Risulta tuttavia evidente la contraddizione esistente tra l’assenza di una vera armonizzazione nella politica in materia di asilo e l’affermazione di

tale presunzione che, a dispetto di una specifica indicazione, veniva peraltro considerata come assoluta.

La questione che è stata quindi sollevata alla Corte di Strasburgo e in relazione alla quale questa si è più volte pronunciata evolvendo la propria posizione sul punto, riguarda la configurabilità del rinvio, da parte di uno Stato membro dell'Unione, di un richiedente protezione, in attuazione del “*Sistema Dublino*”, verso un altro Stato membro, come comportamento in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione, laddove lo Stato di destinazione non garantisca adeguate condizioni di accoglienza, un corretto esame della domanda o possa rinviare l'individuo interessato verso il proprio paese d'origine considerandolo come “*sicuro*”.

L'attuazione delle regole del “*Sistema Dublino*” pone quindi la questione tanto dell'integrazione del *refoulement* diretto quanto di quello indiretto.

Si rientrerebbe infatti nel primo caso qualora il pericolo di subire trattamenti inumani o degradanti riguardasse le condizioni esistenti nel paese considerato come competente, nel secondo invece, quando quest'ultimo in ragione di carenze procedurali o dei diversi parametri utilizzati per concedere la tutela o per valutare lo Stato di origine del ricorrente, arrivasse alla conclusione di rifiutare la protezione e di rinviarlo quindi nel paese di provenienza.

In relazione a tale ultimo aspetto è opportuno sottolineare come non esista nell'Unione una lista comune di Stati da considerare “*paesi di origine sicuri*”, ma piuttosto ciascuno Stato membro provvede ad individuarli ricorrendo a metodi e criteri di valutazione della sicurezza differenti.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Vedi Adinolfi A. “*Il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune di europeo?*”, cit., p. 676.

L'aspetto sul quale la Corte di Strasburgo ha essenzialmente fondato la valutazione della compatibilità della normativa europea rispetto al principio di *non-refoulement*, riguarda proprio la presunzione in base alla quale il rinvio verso uno Stato membro dell'Unione non possa integrare una violazione del suddetto principio, sul presupposto della sostanziale uniformità del livello di tutela dei diritti umani in Europa e dell'affermato rispetto dello stesso da parte di tutti gli Stati europei.

La prima sentenza rilevante sul punto è la T.I. contro Regno Unito del 2000¹⁶⁹, in cui la Corte si è trovata in particolare a valutare la Convenzione di Dublino allora vigente.¹⁷⁰

Il caso riguardava un cittadino del Sri Lanka di origine tamil che dopo essere stato torturato dall'LTTE, un'organizzazione terroristica, e da agenti del governo, in ragione del sospetto che egli stesso ne facesse parte, aveva cercato protezione in Germania, paese nel quale provvide a presentare per la prima volta una domanda di asilo.

Tuttavia, in ragione di un'interpretazione restrittiva della qualifica di "rifugiato", secondo la quale le persecuzioni cui il richiedente asilo è

¹⁶⁹ Ricorso numero 43844/98.

¹⁷⁰ Una ricostruzione del presente caso in Brouwer E. "Mutual trust and the Dublin Regulation: protection of fundamental rights in the EU and the burden of proof", cit., p. 139 e ss., Chetail V. "Les droits des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants", cit., p. 205 e ss., Guild E. "Jurisprudence of the European Court of human rights: lessons for the EU asylum policy" in The emergence of a european asylum policy a cura di C.Urbano de Sousa 2003, p. 333, ss. e Moreno-Lax V. "Dismantling the Dublin System: M.S.S. vs. Belgium and Greece", cit., p. 6 e ss. e Noll G. "Formalism v. Empiricism: some reflections on the Dublin Convention on the occasion of recent european case law" in Nordic journal of international law 70 2001, p. 176 e ss.

esposto debbano necessariamente provenire da agenti statali, non potendo evidentemente considerare come tali i membri dell'LTTE e nello stesso tempo ritenendo un atto meramente occasionale quello imputabile agli ufficiali governativi, le autorità tedesche rifiutarono di concedere al ricorrente la protezione richiesta, confermando tale decisione anche in sede di appello.

T.I., nel tentativo di ottenere la protezione di cui necessitava, presentò una seconda domanda di asilo nel Regno Unito, attivando in questo modo il meccanismo caratterizzante il “*Sistema Dublino*”: le autorità inglesi, infatti, sulla base dell'applicazione dei criteri previsti dalla Convenzione, rifiutarono di esaminare nel merito la domanda e richiesero alla Germania di accettare la responsabilità della stessa.

Al ricorrente a questo punto non rimaneva altra possibilità se non quella di adire la Corte europea e far valere la violazione indiretta dell'articolo 3 della stessa da parte del Regno Unito, per averlo allontanato verso la Germania che a sua volta lo avrebbe presumibilmente rinvio in Sri Lanka.

La posizione assunta dal Governo britannico nel difendersi da tale accusa può essere riassunta nell'aver ritenuto di non dover legittimamente valutare la compatibilità di uno Stato parte dell'Unione, quale è la Germania, rispetto alla Convenzione di Roma, rischiando altrimenti di minare l'effettività del “*Sistema Dublino*” che si fonda sulla reciproca fiducia tra gli Stati.

La Corte ha avuto così la possibilità di mettere in discussione la legittimità della presunzione di sicurezza vigente tra gli Stati membri dell'Unione e di affermarne la sua confutabilità nonostante nel caso di specie, non abbia accolto il ricorso presentato, dichiarandolo inammissibile.

In particolare, i giudici europei hanno affermato che, il fatto che il Regno Unito avesse rinvio il ricorrente verso un “*paese intermedio*”, non faceva venir meno la sua responsabilità in relazione all’articolo 3 della Convenzione, dal momento che tale norma comprende la tutela sia dal *refoulement* diretto che da quello indiretto; la circostanza inoltre che la Germania sia parte della stessa non consente di eludere un controllo effettivo sul rispetto da parte dello Stato di destinazione del divieto di *non-refoulement* ed inoltre la Convenzione di Dublino non è in grado di legittimare un trasferimento laddove questo esponga alla lesione dei diritti fondamentali del richiedente protezione.

La Corte, con parole che segnano l’inizio del processo di messa in discussione del sistema europeo di allocazione della responsabilità per l’esame delle domande di asilo, afferma “*where States establish international organizations, or...international agreements, to pursue co-operations in certain fields of activities, there may be implications for the protections of fundamental rights*” e “*it would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution.*”

Nell’affermare ciò la Corte procede quindi alla verifica della legittimità della condotta tenuta dal Regno Unito nel caso di specie, rispetto agli obblighi imposti dalla Convenzione.

Proprio valutando tale profilo, si giunge alla conclusione che il ricorrente una volta rinvio verso la Germania avrebbe comunque potuto beneficiare di una protezione alternativa rispetto alla concessione dello status di rifugiato, con la conseguenza di non poter ritenere che sarebbe stato esposto al rischio di essere allontanato verso il suo paese d’origine e

quindi nemmeno che il Regno Unito avesse violato l'articolo 3 della Convenzione.

Al di là delle conclusioni raggiunte con riguardo al caso di specie, rispetto alle quali possono essere indubbiamente avanzate delle riserve, non avendo la Corte in concreto verificato che il Regno Unito avesse svolto tale tipo di accertamento prima di procedere al rinvio, e non avendo dato rilevanza alla circostanza che la tutela alternativa fornita dall'ordinamento tedesco aveva una portata significativamente più limitata rispetto a quella derivante dall'applicazione della Convenzione di Ginevra, si può di certo ritenere che il riconoscimento della superabilità della presunzione di sicurezza costituisca un risultato essenziale al fine di evitare che l'attuazione del “*Sistema Dublino*” comporti una violazione dell'obbligo di *non-refoulement*, benchè la stessa dipenda dal non facile accertamento del comportamento tenuto da un altro Stato membro nella gestione dei richiedenti asilo.

Un ulteriore caso nel quale la Corte ha affrontato la medesima questione, ribadendo formalmente gli stessi principi ma, nello stesso tempo, determinando in sostanza un arretramento rispetto all'affermazione della superabilità della presunzione di sicurezza è il K.R.S. contro Regno Unito del 2008.¹⁷¹ La vicenda oggetto di tale sentenza riguardava un cittadino iraniano che, nel fuggire dal suo paese aveva proceduto alla presentazione di una domanda di asilo nel Regno Unito.¹⁷²

¹⁷¹ Ricorso numero 32733/07.

¹⁷² Per il caso in esame si vedano Brouwer E. “*Mutual trust and the Dublin Regulation: protection of fundamental rights in the EU and the burden of proof*”, cit., p. 139 e ss. e Moreno-Lax V. “*Dismantling the Dublin System: M.S.S. vs. Belgium and Greece*”, cit., p. 12 e ss.

Essendo stato accertato che egli aveva precedentemente attraversato il territorio greco, in attuazione in questo caso del regolamento “*Dublino II*” che era nel frattempo entrato in vigore, venne inviata una richiesta di presa in carico alle autorità greche in seguito alla quale fu quindi presentato il ricorso alla Corte europea.

Il fondamento di quest’ultimo era ovviamente l’esposizione al rischio di essere rinvio in Iran una volta raggiunta la Grecia, dati i comprovati deficit del sistema ellenico nella ricezione dei richiedenti asilo, nonché nella medesima procedura di valutazione delle domande di protezione.¹⁷³

Nella decisione relativa al presente caso, i giudici di Strasburgo, pur avendo formalmente ribadito il principio secondo il quale il rinvio verso uno Stato intermedio non solleva dalla responsabilità derivante dall’articolo 3 della Convenzione, insieme al non-automatismo del “*Sistema Dublino*”, hanno elaborato, ai fini della decisione, delle considerazioni che hanno in concreto condotto ad un rafforzamento della presunzione il cui superamento, in principio, era ormai stato affermato.

Si è posto infatti l’accento sul fatto che il rinvio di un richiedente asilo da uno Stato membro dell’Unione Europea ad un altro, costituisce sostanzialmente l’attuazione di un obbligo gravante sugli Stati, in forza del

¹⁷³ Erano peraltro state attivate, da parte della Commissione, delle procedure di infrazione nei confronti della Grecia in merito all’inadempimento delle direttive sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, sulle procedure di esame della domanda di riconoscimento e per la non corretta applicazione del regolamento “*Dublino II*” a causa della prassi di procedere all’interruzione dell’esame della domanda in caso di allontanamento del richiedente in assenza di giustificazione e preavviso.

Le carenze del sistema di asilo greco avevano peraltro indotto l’UNHCR a richiedere una sospensione, da parte degli altri Stati membri dei trasferimenti verso la Grecia e ad incentivare il ricorso alla “*clausola di sovranità*”.

regime creato con l'adozione del regolamento “*Dublino II*” che, in principio, garantisce la protezione dei diritti fondamentali.

La Corte ha sottolineato inoltre che la presenza della “*clausola di sovranità*” all'interno del presente atto comunitario consente di ritenere che questo non imponga rigidamente la realizzazione dei trasferimenti dei richiedenti asilo e che piuttosto attribuisca una certa discrezionalità agli Stati nella valutazione dei casi concreti.

Alla luce di tali presupposti, si è affermato che, benchè la presunzione secondo la quale uno Stato membro dell'Unione, in tal caso la Grecia, si possa considerare “*sicuro*” sia superabile, si debba ulteriormente presumere, in assenza di prova contraria, la sua conformità rispetto alle normative comunitarie e, laddove sia anche parte della Convenzione di Roma, alle obbligazioni da questa imposte.

La Corte inoltre ha attribuito ulteriormente rilevanza al fatto che la Grecia fosse parte del sistema di tutela dei diritti fondamentali di Strasburgo, per affermare che comunque il ricorrente, anche dopo il trasferimento, si sarebbe sempre potuto avvalere dei mezzi di tutela previsti dalla Convenzione.

Nel caso di specie, si è quindi ritenuto che le informazioni apportate non fossero tali da consentire il superamento delle suddette presunzioni, tenuto conto anche delle assicurazioni fornite dalle autorità greche, e per tale ragione il ricorso è stato definitivamente dichiarato manifestamente infondato.

Sulla base di tali pronunce si può dire che, benchè la Corte avesse già posto le basi per dubitare della compatibilità del “*Sistema Dublino*” rispetto al principio di *non-refoulement*, come formulato nella Convenzione europea, le argomentazioni a sostegno di tale tesi non

presentavano ancora la maturità necessaria per poter mettere definitivamente in crisi lo stesso, come d'altra parte è avvenuto qualche tempo dopo.

3.3 Il caso M.S.S. contro Belgio e Grecia

La pronuncia che determina il definitivo superamento della presunzione sulla quale si fonda il “*Sistema Dublino*” riguarda il caso M.S.S. contro Belgio e Grecia¹⁷⁴, che ancora una volta concerne la particolare situazione in cui versa tuttora il sistema di asilo ellenico.

Nonostante la Corte avesse riconosciuto in diverse sentenze precedenti le difficili condizioni che erano costretti a fronteggiare i richiedenti asilo il cui Stato competente fosse la Grecia, non era mai giunta a condannare gli Stati membri dell'Unione per i rinvii verso il territorio ellenico in attuazione del regolamento “*Dublino*”.

Particolarmente significativo ai fini della comprensione della gravità del caso greco, che tra l'altro non si può dire abbia subito nel tempo rilevanti progressi, è un rapporto dell'UNHCR del 15 aprile 2008¹⁷⁵ nel quale è espressa preoccupazione per il fatto che “*un numero sostanziale di richiedenti asilo continua a far fronte a serie difficoltà nell'aver accesso e a godere di una effettiva protezione in accordo con gli standard europei e internazionali.*”

Oggetto centrale di tale rapporto è peraltro una raccomandazione rivolta agli Stati membri di sospendere temporaneamente i trasferimenti dei

¹⁷⁴ Sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso numero 30696/09.

¹⁷⁵ “*Posizione dell'UNHCR sul respingimento di richiedenti asilo verso la Grecia in attuazione del 'Regolamento Dublino'*”

richiedenti asilo verso la Grecia e di ricorrere all'applicazione della “*clausola di sovranità*”, procedendo essi stessi all'esame delle domande anche quando non risultino formalmente competenti.

La vicenda rispetto alla quale la Corte ha emesso la sentenza centrale per la definizione della compatibilità del regolamento rispetto al sistema europeo dei diritti umani, prende le mosse dalla fuga del ricorrente, un cittadino afgano, dal proprio paese, in ragione del timore di essersi esposto a particolari rischi per la propria incolumità a causa della sua attività di interprete della NATO, nonché per il generale precipitare della situazione in Afghanistan.

Dopo essere entrato in Europa attraverso il territorio greco, nel quale venne per la prima volta identificato, M.S.S. decise di dirigersi verso il Belgio dove presentò domanda di asilo.

Tuttavia, avendo le autorità belghe accertato che la competenza ad esaminare la domanda ricadeva sulla Grecia, emisero un provvedimento espulsivo contro il quale non valsero a nulla le impugnazioni presentate dal ricorrente in ragione dei rischi cui sarebbe andato incontro una volta che fosse stato eseguito il trasferimento verso la Grecia.

In effetti, a seguito dell'espulsione, M.S.S. fu immediatamente destinatario di una misura detentiva, a seguito della quale fu rimesso in libertà senza tuttavia ricevere alcun tipo di assistenza.

Venne così presentato il ricorso alla Corte europea tanto nei confronti della Grecia quanto del Belgio, benchè le violazioni contestate ai due Stati, che poi sono state accolte, fossero differenti.¹⁷⁶

Per quanto riguarda la Grecia, questa è stata condannata per la violazione dell'articolo 3 in ragione del trattamento cui è stato esposto il ricorrente durante e dopo la detenzione e per la violazione congiunta degli articoli 3 e 13 a causa delle carenze nella procedura di asilo che comportano un rischio di *refoulement* per il richiedente protezione.

In relazione al primo profilo, la Corte ha messo in evidenza che nonostante, anche sulla base delle sue precedenti pronunce, l'articolo 3 non contenga un obbligo positivo per gli Stati di garantire ai richiedenti asilo un'accoglienza che consenta di mantenere delle condizioni di vita che corrispondano ad uno standard minimo, per la Grecia, in quanto parte

¹⁷⁶ Sulla presente sentenza in particolare Brouwer E. "Mutual trust and the Dublin Regulation: protection of fundamental rights in the EU and the burden of proof", cit., p. 140 e ss., Mallia P. "Case of M.S.S. v. Belgium and Greece: a catalyst in the re-thinking of the Dublin II Regulation" in Refugee Survey Quarterly vol.30 no. 3, p. 117 e ss., on line all'indirizzo <http://rsq.oxfordjournals.org/search?fulltext=mallia&submit=yes&x=-504&y=-670>, Magi L. "Protezione dei richiedenti asilo 'par ricochet' o 'par moitié'? La Grande Camera ripartisce tra gli Stati contraenti la responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento 'Dublino II'" in Rivista di diritto internazionale 2011, pp. 824-832, Marchegiani M. "Regolamento 'Dublino II' e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S contro Belgio e Grecia" in Studi per l'integrazione europea no.2 2011, pp. 357-366, Moreno-Lax V. "Dismantling the Dublin System: M.S.S. vs. Belgium and Greece", cit., p.20 e ss., Raux C. "La politique d'asile de l'Union européenne dans la visée de la cour européenne des droits de l'homme" in Revue trimestrelle des droits de l'homme 88/2011, pp. 1023-1044 e Rebasti E. "Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo" in Diritti umani e diritto internazionale 5/2011, pp. 343-355.

dell'Unione Europea, un obbligo di tale tipo discende dal diritto comunitario derivato.

La circostanza quindi di aver assunto tale obbligazione mediante l'adesione ad un'altra organizzazione, consente alla Corte di ritenere violato l'articolo 3 quando questa non sia correttamente adempiuta.

Il ragionamento così elaborato dai giudici di Strasburgo per giungere alla condanna della Grecia è stato tuttavia oggetto di critiche¹⁷⁷ essenzialmente per due ordini di ragioni: per il fatto che modulare la portata dell'articolo 3 in ragione degli ulteriori obblighi gravanti sugli Stati conduce al rischio di garantire una tutela differenziata a seconda dello Stato nei confronti del quale è presentato il ricorso, ed inoltre perchè la Corte in tal modo si è irta a controllore della tutela dei diritti umani che gli Stati sono tenuti a rispettare anche in forza di altri accordi o organizzazioni di cui fanno parte, circostanza che non può che avere effetti positivi ai fini del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, ma che pone dei rischi di contrasto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo con quella degli ulteriori meccanismi di controllo eventualmente previsti nel contesto di altri sistemi convenzionali, come la Corte di Giustizia nel caso dell'Unione Europea.

Il secondo capo della condanna, per la violazione degli articoli 3 e 13, è stato definito come espressione di una nuova applicazione del principio di *non-refoulement*.

La Corte infatti, invece di condannare le autorità greche direttamente per la violazione del divieto di *non-refoulement*, si è limitata a riscontrare la violazione dell'articolo 13, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo, a

¹⁷⁷ Si veda Rebasti E. "Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo", cit., p. 347.

causa delle carenze della procedura greca per l'esame delle domande di asilo, le quali avevano determinato il sorgere del rischio per il ricorrente di subire il *refoulement* verso l'Afghanistan.

La novità di tale impostazione, dovuta anche al fatto che al momento del ricorso M.S.S. non era ancora stato colpito concretamente da un provvedimento di rinvio verso il suo paese d'origine, consiste nell'aver introdotto una tutela procedurale dal *refoulement*, imponendo l'adozione di procedure adeguate, che da un lato conduce ad un'anticipazione della tutela, ma dall'altro toglie rilevanza al risultato finale di tali procedure e quindi al fatto che concretamente conducano o meno ad un *refoulement*.

In particolare la Corte, ponendo l'accento sulla necessità che al ricorrente siano fornite adeguate garanzie procedurali, ha affermato che gli Stati membri devono “*make sure that the intermediary country's asylum procedure affords sufficient guarantees to avoid an asylum seeker being removed, directly or indirectly, to his country of origin without any evaluation of the risks he faces from the standpoint of article 3 of the Convention.*”

Ma il profilo indubbiamente più interessante della sentenza in esame attiene alla qualificazione della condotta del Belgio come contraria all'obbligo imposto dall'articolo 3, sia per le condizioni inumane e degradanti a cui il ricorrente è stato esposto mediante il rinvio verso la Grecia (*refoulement* diretto), sia per il pericolo di essere ulteriormente trasferito nel suo paese d'origine (*refoulement* indiretto).

La Corte, riprendendo un percorso argomentativo già apparso nelle sentenze precedenti, è giunta al superamento della presunzione che fino a quel momento, pur avendone affermato la superabilità in principio, non era in concreto riuscita a far cadere, affermando che il Belgio non si

sarebbe dovuto limitare ad applicare automaticamente il regolamento ma avrebbe dovuto effettuare un'indagine precisa sulla conformità della Grecia rispetto agli obblighi internazionali, specialmente in ragione della ben nota gravità della situazione esistente in tale Stato membro.

Nel pronunciarsi in questi termini la Corte ha tuttavia ritenuto di essersi posta in continuità con le pronunce precedenti (in particolare la sentenza K.R.S. contro Regno Unito) e ha giustificato il fatto di essere pervenuta ad una soluzione differente in ragione dei nuovi elementi di fatto che sarebbero emersi nel caso in esame.

Tale impostazione è stata però respinta dai commentatori¹⁷⁸ che, nel notare come di fatto la situazione presente in Grecia non avesse subito delle modifiche rilevanti, hanno ritenuto piuttosto che fosse la Corte ad aver considerato ormai opportuno superare la presunzione e mettere così in discussione l'intero "*Sistema Dublino*".

Con tale decisione, essendo stato superato il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione, la Corte è tornata essenzialmente a limitare la rilevanza della partecipazione, degli Stati che hanno ratificato la Convenzione europea, ad altre organizzazioni internazionali, rispetto alla loro responsabilità nella tutela dei diritti fondamentali.¹⁷⁹

La circostanza che gli Stati dell'Unione Europea siano vincolati all'attuazione del regolamento "*Dublino II*" non li solleva, infatti, da

¹⁷⁸ Si veda E.Rebasti "*Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo*", cit., p. 351.

¹⁷⁹ Una recente giurisprudenza in materia tende infatti ad ammettere che anche il trasferimento di poteri ad un'organizzazione internazionale può essere fonte di responsabilità per lo Stato.

Indicativo di tale tendenza è il caso Gasperini contro Italia e Belgio ricorso numero 7141/01, decisione del 12 maggio 2009.

responsabilità laddove nell'attuare i trasferimenti da esso previsti violino il principio di *non-refoulement*.

Si ritiene tuttavia che la Corte, nell'emettere tale decisione, abbia dato un peso significativo al fatto che la situazione greca potesse essere qualificata come un "*fallimento sistemico*", tanto da poter affermare che non qualsiasi circostanza consente di considerare superata la presunzione di sicurezza ma solo quelle che presentano un certo livello di gravità.

Peraltro tale sentenza si colloca in continuità con una pronuncia precedente, la N.A. contro Regno Unito¹⁸⁰, per il fatto di aver riconosciuto che in presenza di situazioni di particolare gravità non sia necessario riscontrare la personalizzazione del rischio al fine di ritenere integrata la violazione dell'articolo 3.

Sempre sulla base della particolarità della situazione esistente in Grecia, la Corte di Strasburgo ha rigettato gli argomenti utilizzati dal Belgio a propria difesa, consistenti nel fatto che il ricorrente non aveva fornito le ragioni per le quali il suo trasferimento non sarebbe dovuto avvenire, e ha invece determinato una diversa distribuzione dell'onere della prova sul presupposto che le autorità belghe sapevano o avrebbero dovuto sapere a cosa il richiedente asilo andava incontro in conseguenza del rinvio.

Nella sentenza si legge a questo proposito che "*the applicant should not to be expected to bear the entire burden of proof*" e inoltre che "*It was in fact up with to the Belgian authorities (...) not merely to assume that the applicant would be treated in conformity with the Convention standards but, on the contrary, to first verify how Greek authorities applied their legislation on asylum in practice.*"

¹⁸⁰ Ricorso n°25904/07. Con la sentenza del 17 luglio 2008 la Corte ha anticipato quanto è stato in seguito affermato nel caso Sufi ed Elmi contro Regno Unito.

Mediante tale sentenza, la Corte europea è arrivata quindi a prendere atto delle contraddizioni nel contesto delle quali il “*Sistema Dublino*” è stato costruito e tramite l’affermazione del superamento della presunzione sul quale esso si fonda ha determinato una redistribuzione tra gli Stati europei della responsabilità nei confronti dei richiedenti asilo.

Il fatto di non aver condannato la Grecia per la diretta violazione del principio di *non-refoulement* si giustifica con il riconoscimento del peso eccessivo che il regolamento “*Dublino II*” impone agli Stati di frontiera e con il tentativo di indurre gli Stati membri dell’Unione ad una maggiore solidarietà reciproca.

Tuttavia, l’indulgenza dimostrata nei confronti dello Stato greco è stata da taluni contestata¹⁸¹, avendo ritenuto che sarebbe stato più opportuno non escludere totalmente la responsabilità dello Stato di primo ingresso per evitare di legittimare una forma di deresponsabilizzazione dello stesso.

Al di là di tali elementi critici rilevanti si può dire che la sentenza in esame abbia svolto un ruolo essenziale nella riconsiderazione dei meccanismi europei per la ripartizione della competenza ad esaminare le domande di protezione internazionale e abbia fornito significativi spunti per una corretta riforma degli stessi.

¹⁸¹ L.Magi in “*Protezione dei richiedenti asilo ‘par ricochet’ o ‘par moitié’? La Grande camera ripartisce fra gli Stati contraenti la responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento Dublino II*”, cit., p. 831.

3.4 La “clausola di sovranità” secondo la Corte europea e nella prassi degli Stati membri

Un aspetto centrale della decisione del caso M.S.S. contro Belgio e Grecia riguarda l'interpretazione della Corte in merito alla funzione che nell'ambito del “*Sistema Dublino*” svolge la “*clausola di sovranità*”.¹⁸²

La questione è emersa nell'ambito della risposta all'argomento sollevato da alcuni Stati intervenienti (in particolare l'Olanda) sulla possibile applicazione al caso di specie del principio di tutela equivalente tra il sistema della Convenzione europea e quello dell'Unione, affermato per la prima volta nel noto caso Bosphorus.

Per giustificare la non applicabilità di tale principio, i giudici di Strasburgo si sono basati infatti sull'esistenza di tale clausola all'interno del regolamento “*Dublino II*”.

La “*clausola di sovranità*”, come noto, inserita nel complesso dei rigidi criteri di determinazione della competenza per l'esame di una domanda di asilo, rappresenta uno dei pochi elementi di discrezionalità presenti nel regolamento “*Dublino*” e, nel concedere agli Stati la possibilità di procedere all'esame di una domanda di asilo anche quando non risultino formalmente competenti, non pone alcun tipo di condizione, attribuendo quindi una libertà assoluta di ricorrere alla sua applicazione.

La presente clausola, che con la riforma del 2013 ha subito solo un cambiamento di collocazione, era contenuta nell'articolo 3 par. 2 del regolamento “*Dublino II*”, corrispondente all'attuale articolo 17 par. 1, e prevede che “*In deroga al paragrafo 1, ciascuno Stato membro può*

¹⁸² A tal proposito si veda Marchegiani M. “*Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*” in *Diritti umani e diritto internazionale* vol 8 no. 1 2014, pp. 159-182.

esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento. 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.”

Proprio l'esistenza di tale previsione discrezionale ha condotto la Corte a ritenere che, di fronte al regolamento “*Dublino II*” gli Stati sono liberi di dare o meno attuazione ai criteri di competenza in esso contenuti e che di conseguenza non possa essere invocato il principio di tutela equivalente che opera solo in presenza di condotte statali totalmente vincolate alle disposizioni di un atto comunitario.

In sostanza la Corte ha ritenuto che le autorità belghe, verificati concretamente i rischi cui il ricorrente sarebbe andato incontro se fosse stato trasferito verso la Grecia, avrebbero potuto adottare una condotta conforme agli obblighi imposti dalla Convenzione, senza per questo violare la normativa comunitaria, proprio ricorrendo alla clausola di sovranità che gli avrebbe consentito di assumere la competenza per l'esame della domanda del ricorrente e nello stesso tempo di non infrangere l'obbligo di *non-refoulement* ex articolo 3.

Il ragionamento così sviluppato dalla Corte di Strasburgo assume una rilevanza centrale nella valutazione della compatibilità della normativa comunitaria sulla determinazione della competenza per l'esame delle domande di asilo rispetto alla Convenzione europea.

La clausola di sovranità diventa infatti lo strumento che consente all'intero sistema di non porsi apertamente in contrasto con la Convenzione di Roma e di garantire un coordinamento tra gli obblighi convenzionali e la normativa europea in materia di asilo.

La circostanza infatti che uno Stato membro possa liberamente decidere di ricorrere a tale disposizione, non solo consente di imputare direttamente ad esso la responsabilità della sua condotta, essendo questa il frutto di una libera scelta, ma anche di garantire che, sempre nel rispetto del regolamento, non si trovi a violare i diritti sanciti dalla Convenzione, quando il sistema non sia in grado di funzionare correttamente.

L'intento manifestato in tale pronuncia è evidentemente quello di evitare un aperto contrasto tra i due sistemi in esame, individuando come via d'uscita il ricorso ad una previsione alla quale, a fronte della vaghezza della sua formulazione, viene data una specifica funzione.

Tuttavia la soluzione prospettata dalla Corte presenta dei limiti dai quali è chiaramente desumibile la sua natura temporanea e il fatto che, mettendo sostanzialmente in discussione i cardini su cui il "*Sistema Dublino*" si fonda, sia stata elaborata nell'attesa che il legislatore comunitario provvedesse ad una riforma organica dello stesso.

Il primo aspetto da valutare riguarda l'aver concepito la "*clausola di sovranità*" come idonea ad attribuire agli Stati una discrezionalità assoluta: è evidente infatti che, in conformità al principio di "*effetto utile*", anche il ricorso ad una simile previsione deve avvenire nel rispetto delle norme poste a fondamento dell'Unione.

Se tra queste indubbiamente un ruolo centrale è svolto dai principi a tutela dei diritti umani, nella definizione dei quali tuttavia l'ordinamento europeo si pone essenzialmente in continuità con il sistema di Strasburgo,

il problema si pone soprattutto in relazione al principio di mutua fiducia che costituisce anch'esso un principio fondamentale¹⁸³, ma la cui attuazione è evidentemente minata dall'interpretazione che la Corte ha dato della clausola di sovranità.

L'individuazione del ricorso a tale disposizione come il metodo che consente di tenere una condotta compatibile tanto con il regolamento quanto con la Convenzione, presenta infatti il limite di porsi in contraddizione con il principio-cardine dell'Unione, e in particolare del “*Sistema Dublino*”, e cioè la fiducia reciproca tra gli Stati, da cui discende la presunzione secondo la quale questi garantiscono un livello uniforme di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, il cui superamento è peraltro affermato nella medesima sentenza.

Alla luce di tali considerazioni appare chiaro il significato della complessiva posizione assunta dalla Corte europea: prendendo atto del sostanziale fallimento del “*Sistema Dublino*”, il quale presuppone un'uniformità normativa tra gli Stati al momento inesistente, ha proceduto a fornire gli strumenti per garantire una più equa attuazione dello stesso, tramite la redistribuzione della responsabilità e l'imposizione agli Stati dell'obbligo di verificare in concreto le condizioni esistenti nel paese di destinazione. Inoltre, per evitare medio tempore di doverlo considerare totalmente in contrasto con gli obblighi che gli stessi Stati hanno contratto mediante l'adesione alla Convenzione, ha dato vita ad un ragionamento che, mettendo in discussione lo stesso principio su cui tutta la normativa si fonda, nasconde (non troppo) dietro le righe la necessità di una riforma complessiva della stessa.

¹⁸³ Costituisce infatti parte nel diritto primario dell'Unione, essendo enunciato nel Protocollo numero 24 sull'asilo per i cittadini degli Stati membri.

Il richiamo da parte della Corte alla clausola di sovranità, indipendentemente dal significato sostanziale che le è stato attribuito, ha inoltre condotto ad un ulteriore risultato, a cui si è già fatto accenno, e cioè quello di averne definito i contorni, piuttosto vaghi ed incerti nella sua formulazione letterale.

Quanto affermato è testimoniato dall'utilizzo differenziato che gli Stati hanno fatto di tale previsione, riscontrato dalla stessa Commissione Europea nell'ambito di un rapporto avente ad oggetto la valutazione del “*Sistema Dublino*”.¹⁸⁴

In particolare la Commissione prende atto delle interpretazioni divergenti nell'applicazione della “*clausola di sovranità*” e di come gli Stati membri ricorrano alla stessa per ragioni differenti “*ranging from humanitarian to purely practical*”.

Taluni Stati si sono serviti infatti di tale disposizione per garantire un più celere rigetto delle domande infondate, altri invece per garantire una maggiore tutela ad alcune categorie di richiedenti asilo particolarmente vulnerabili e cioè anziani o malati.

Viene inoltre evidenziata la mancanza di indicazioni sulle precise circostanze in presenza delle quali sia possibile ricorrere alla stessa, sulla possibilità che sia il richiedente asilo a domandarne l'applicazione e sull'esistenza di un termine per la presentazione della richiesta da uno Stato ad un altro.

In relazione poi alla specifica situazione della Grecia si può notare come già prima della pronuncia della Corte taluni Stati avessero proceduto alla sospensione dei trasferimenti verso tale paese ricorrendo alla “*clausola di*

¹⁸⁴ “*Report on the evaluation of the Dublin system*”, COM(2007) 299 final, 6 giugno 2007.

sovranità”; alcuni mediante l’adozione di istruzioni generali nell’ambito della gestione della politica sull’asilo, altri sulla base di una valutazione condotta caso per caso nel contesto di decisioni giurisdizionali.¹⁸⁵

Dopo la pronuncia del 2011, tuttavia, il numero degli Stati che ha interrotto i trasferimenti, non solo verso la Grecia ma anche verso altri Stati membri considerati “*a rischio*”, è aumentato, a dimostrazione dell’impatto che la sentenza ha avuto sui meccanismi alla base del funzionamento del “*Sistema Dublino*”.

3.5 La Corte di Giustizia dell’Unione Europea e il “Sistema Dublino”: il caso N.S. ed M.E. e altri e la giurisprudenza successiva

La questione relativa all’interpretazione della “*clausola di sovranità*” in relazione al rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione, e in particolar modo del principio di *non-refoulement*, nell’attuazione del “*Sistema Dublino*”, si è posta poco dopo la decisione del caso M.S.S. contro Belgio e Grecia, anche di fronte alla Corte di Lussemburgo.¹⁸⁶

Il riferimento è ad una sentenza del 2011 con la quale la Corte si è pronunciata riunendo due differenti rinvii pregiudiziali: N.S. contro Secretary of State for the Home Department (causa C-411/10) e M.E. e

¹⁸⁵ Si veda sul punto Moreno-Lax V. “*Dismantling the Dublin System: M.S.S. vs. Belgium and Greece*”, cit., p. 13 e ss.

¹⁸⁶ Per la ricostruzione dei fatti si veda Grasso L. “*Presunzioni in materia di rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo ed operatività della sovereignty clause disposta dal regolamento Dublino II: alcune importanti precisazioni della Corte di giustizia*” in Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo 2/2012, p. 734 e ss.

altri contro Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform (causa C-493/10).

Risulta particolarmente interessante l'individuazione dell'orientamento dei giudici europei in merito a tale questione, nonché il confronto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in considerazione della differente posizione dalla quale le due Corti si trovano ad affrontare il problema in esame nonché del necessario coordinamento che si impone tra di esse in materia di tutela dei diritti fondamentali in Europa.

La prima delle due cause riguarda un cittadino afghano che, dopo aver abbandonato il proprio paese, era entrato in Europa attraverso la Grecia dove era stato sottoposto ad una misura detentiva nonché all'allontanamento verso la Turchia.

Essendo riuscito poi ad arrivare nel Regno Unito, N.S. presentò in tale Stato membro la propria domanda di asilo rispetto alla quale le autorità britanniche rilevarono tuttavia la loro incompetenza, in ossequio ai criteri contenuti nel regolamento “*Dublino II*”, ed individuarono la Grecia come Stato responsabile dell'esame della domanda tra l'altro respingendo la contestazione presentata dal richiedente, relativa al rischio di violazione dei suoi diritti cui sarebbe andato incontro, sul presupposto che la Grecia figurava nell'elenco dei paesi sicuri contenuto in un allegato dell'Asylum and Immigration Act del 2004.

Avendo in seguito presentato un ricorso giurisdizionale contro la decisione presa nei suoi confronti, in sede di appello, il giudice adito ritenne che la soluzione della questione necessitava una risposta da parte della Corte di Giustizia su una serie di aspetti relativi all'applicazione da parte degli Stati membri del regolamento “*Dublino*”.

Gli interrogativi che costituiscono oggetto di questo primo rinvio pregiudiziale riguardano la legittimità di un provvedimento di trasferimento di un richiedente asilo verso lo Stato membro che risulta competente senza l'effettuazione di alcuna indagine sulla situazione in esso esistente, l'eventualità che il ricorso alla "*clausola di sovranità*" si converta in un obbligo in presenza di determinate circostanze ed infine la legittimità di una presunzione assoluta sulla compatibilità del sistema di asilo dello Stato membro di destinazione con i diritti a tutela dei richiedenti protezione.

La proposizione della seconda questione pregiudiziale nasceva poi da una vicenda simile a quella sopra descritta relativa a cinque richiedenti asilo provenienti da Afghanistan, Iran e Algeria le cui domande di asilo, presentate in Irlanda, erano state respinte dalle autorità competenti in ragione del fatto di essere preventivamente passati dal territorio greco.

Anche in tal caso, essendo stato presentato un ricorso giurisdizionale contro la suddetta decisione, il giudice competente propose alla Corte di Giustizia la risoluzione di questioni essenzialmente coincidenti con quelle presentate dal giudice inglese.

Dal momento che la Corte, a seguito della proposizione di tali due rinvii, si è trovata a doversi pronunciare su questioni sostanzialmente identiche a quelle oggetto della sentenza M.S.S., l'impressione è che gli Stati dell'Unione, a seguito della condanna del sistema europeo di asilo da parte della Corte di Strasburgo, abbiano cercato una presa di posizione anche dei giudici di Lussemburgo che in effetti possiedono il monopolio nel garantire la coerenza e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione Europea.

Con la sentenza in esame la Corte di Lussemburgo si è posta in generale conformità con quanto affermato dalla Corte europea, soprattutto in relazione al risultato finale cui è pervenuta, benchè siano stati individuati dei profili di autonomia nel ragionamento da essa condotto¹⁸⁷.

La prima questione che la Corte ha dovuto affrontare riguarda la compatibilità con l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il cui contenuto corrisponde a quello dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di un provvedimento di trasferimento, verso un altro Stato membro, di un richiedente asilo, in attuazione dei criteri del regolamento "*Dublino II*", senza una preventiva verifica dello stato delle condizioni in esso esistenti.

Un elemento peculiare che merita di essere rilevato riguarda proprio il fatto che la Corte di Giustizia abbia usato come parametro per la sua decisione, non l'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali che contiene esplicitamente il principio di *non-refoulement*, bensì l'articolo 4 del quale si ripropone la teoria della protezione "*par ricochet*" elaborata dalla Corte di Strasburgo rispetto all'articolo 3 della Convenzione.¹⁸⁸

Un punto fermo dell'argomentazione della Corte è innanzitutto il fatto che il "*Sistema Dublino*" si fondi sul principio di mutua fiducia tra gli Stati

¹⁸⁷ L'analisi delle differenze nell'impostazione delle due Corti Marchegiani M. "*Sistema Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza recente*", cit., pp. 159-182.

¹⁸⁸ Osservazione rinvenibile in Grasso L. "*Presunzioni in materia di rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo ed operatività della sovereignty clause disposta dal regolamento Dublino II: alcune importanti precisazioni della Corte di giustizia*", cit., p. 739.

membri e quindi sulla presunzione di conformità degli stessi agli obblighi internazionali di tutela dei diritti dei richiedenti asilo.¹⁸⁹

Secondo la Corte infatti, laddove non si ammettesse tale presupposto la conseguenza sarebbe quella di svuotare di significato la normativa stessa che non potrebbe condurre al raggiungimento dei risultati per i quali è stata pensata.

La necessità del mantenimento di tale presunzione di conformità è poi confermata dalla Corte in sentenze successive tramite le quali sono state apportate dalle precisazioni al ragionamento contenuto nella pronuncia in esame.

La suddetta presunzione tuttavia ha necessariamente carattere relativo, potendo essere superata in caso di “*carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo*” nello Stato di destinazione, che portino a ritenere l’esistenza di un rischio di lesione dei diritti fondamentali e soprattutto del principio di *non-refoulement*.

Da tali prime considerazioni emerge chiaramente la differente impostazione seguita dalla due Corti: mentre la Corte di Strasburgo, attraverso un lungo percorso giurisprudenziale, è giunta a rifiutare la legittimità di una presunzione di sicurezza tra gli Stati membri, la Corte di Lussemburgo ne individua la necessità ai fini della tenuta del sistema pur affermandone la confutabilità in presenza di particolari circostanze.

Nel caso di specie peraltro la Corte di Giustizia, richiamando anche la precedente sentenza della Corte europea, ha ritenuto sussistenti i presupposti per considerare superata la presunzione in considerazione

¹⁸⁹ Sulla medesima sentenza si veda anche Morgese G. “*Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S e altri*” in Studi per l’integrazione europea VII 2012, pp. 147-162.

della difficile situazione presente ormai da tempo nello Stato ellenico che né il Regno Unito e né l'Irlanda potevano disconoscere.

L'ulteriore questione che la Corte di Giustizia si è trovata a dover affrontare riguarda nello specifico la clausola di sovranità e in particolare se il ricorso alla stessa possa configurarsi, in presenza di determinate circostanze, come un obbligo per gli Stati membri.

Ponendosi anche in tal caso in generale conformità con quanto affermato nel caso M.S.S., la Corte ha riconosciuto la possibilità che, in presenza di una situazione di carenza sistemica nello Stato formalmente competente, nasca un obbligo di ricorrere alla clausola di sovranità, pur essendo stato ammesso che lo Stato interessato possa prima cercare di applicare gli altri criteri previsti dal regolamento ai fini dell'attribuzione della competenza ad un altro Stato membro.

A quest'ultima possibilità tuttavia sono posti due limiti, consistenti nelle circostanze in presenza delle quali lo Stato in cui la domanda è stata presentata deve automaticamente procedere al suo esame, e cioè quando non sia possibile individuare un altro Stato competente e quando la valutazione degli altri criteri conduca ad un'eccessiva durata della procedura danneggiando il richiedente asilo.

Sempre con riferimento alla clausola di sovranità sono state apportate delle specificazioni in merito alle condizioni di applicazione della stessa in alcune sentenze successive della Corte di Giustizia.

In particolare si è posta la questione di sapere se dalla presente disposizione possa sorgere un diritto soggettivo del richiedente asilo e la necessità di specificarne il rapporto con l'altra clausola discrezionale contenuta nel regolamento e cioè quella umanitaria.

Nel caso Abdullahi (C-394/12) la Corte ha negato la configurabilità di un diritto individuale al ricorso alla clausola di sovranità mentre ha affrontato il secondo profilo nell'affare Halaf (C-528/11), di poco successivo alla sentenza N.S. ed M.E. e altri, nel quale in particolare si evidenziava che, nonostante la Corte fosse stata recentemente chiamata a pronunciarsi sul regolamento “*Dublino II*”, vi erano delle questioni rimaste insolte come quella relativa alla possibilità di applicare la clausola di sovranità in assenza delle condizioni umanitarie che giustificano il ricorso alla clausola contenuta nell'articolo 15.

A tal proposito i giudici si sono pronunciati ribadendo che l'articolo 3 paragrafo 2 non richiede alcun tipo di condizione ai fini della sua applicazione, che è rimessa ad una scelta discrezionale del singolo Stato, e hanno quindi proceduto a delineare la clausola di sovranità come totalmente autonoma e slegata dalle condizioni di operatività dell'altra disposizione a carattere discrezionale contenuta nel medesimo regolamento.

3.6 L'accertamento della situazione di carenza sistemica nello Stato di destinazione e il rapporto tra le due Corti

L'affermazione da parte delle Corti di Giustizia della superabilità della presunzione alla base del funzionamento del regolamento “*Dublino II*” è condizionata quindi all'esistenza di situazioni di particolare gravità: si premura infatti di affermare che non ogni violazione può condurre ad un tale risultato, ma che gli Stati membri “*non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo costituiscono motivi seri e comprovati di*

credere che il richiedente asilo corra un rischio di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta.”

Rispetto all'accertamento di una tale carenza sistemica¹⁹⁰, cui anche i giudici di Strasburgo fanno riferimento, si può individuare un ulteriore elemento di differenziazione nell'impostazione seguita dalle due Corti; mentre infatti nella sentenza relativa al caso M.S.S. la Corte europea ha imposto agli Stati di procedere ad una verifica concreta della condizione esistente nello Stato di destinazione in presenza di una tale situazione critica, la Corte di Giustizia, con una formulazione molto meno incisiva, ha affermato l'operatività del divieto di trasferimento solo quando lo Stato interessato non possa ignorare l'esistenza di una tale situazione, escludendo quindi in principio l'obbligo di indagare concretamente sui sistemi di asilo degli altri Stati membri.

Al di là di tale differenza nell'impostazione adottata dai due organi giurisdizionali, i risultati pratici cui essi sono pervenuti non presentano grandi divergenze ed essenzialmente nella giurisprudenza di entrambe risulta piuttosto problematica la determinazione dei confini di tale nozione dalla quale dipende la possibilità di ritenere lesivi del principio di *non-refoulement* i trasferimenti dei richiedenti asilo da uno Stato membro dell'Unione ad un altro.

In relazione alla sentenza della Corte di Giustizia si può notare come in essa non sia individuabile alcun criterio cui affidarsi per la determinazione di quando una data situazione si possa configurare come “*carenza sistemica*”, essendosi essenzialmente affidata a quanto era stato affermato

¹⁹⁰ Sulle difficoltà dell'accertamento della presenza di una situazione di carenza sistemica si veda Marchegiani M. “*Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*”, cit , p. 170 e ss.

dalla Corte europea nella precedente sentenza che a sua volta aveva dato rilevanza assoluta, nel prendere la propria decisione, alla valutazioni elaborate dall'UNHCR.

La Corte di Strasburgo infatti, pur avendo superato la presunzione di sicurezza, al fine di impedire il funzionamento del “*Sistema Dublino*” richiede l'esistenza di prove significative delle lacune in merito alla tutela dei diritti fondamentali presenti in uno Stato membro, che essenzialmente sono fatte corrispondere alle informazioni delle organizzazioni non governative e soprattutto proprio dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati.

A testimoniare tale tendenza vi sono alcune pronunce successive di tale Corte nelle quali, in assenza di dati univoci in relazione alle condizioni esistenti in Stati membri differenti dalla Grecia, questa, ha rifiutato di riconoscere la violazione dell'articolo 3 mediante il rinvio verso gli stessi.¹⁹¹

Da quanto evidenziato è possibile considerare allora in parte depotenziata la tutela offerta dalla Corte europea nei casi che non riguardino la ormai ben nota situazione greca; si può dire infatti che la Corte si sia servita delle circostanze eclatanti dello Stato ellenico per affermare i limiti del sistema europeo di asilo e in particolare di determinazione della

¹⁹¹ Il riferimento è ad alcune sentenze relative proprio all'Italia nelle quali la Corte pur avendo riconosciuto le difficoltà del nostro sistema di asilo non ha ritenuto di poterle qualificare come carenze sistemiche, ad es. Mohammed Hussein contro Paesi Bassi e Italia.

Significativa è inoltre la sentenza Mohammed contro Austria, relativa ad un rinvio verso l'Ungheria, nella quale anche in tal caso la Corte ha rifiutato di ritenere integrata la violazione in ragione del fatto che l'UNHCR, a differenza di quanto era avvenuto con riguardo alla Grecia, non aveva adottato alcuna raccomandazione per gli Stati membri di non procedere al trasferimento dei richiedenti asilo verso il territorio ungherese.

competenza per l'esame delle domande, garantendo un potenziale strumento di accesso alla tutela dal *refoulement*, ma che le condizioni in concreto richieste non consentano di fornire protezione a tutti coloro che ne avrebbero i presupposti sulla base dell'articolo 3.

Per quanto concerne la prova dell'esistenza di una situazione di carenza sistemica, da entrambe le pronunce si può dedurre come, anche qualora il richiedente asilo non faccia valere il rischio di violazione dei propri diritti, lo Stato che emette la misura di trasferimento sarà comunque responsabile quando sapeva o avrebbe dovuto sapere l'esistenza del rischio di *refoulement*; ciò appare ragionevole nel contesto di un sistema di determinazione della competenza per l'esame delle domande di asilo nel quale il richiedente asilo svolge un ruolo del tutto marginale.¹⁹²

Il fatto che non siano stati specificati i criteri sulla base dei quali ritenere esistenti i presupposti che consentono il superamento della presunzione pone poi dei problemi dovuti al fatto di assistere ad una prassi molto differenziata nel merito in ciascuno Stato membro.

Infine, mentre la Corte europea considera sufficiente per vietare il trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato formalmente competente l'accertamento della condizione di incompatibilità oggettiva di questo rispetto alle esigenze di tutela dei diritti umani, si può rilevare come la Corte di Giustizia, facendo riferimento a "*motivi seri e comprovati di credere che il richiedente asilo corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti*", sembri richiedere un'individualizzazione del rischio tale per cui anche una situazione di carenza consistente se non

¹⁹² Sul punto Brouwer E. "*Mutual trust and the Dublin Regulation: protection of fundamental rights in the EU and the burden of proof*", cit., p. 143 e ss.

accompagnata da un'effettiva lesione dei diritti non consente di impedire il regolare funzionamento del regolamento.

Alla luce di quanto osservato appare evidente la definitiva messa in discussione della conformità del “*Sistema Dublino*” ai diritti fondamentali riconosciuti ai richiedenti asilo da parte di entrambe gli organi giurisdizionali che hanno assunto posizioni sostanzialmente coincidenti, nonostante per i commentatori sia stato comunque possibile individuarne le differenze.

La Corte di Giustizia in particolare, pur mostrando deferenza rispetto a quanto i giudici di Strasburgo avevano affermato precedentemente, ha adottato una posizione che si addice al ruolo da essa svolto nel contesto dell'Unione Europea.

Pur riconoscendo infatti le carenze strutturali della normativa vigente in materia di attribuzione della competenza per l'esame delle domande di asilo ha cercato di salvare la coerenza del sistema con l'indicazione di correttivi che hanno svolto un ruolo centrale nell'indurre alla riforma del regolamento “*Dublino II*”.

A differenza della Corte di Strasburgo, che ha sancito il totale superamento della presunzione di sicurezza tra gli Stati membri, la Corte di Giustizia, dovendo preservare il principio di mutua fiducia che costituisce la ragion d'essere dell'intero sistema, nonché della stessa Unione, si è limitata a stabilirne il carattere relativo.

Inoltre, pur avendo riconosciuto la possibilità che il ricorso alla clausola di sovranità possa divenire un obbligo per gli Stati membri, ha subordinato tale circostanza al preventivo ricorso agli altri criteri di attribuzione della competenza quasi a volerne legittimare la funzione e il contenuto nonché a configurare come *extrema ratio* l'utilizzo di tale previsione, che com'è già

stato notato, rappresenta un'eccezione al meccanismo alla base del "Sistema Dublino", ponendosi essenzialmente in contrasto con la reciproca fiducia tra gli Stati su cui questo si fonda.

Il dialogo tra le due Corti in tale ambito è rappresentativo comunque dell'interazione generale tra i due organi, il cui coordinamento è essenziale in materia di tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione Europea, della quale formalmente infatti rimane garante la Corte di Giustizia, avendo la Corte europea un'incidenza solo indiretta e che passa per la valutazione degli ordinamenti e delle condotte degli Stati membri, almeno fino a quando non sarà completato il processo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3.7 La compatibilità del nuovo regolamento "Dublino III" rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Sebbene la Corte europea non abbia ancora avuto modo di pronunciarsi sul nuovo regolamento di recente introduzione, sulla base delle critiche sollevate rispetto alla normativa precedente, è possibile procedere alla valutazione dello stesso in relazione al principio di *non-refoulement* ex articolo 3 della Convenzione europea.

Innanzitutto è opportuno evidenziare come il legislatore europeo abbia in sostanza recepito le modifiche che, all'esito delle pronunce delle due Corti, apparivano necessarie.

Nel nuovo regolamento in particolare è stato introdotto il divieto esplicito di procedere al trasferimento del richiedente protezione nell'eventualità in cui questo corra il rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti e infatti il nuovo articolo 3 paragrafo 2 prevede che "qualora

sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente.”

Il legislatore comunitario, rifacendosi evidentemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha inoltre previsto che, nel caso in cui non sia possibile procedere al trasferimento verso un altro Stato individuato mediante il ricorso agli ulteriori criteri, l'esame della domanda spetti allo Stato che ha avviato la procedura di determinazione della competenza.

Tuttavia nella formulazione della previsione, benchè l'esito della stessa sia equivalente all'imposizione di un obbligo preciso di applicazione della clausola di sovranità, manca un riferimento esplicito alla stessa oltre che l'indicazione dei casi, previsti invece dalla giurisprudenza, in presenza dei quali lo Stato avrebbe l'obbligo di procedere egli stesso direttamente all'esame della domanda, invece di tentare l'applicazione degli ulteriori criteri.

Pur essendo stata riconosciuta l'importanza della positivizzazione del divieto in esame, questo è stato criticato per la vaghezza¹⁹³ del suo contenuto che tuttavia riproduce la medesima genericità riscontrata sul punto nella relativa giurisprudenza.

¹⁹³ Feraci O. *“Il nuovo Regolamento Dublino III e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo”*, cit., p. 21 e ss.

Si è infatti notato come il legislatore non si sia preoccupato di specificare chi sia competente e in base a quali criteri si debba procedere all'individuazione delle situazioni di carenza sistemica e che da ciò ne consegua una sostanziale libertà degli Stati, tale da differenziare ancora di più il trattamento riservato ai richiedenti protezione nei differenti paesi membri.

Presumibilmente, così com'è avvenuto nell'ambito delle decisioni adottate dalle due Corti in materia, un ruolo determinante sarà svolto dalle posizioni di volta in volta assunte dalle organizzazioni internazionali non governative e soprattutto dall'UNHCR.

La circostanza poi che il divieto sia circoscritto alle ipotesi in cui si riscontri una situazione di “*carenza sistemica*” del sistema di asilo dello Stato di destinazione, porta a ritenere che nei casi in cui il pericolo di *refoulement* sia sussistente ma non sia causato da tali presupposti, non si rientri nell'ambito di operatività di tale previsione che, anche in tal caso, d'altra parte, si limita a recepire quanto le due Corti hanno affermato in relazione alla condizione dello Stato ellenico.

La rilevanza poi che a livello giurisprudenziale è stata attribuita alla clausola di sovranità, come strumento interno al regolamento tramite il quale evitare che l'applicazione dello stesso possa condurre alla violazione del principio di *non-refoulement* in presenza di *defaillances* strutturali degli Stati membri, nel contesto della nuova normativa è ridotta dalla previsione del nuovo meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione di crisi del sistema nazionale d'asilo, il cui funzionamento è stato descritto nel precedente capitolo di tale elaborato.

Si può dire quindi che il ruolo determinante, che specialmente la Corte di Strasburgo ha attribuito alla clausola di sovranità, sia stato

significativamente ridimensionato al momento della riforma del regolamento.

Le considerazioni svolte non sottraggono tuttavia importanza ad una modifica legislativa doverosa e con la quale si può indubbiamente affermare che il legislatore comunitario abbia almeno preso coscienza delle carenze insite al “*Sistema Dublino*”.

Nonostante ciò, volendo procedere ad una valutazione di più ampio respiro, è evidente che le riforme apportate non siano sufficienti a scongiurare future violazioni delle disposizioni della Convenzione europea e in particolare del suo articolo 3.

Il fatto che la Corte di Strasburgo sia ricorsa ad una previsione interna al regolamento, e cioè la clausola di sovranità, individuandola come lo strumento tramite il quale gli Stati possono evitare di commettere gravi violazioni dei diritti dei richiedenti asilo, pur rispettando la normativa comunitaria ad essi imposta, non vuol dire infatti che fosse questa la strada che si auspicava sarebbe stata percorsa dalle istituzioni comunitarie al momento di procedere alla modifica di tale specifico aspetto del sistema di asilo europeo.

Come visto nelle pagine precedenti, l’obiettivo al quale tendere, anche sulla base degli studi effettuati sul funzionamento del “*Sistema Dublino*”, era una radicale riforma dello stesso e la corrispondente individuazione di un differente meccanismo di distribuzione della competenza per l’esame delle domande di asilo che garantisse, non solo una piena e stabile tutela dei diritti dei richiedenti protezione, ma anche una maggiore efficienza ed un’effettiva equa distribuzione degli stessi tra gli Stati membri.

La circostanza che il presupposto di tale sistema sia un’uniformità tra gli Stati che non trova corrispondenza nella realtà, induce infatti a ritenere

che soluzioni fondate su considerazioni opposte a tale principio, come quelle individuate dalla Corte europea, non possano che essere contingenti.

Ci si potrebbe chiedere infatti quale sia il senso di mantenere in piedi un sistema che per operare senza calpestare diritti essenziali, date le circostanze attualmente esistenti, necessita del regolare ricorso a previsioni nate per essere eccezionali; o ancora se un sistema pensato in funzione di una presunzione di sicurezza degli Stati membri, nel momento in cui questa venga meno, possa continuare ad essere ugualmente credibile.

Solo in un'Europa realmente uniformata nella tutela dei diritti e nella normativa relativa all'accoglienza dei richiedenti asilo, un sistema di determinazione della competenza fondato sull'applicazione di automatici e rigidi criteri e sui conseguenti trasferimenti da uno Stato membro ad un altro, sarebbe al sicuro dal rischio di violazioni del principio di *non-refoulement*.¹⁹⁴

Le riforme introdotte quindi, seppur valutabili positivamente, sembrano essersi limitate ad apportare gli elementi minimi ed indispensabili affinché il regolamento possa in futuro non essere considerato, almeno nella sua formulazione astratta, in contrasto con il principio di *non-refoulement* ex articolo 3 senza tuttavia recepire i segnali provenienti da più parti di un'opportuna riconsiderazione di tutto il sistema.

¹⁹⁴ Si veda sul punto Noll G. "*Formalism v. Emiricism: some reflections on the Dublin Convention on the occasion of recent european case law*" cit., pp. 161 e ss.

3.8 Prospettive di riforma e conclusioni

Le considerazioni svolte inducono allora a ritenere urgente una riforma radicale del “*Sistema Dublino*” non solo in ragione della sua inefficienza e incapacità di perseguire gli obiettivi per i quali è stato realizzato, come si è cercato di evidenziare nel secondo capitolo, ma anche alla luce dei rilevati difetti di compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali garantita dal sistema costruito intorno alla Convenzione europea, specialmente in relazione al principio di *non-refoulement* in essa ormai incorporato.

In merito alla possibili strade da intraprendere nel procedere ad una riforma organica della normativa vigente, le prospettive avanzate appaiono tutte rivolte all’attribuzione di un maggior peso nella procedura per la determinazione della competenza alla condizione personale del richiedente protezione e alla sua volontà.

Tali elementi non solo condurrebbero a facilitare l’inserimento dei richiedenti asilo nelle società di accoglienza ma porrebbero anche fine alle logiche dei trasferimenti forzati che sono alla base dell’incompatibilità, alle condizioni attuali, con il principio di *non-refoulement*.

L’obiettivo cui tendere, come la stessa Commissione ha affermato, è un sistema fondato sull’attribuzione della libera scelta dello Stato nel quale presentare domanda di asilo, per la realizzazione del quale, tuttavia, è comunque necessaria l’uniformazione dei criteri in base ai quali riconoscere la protezione, per evitare di incentivare forme di “*asylum shopping*”.

Tra le ipotesi considerate vi è anche quella della “esternalizzazione”¹⁹⁵ delle domande, consistente nella presentazione delle stesse presso le

¹⁹⁵ Adinolfi A. “*Il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune di europeo?*”, cit., p. 692 e ss.

rappresentanze diplomatiche degli Stati europei presenti in Stati terzi o in zone fuori dall'Europa specificatamente individuate per la ricezione delle stesse.

Tali soluzioni oltre a presupporre la realizzazione di accordi con gli Stati terzi porrebbero comunque problemi in merito al trattamento riservato ai richiedenti asilo e per tale motivo sono state valutate negativamente da parte dell'ECRE.¹⁹⁶

In conclusione è opportuno tuttavia prendere atto che la concreta possibilità di pervenire ad un'effettiva riforma del sistema in esame sembra ostacolata dal disinteresse all'adozione di regole che realmente consentano la realizzazione di una piena condivisione tra tutti gli Stati membri della responsabilità nella gestione dei richiedenti asilo nonché di una piena tutela dei loro diritti fondamentali, apparendo ancora come primario l'obiettivo di contenere il più possibile un fenomeno in concreto difficilmente contenibile.

Al di là delle possibili soluzioni per sostituire efficacemente il “*Sistema Dublino*” è evidente poi come la vera sfida europea riguardi attualmente l'intero sistema di asilo che si auspica possa divenire “*comune*” non solo nelle intenzioni e nei principi ma anche nelle regole e nella prassi.

Nell'attesa che la politica in materia di asilo possa realmente entrare in una nuova stagione e che si proceda alla revisione del “*Sistema Dublino*”, in relazione a ciò che ha costituito il filo conduttore di tale elaborato e cioè, il principio di *non-refoulement* come ricavato dal testo della Convenzione europea, si può comunque immaginare che le modifiche apportate

¹⁹⁶ Rapporto dell'European council on refugees and exiles (ECRE) “*Sharing responsibility for refugee protection in Europe: Dublin reconsidered*” marzo 2008, p. 25 e ss.

mediante il regolamento “*Dublino III*” saranno valutate positivamente dalla Corte di Strasburgo e che nella prospettiva dell’adesione dell’Unione alla Convenzione sarebbero almeno sufficienti ad impedire una condanna esplicita dell’Europa e della normativa in essa attualmente vigente, rispetto alla quale la Corte sarebbe a quel punto legittimata a pronunciarsi direttamente.

Bibliografia

Adinolfi A. "Il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune di europeo?" in *Rivista di diritto internazionale* 3/2009, pp. 669-696;

Allain J. "The jus cogens nature of non-refoulement" in *International journal of refugee law* vol. 15 n°1 2002, pp. 533-538;

Basilien-Gainche M.L. "Derniers éclairages sur la détermination de l'Etat membre responsable d'une demande d'asile" in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 22 juin 2013 e in *La revue des droits de l'homme* on line all'indirizzo <http://revdh.org/2013/06/22/derniers-eclairages-determination-etat-membre-responsable-demande-asile/>;

Barontini G. "Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Shengen e di Dublino" in *Rivista di diritto internazionale* 2/1992, pp. 335-347;

Battjes H. "The Soering treshold: why only fundamental values prohibit refoulement in ECHR case law" in *European journal of migration and law* (11) 2009, pp. 205-219;

Battjes H. "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* (22) 2009, pp. 583-621;

Benvenuti P. “*In attesa di una nuova stagione per la politica europea in materia di asilo*” in *Diritto pubblico comparato ed europeo* vol. 4 2004, pp. XXIII-XXVIII;

Borelli. S. “*Allontanamento degli stranieri dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani*” in *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo* a cura di Zagato L. 2006, pp. 99-122;

Brandl U. “*Distribution of asylum seekers in Europe? Dublin II Regulation determining the responsibility for examining an asylum application*” in *The emergence of a european asylum policy* a cura di C. Urbano de Sousa e De Bruycker P. 2003, pp. 33-69;

Brouwer E. “*Mutual trust and the Dublin Regulation: protection of fundamental rights in the EU and the burden of proof*” in *Utrecht law review* vol.9/1 2013, pp. 135-147, on line all’indirizzo <https://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/218/215>;

Bruin R. e Wouters K. “*Terrorism and the non-derogability of non-refoulement*” in *International journal of refugee law* vol. 15 n°1 2003, pp. 5-29;

Calamia A.M. “*Ammissione e allontanamento degli stranieri*” 1980;

Calamia A.M., Di Filippo M., Gestri M. “*Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*” 2012;

Callewaert J. “*La Cour européenne des droits de l’homme et l’urgence*” in *Revue trimestrelle des droits de l’homme* 1994, pp. 391-403;

Cannizzaro E. “*L’armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*” in *Rivista di diritto internazionale* 2001, pp. 440-443;

Carlier J.Y. “*Le développement d’une politique commune en matière d’asile*” in *The emergence of european asylum policy* a cura di C. Urbano de Sousa e De Bruycker P. 2003, pp. 1-14;

Chetail V. “*Les droits des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants*” in *Revue belge de droit international* vol.37 n°1 2004, pp. 155-210;

Chetail V. “*Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*” *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives* di Chetail V. e Flauss J.F. 2001, pp. 3-6;

Chetail V. “*Are refugee rights human rights? An unorthodox questioning of the relations between refugee law and human rights law*” in *Human rights and immigration, collected courses of the Academy of European Law* a cura di Rubio-Marin 2014, 2012, pp. 19-72;

Den Heijer M. *“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* (10) 2008, pp. 277-314;

Den Heijer M. *“Reflections on refoulement and collective expulsion in the Hirsi case”* in *International journal of refugee law* Vol. 25 n°2 2013, pp. 265-290;

Dubolino D. *“L’identificazione dello Stato competente all’esame della domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento”* in *Diritto dell’Unione europea* 4/2004, pp. 811-845;

Duffy A. *“Expulsion to face torture? Non-refoulement in international law”* in *International journal of refugee law* 2008, pp. 373-390;

Feraci O. *“Il nuovo Regolamento Dublino III e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo”* in *Osservatorio sulle fonti on line* all’indirizzo www.osservatoriosullefonti.it fasc. 2/2013, pp. 1-37 ;

Ferri E. *“Ecco il nuovo regolamento Dublino III”* in *Progetto Melting Pot* on line all’indirizzo <http://www.meltingpot.org/Asilo-Ecco-il-nuovo-Regolamento-Dublino-III.html#.VA8qylZK54Q>, 2013;

Fiorini A. *“La Corte europea dei diritti dell’uomo riapre a possibili rimpatri a Mogadiscio”*

in Progetto Melting pot Europa on line all'indirizzo <http://www.meltingpot.org/La-Corte-europea-dei-diritti-dell-uomo-riapre-a-possibili.html#.VA36SVZK54Q>, 2012;

Fornerod A. *“L’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme et l’éloignement forcé des étrangers: illustrations récentes”* in Revue trimestrelle des droits de l’homme (82) 2010, pp. 315-339;

Goodwin-Gill G.S. e McAdam J *“The refugee in international law”* 2007;

Garcia de Enteria E. *“De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l’homme”* in Revue trimestrelle des droits de l’homme (11) 1992, pp. 251-280;

Grasso L. *“Presunzioni in materia di rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo ed operatività della sovereignty clause disposta dal regolamento Dublino II: alcune importanti precisazioni della Corte di giustizia”* in Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo 2/2012 , pp. 733-739;

Guild E. *“Jurisprudence of the European Court of human rights: lessons for the EU asylum policy”* in The emergence of a european asylum policy a cura di C.Urbano de Sousa e De Bruycker P. 2003, pp. 329-342;

Guild E. “*Seeking asylum: storm clouds between international commitments and EU legislative measures*” in *European law review* 01/2004, pp. 198-218;

Guild E. “*The europeanisation of Europe’s asylum policy*” in *International journal of refugee law* 2006, pp. 631-651;

Guild E. “*EU asylum law and human rights protection: revisiting the principle of non-refoulement and the prohibition of torture and other forms of ill-treatment*” in *European journal of migration and law* 14/2012, pp. 119-149;

Hammarberg T. “*The ‘Dublin Regulation’ undermines refugees protection*” in *Le carnets des droits de l’homme* 22 settembre 2012, on line all’indirizzo [file:///Users/Giuliana/Desktop/II%20e%20III%20capitolo/hammerberg.webarchive](file:///Users/Giuliana/Desktop/II%20e%20III%20capitolo/hammerberg.webarchive;);

Hailbronner K. e Thiery C. “*Schengen II and Dublin: responsibility for asylum applications in Europe*” in *Common market law review* 34/1997, pp. 957-989;

Hailbronner K. “*Immigration and asylum law and policy of the European Union*” 2000;

Hathaway J.C. “*The rights of refugees under international law*” 2005;

Hessbruegge J.A. “*European court of human rights protects migrants against push-back operations on high seas*” in *Asil Insights* vol. 16 issue 14 online all’indirizzo <http://www.asil.org/insights/volume/16/issue/14/european-court-human-rights-protects-migrants-against-push-back> , 2012;

Hurwitz H. “*The 1990 Dublin Convention: a comprehensive assessment*” in *International journal of refugee law* vol. 11 n°4 1999, pp. 647-677;

Hurwitz H. “*Commentaires sur la détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande d’asile et la répartition des charges entre Etats membres*” in *The emergence of a european asylum policy* a cura di C.Urbano de Sousa e De Bruycker P. 2003, pp. 71-86;

Hyndman P. “*Asylum and non-refoulement -Are these obligations owed to refugees under internatioanl law?*” in *Pilippine law journal* vol. 57 n°1 1982, pp. 43-77;

Ippolito F. Velluti S. “*The recast process of the EU asylum system: a balancing act between efficiency and fairness*” in *Refugee survey quarterly* vol. 30 n°3 2011, pp. 24- 45;

Karagiannis S. “*Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l’état de destination ou à des particuliers*” in *Revue trimestrelle des droits de l’homme* 1999, pp. 33-88;

Kaunert C. e Léonard S. “*The European Union asylum policy after the treaty of Lisbon and the Stockholm programme: towards supranational governance in a common area of protection?*” in *Refugee survey quarterly* vol. 31 n°4 2012, pp. 1-20;

Kemph R. “*Protection en trompe l’oeil des demandeurs d’asile contre leur réadmission en Hongrie*” in *Lettre Actualité-droits-libertés*” di CREDOF 16 settembre 2013 e in *La revue des droits de l’homme* on line all’indirizzo <http://revdh.org/2013/09/16/droit-asile-protection-trompe-loeil-readmission>;

Lauterpacht E. e Bethlehem D. “*The scope and the content of the principle of non-refoulement: opinion*” in *Refworld* online all’indirizzo <http://www.refworld.org/pdfid/470a33af0.pdf> 2001;

Lenzerini F. “*Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell’uomo*” in *Rivista di diritto internazionale* 3/2012, pp. 721-761;

Magi L. “*Protezione dei richiedenti asilo ‘par ricochet’ o ‘par moitié’? La Grande Camera ripartisce tra gli Stati contraenti la responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento ‘Dublino II’*” in *Rivista di diritto internazionale* 2011, pp. 824-832;

Mallia P. “*Case of M.S.S. v. Belgium and Greece: a catalyst in the re-thinking of the Dublin II Regulation*” in *Refugee Survey Quarterly* vol. 30 n°3, pp. 107-128;

Morrone F. “*L’asilo nel diritto internazionale*” in *Il diritto d’asilo a cura di B.M. Bilotta e F.A. Cappelletti* 2006, pp. 31-79;

Marchegiani M. “*Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*” in *Diritti umani e diritto internazionale* vol. 8 n°1 2014, pp. 159-182;

Marchegiani M. “*Regolamento ‘Dublino II’ e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S contro Belgio e Grecia*” in *Studi per l’integrazione europea* 2/2011, pp. 357-366;

Marchegiani M. “*Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi l’Alto Commissariato per i rifugiati*” in *Diritti umani e diritto internazionale* 2010, pp. 452-457;

Moreno-Lax V. “*Dismantling the Dublin System: M.S.S. vs. Belgium and Greece*” in *European journal of migration and law* 2012, pp. 1-31;

Morgese G. “*I nuovi atti dell’Unione europea in materia di asilo*” in *Sud in Europa* n°2 2013 online all’indirizzo <http://www.sudineuropa.net/articolo.asp?ID=547&IDNumero=48>;

Morgese G. *“Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S e altri”* in Studi per l’integrazione europea VII/2012, pp. 147-162;

Napoletano N. *“La condanna dei respingimenti operati dall’Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra”* in Diritti umani e diritto internazionale vol. 6 n°2 2012, on line all’indirizzo <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2012/07/Nicola-Napoletano-La-condanna-dei-‘respingimenti’-operati-dall’Italia-verso-la-Libia-da-parte-della-Corte-europea-dei-diritti-umani-molte-luci-e-qualche-ombra.pdf>;

Nascimbene B. *“Il progetto di Costituzione europea e l’immigrazione”* in Diritto Immigrazione e Cittadinanza 2004, pp. 13-20;

Nicol QC A. *“From Dublin Convention to Dublin Regulation: a progressive move?”* in Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy a cura di Baldaccini, Guild e Toner 2007, pp. 265-276;

Noll G. *“Formalism v. Empiricism: some reflections on the Dublin Convention on the occasion of recent european case law”* in Nordic journal of international law vol. 70 issue 1 2001, pp. 161-182;

Parisciani E. *“Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: il caso Sufi e*

Elmi” on line all’indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2345280 2013;

Parisciani E. “*Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza K.AB. contro Svezia (5 settembre 2013)*” in SIDIblog on line all’indirizzo <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=533>, 2013;

Peers S. “*Legislative update: EU immigration and asylum competence and decision-making in the treaty of Lisbon*” in European journal of migration and law (10) 2008, pp. 218-247;

Peri C. “*La protezione interrotta. Il regolamento Dublino III e il diritto d’asilo in Europa*” in Aggiornamenti sociali marzo 2014 pp. 225-236, on line in Academia.eu all’indirizzo [https://](https://www.academia.edu/6276388/)

www.academia.edu/6276388/

La protezione interrotta. Il regolamento Dublino III e il diritto d’asilo in Europa; -F. Sudre “*La notion de “peines et des traitement inhumains et dégradantes” dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l’homme*” in Revue générale de droit international public 1984, pp.827-889;

Pisillo Mazzeschi R. “*Il diritto d’asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*” in Rivista internazionale dei diritti dell’uomo 1999, pp. 694-702;

Raux C. “ *La politique d’asile de l’Union européenne dans la visée de la cour européenne des droits de l’homme*” in *Revue trimestrelle des droits de l’homme* 88/2011, pp. 1023-1044;

Rebasti E. “*Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo*” in *Diritti umani e diritto internazionale* 5/2011, pp. 343-355;

Roig A. “*L’harmonisation européenne du droit d’asile: une vue critique*” in *Revue du marché commune et de l’Union européenne* 482/2004, pp. 590-596;

Rossano R. “*Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo*” in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali* (2) 2004, pp. 371-382;

Salerno F. “*L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*” in *Diritti umani e diritto internazionale* 4/2010, pp. 487-515;

Spatti M. “*La disciplina comunitaria relativa all’allontanamento dei richiedenti asilo verso Paesi sicuri*”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* (1) 2007, pp. 217-243;

Sudre F. “*Les ‘obligations positives’ dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme*” in *Revue trimestrelle des droits de l’homme* 1995, pp. 363-384;

Sudre F. “*La notion de ‘peines et des traitement inhumains et dégradantes’ dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l’homme*” in *Revue générale de droit international public* 1984, pp. 827-889;

Sudre F. “*Extradition et peine de mort: arret Soering de la Cour europeenne des droits de l’homme, du 7 juillet 1989*” in *Revue générale de droit international public* 1990, pp. 103-119;

Syring T. “*European Court of human rights judgment on expulsion of asylum seekers: M.S.S. v. Belgium & Greece*” in *Asil Insights* vol. 15 issue 5 online all’indirizzo <http://www.asil.org/insights/volume/15/issue/5/european-court-human-rights-judgment-expulsion-asylum-seekers-mss-v>, 2011;

Teitgen-Colly C. “*The European Union and asylum: an illusion of protection*” in *Common market law review* 43/2006, pp. 1503-1520;

Terrasi A. “*I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*” in *Diritti umani e diritto internazionale* 3/2009, pp. 591-607;

Thielemann E. R. “*Why asylum policy harmonisation undermines refugee burden-sharing*” in *European journal of migration and law* 6/2004, pp. 47-65;

Troianello P. “ *Il diritto d’asilo nell’Unione europea*” in *Il diritto d’asilo* a cura di B.M. Bilotta e F.A.Cappelletti 2006, pp. 81-99;

Villani U. “*I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea, e progetto di costituzione per l’Europa*” in *Diritto dell’Unione europea* 2004, pp. 93-105;

Zagato L. “*Le competenze dell’UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza, e nella prospettiva di un Trattato su una Costituzione per l’Europa*” in *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo* a cura di L. Zagato 2006, pp. 133-198;

Zwann K. “*The european asylum law, the United Nations High Commissioner for Refugees and the 1951 Convention relating to the status of refugees*” in *UNHCR and the european asylum law* 2005, pp. 3-21;

Rapporto dell’European council on refugees and exiles(ECRE) “*Sharing responsibility for refugee protection in Europe: Dublin reconsidered*” marzo 2008;

Rapporto del United Nations high commissioner for refugees(UNHCR) “*The Dublin II Regulation*” aprile 2006;

Commento al Regolamento “Dublino III” in *Asilo in Europa* on line all’indirizzo <http://www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2013/12/REGOLAMENTO-DUBLINO-III.pdf>;

“Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n.604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro” giugno 2014;

Posizione dell’UNHCR sui respingimenti dei richiedenti asilo verso la Grecia in attuazione del Regolamento “Dublino”, 15 aprile 2008;

Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin System COM(2007) 299 final.

