

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA**

**Le forme di protezione complementare allo *status*
di rifugiato**

Tesi di laurea in DIRITTO INTERNAZIONALE

Relatore

Prof. Marco Balboni

Presentata da

Lara Faustini Fustini

Sessione II

Anno accademico 2016/2017

INDICE

Introduzione	6
--------------------	---

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI ASILO E LO *STATUS* DI RIFUGIATO

1. Il diritto di asilo

1.1 Il concetto di asilo	8
1.2 La libertà degli Stati di concedere il beneficio dell'asilo	10
1.3 Il rapporto tra diritto d'asilo e protezione dei rifugiati	12
1.4 Il principio di <i>non-refoulement</i> come nucleo essenziale del diritto d'asilo	14
1.5 Il diritto d'asilo nelle Costituzioni	16

2. Lo *status* di rifugiato

2.1 Le origini del sistema di protezione internazionale dei rifugiati e la creazione dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati.....	23
2.2 La Convenzione di Ginevra del 1951 ed il Protocollo di New York del 1967	26
2.3 La definizione di rifugiato	28
2.4 Le clausole di esclusione e di cessazione	39
2.5 La determinazione dello <i>status</i> di rifugiato.....	40
2.6 Il principio di <i>non-refoulement</i> nella Convenzione di Ginevra.....	41
2.7 Il trattamento del rifugiato.....	43

CAPITOLO II

LA PROTEZIONE DEI SOGGETTI NON RIENTRANTI NELLA DEFINIZIONE DI RIFUGIATO SECONDO LA CONVENZIONE DI GINEVRA A LIVELLO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Osservazioni introduttive.....	45	
1. Gli obblighi derivanti dal diritto internazionale		
1.1 I soggetti meritevoli di protezione dall'UNHCR conformemente al mandato ricevuto dall'Assemblea generale		48
1.2 Le fonti del principio di <i>non-refoulement</i> nel diritto internazionale dei diritti umani	53	
1.3 L'attuazione dei diritti tutelati dai trattati sui diritti umani	54	
1.4 La tutela derivante dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo	56	
2. La protezione complementare nel diritto dell'Unione Europea		
2.1 La competenza dell'Unione Europea in materia di asilo	65	
2.2 La normativa di attuazione del Sistema europeo comune di asilo	67	
2.3 I presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria	69	
2.4 Il contenuto della protezione sussidiaria	75	
2.5 Le cause di cessazione e di esclusione dallo <i>status</i> di protezione sussidiaria	79	
2.6 La protezione temporanea	81	

CAPITOLO III
LA PROTEZIONE COMPLEMENTARE NEL DIRITTO ITALIANO

1. La protezione umanitaria

1.1 Le fonti della protezione umanitaria.....	84
1.2 Il carattere generale dell'art. 5, co. 6, T.U.I	85
1.3 Il contenuto della protezione umanitaria.....	99
1.4 Gli aspetti procedurali, la natura di diritto soggettivo e la giurisdizione	101
1.5 Analisi comparata della protezione umanitaria.....	103

2. Altre tipologie di permessi di soggiorno

2.1 I permessi di soggiorno rilasciati in base all'art. 5, co. 6, T.U.I.....	105
2.2 Il permesso di soggiorno per motivi religiosi.....	106
2.3 Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale.....	108

Conclusione	117
-------------------	-----

Bibliografia	123
--------------------	-----

ABBREVIAZIONI E GLOSSARIO

Cedu: Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
Corte Edu: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
CIR: Comitato Intergovernativo per i Rifugiati
EASO: European Asylum Support Office
ECRE: European Council on Refugees and Exiles
IRO: International Refugee Organization
OUA: Organizzazione dell'Unità Africana
ONG: Organizzazioni Non Governative
OIM: Organizzazione Internazionale per le Migrazioni
ONU: Organizzazione delle Nazioni Unite
PSG: Particular Social Group
SPRAR: Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati
UE: Unione Europea
UNRWA: United Nations Relief and Works Agency for Palestine
UNHCR: United Nations High Commissioner for Refugees
UNODC: United Nations Office on Drugs and Crime

INTRODUZIONE

La migrazione è un fenomeno antico quanto l'umanità, poiché da sempre gli esseri umani si sono spostati da una parte all'altra del pianeta¹, e sicuramente costituisce uno dei maggiori fenomeni che determinano il processo di formazione dell'attuale sistema mondiale².

L'antropologo Fabrizio Coresi la descrive oggi come «un fenomeno transnazionale legato alla condizione dei Paesi d'origine, alla stabilità di quelli di transito e di quelli d'approdo, nonché alle politiche di questi ultimi e alle connivenze tra le organizzazioni criminali, e tra queste e i poteri costituiti dell'intero bacino del Mediterraneo che fanno del traffico di esseri umani un florido *business* internazionale»³.

Fin dai tempi più antichi al fenomeno della migrazione è stato legato il concetto di asilo.

Non tutti i fenomeni migratori rientrano però nella categoria dell'asilo come lo intendiamo oggi: le migrazioni rispondono a necessità personali differenti e, anche al fine di limitare gli oneri derivanti dall'accoglienza e dall'integrazione dei migranti, i governi hanno limitato le categorie di soggetti ai quali riconoscere l'asilo. Ne sono stati esclusi, ad esempio, i «migranti economici», cioè coloro che lasciano volontariamente il proprio Paese d'origine per cercare un lavoro e condizioni di vita migliori e che, teoricamente, possono farvi ritorno in sicurezza.

Nel primo capitolo di questa trattazione verrà analizzato il concetto di asilo ed il significato che ha assunto oggi il diritto di asilo a livello internazionale e, negli Stati che hanno scelto di costituzionalizzarlo, a livello nazionale. Si vedranno i profili che lo distinguono dal rifugio e, soprattutto, il nucleo comune ad asilo e rifugio: il principio di *non-refoulement*.

L'analisi si sposterà poi sul sistema di protezione internazionale dei rifugiati, a partire dalle sue origini, e sulla disciplina dello *status* di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951. Strumento fondamentale per la protezione dei soggetti a rischio di subire persecuzioni per motivi di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza ad un particolare gruppo sociale, la Convenzione di Ginevra si è rivelata insufficiente dal momento in cui sono state individuate altre categorie di persone non rientranti nella definizione di rifugiato, ma meritevoli di tutela in virtù degli obblighi derivanti dal diritto internazionale.

¹ F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 12.

² M. OMIZZOLO, P. SODANO (a cura di), *Migranti e territori. Lavoro diritti accoglienza*, Roma, Ediesse Editore, 2015, p. 10.

³ F. CORESI, *Fronte libico: effetti collaterali della democrazia. Frammenti di un'antropologia della violenza sui corpi dei migranti*, in M., OMIZZOLO, P. SODANO (a cura di), *op.cit.*, p. 339.

Scopo della presente trattazione è analizzare su quali basi giuridiche soggetti non appartenenti alla categoria dei rifugiati abbiano comunque diritto ad essere tutelati e con quali istituti il diritto dell'Unione Europea ed il diritto italiano abbiano previsto forme di protezione complementare allo *status* di rifugiato.

Dopo una panoramica sulle fonti del diritto internazionale dei diritti umani da cui scaturisce il principio di *non-refoulement* e sul sistema di attuazione dei trattati sui diritti umani, in particolare della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nel secondo capitolo si vedrà come l'interpretazione di questi trattati abbia portato alla nascita del concetto di protezione complementare e come questa sia stata armonizzata a livello dell'Unione Europea attraverso l'istituto della protezione sussidiaria.

Il terzo capitolo si propone di descrivere invece la protezione complementare nel diritto italiano ed, in particolare, l'istituto previsto dall'art. 5, co. 6, T.U.I.: la protezione umanitaria.

Partendo dall'analisi delle fonti normative della protezione umanitaria verranno descritti i presupposti per il suo riconoscimento, il carattere complementare dell'istituto nei confronti degli *status* di rifugiato e beneficiario di protezione sussidiaria, il suo contenuto e gli aspetti procedurali e giurisdizionali che lo interessano.

La descrizione dei presupposti per il suo riconoscimento si baserà prevalentemente sull'analisi delle sentenze in materia: come vedremo, essendo l'art. 5, co. 6, T.U.I. norma di carattere generale, la definizione del suo contenuto è lasciata infatti in gran parte alla giurisprudenza.

A quest'analisi si accompagneranno osservazioni sul rapporto tra l'ambito di applicazione teorica dell'istituto ed il suo sviluppo effettivo.

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI ASILO E LO *STATUS* DI RIFUGIATO

1. Il diritto di asilo

1.1. Il concetto di asilo

Dall'analisi etimologica del termine "asilo" emerge il significato del concetto di asilo e l'elemento comune alle diverse forme assunte dall'istituto nel corso della storia⁴.

Il vocabolo trae origine dal termine greco *ásylon*, composto dalla particella privativa *a-* e dal sostantivo *sýlon*, derivante da *sýlan*, verbo con il quale si indicava l'attività dei pirati e qualsiasi tipo di offesa arrecata a cose o persone⁵. Nel significato originario l' "asilo" rappresentava il luogo sacro che garantiva inviolabilità o immunità a chi si trovava in una situazione di pericolo⁶.

L'asilo greco, e successivamente quello cristiano, erano luoghi la cui sacralità garantiva l'invulnerabilità dell'individuo che vi accedeva e che in tal modo partecipava della protezione ivi esercitata dall'autorità divina⁷. Essendo tali luoghi sottratti al controllo della comunità umana, l'accesso aveva come effetto quello di sospendere l'esercizio ordinario del potere coercitivo-giurisdizionale a cui il soggetto sarebbe stato altrimenti sottoposto⁸.

Il concetto di asilo esisteva quindi già ben prima del moderno diritto internazionale e ha mantenuto nel corso del tempo l'aspetto costitutivo di «forma di protezione, di cui beneficiano individui o gruppi di individui, offerta, da un'autorità politica e/o religiosa, in un luogo ritenuto, per specifiche ragioni, inviolabile»⁹. L'istituto ha perso tuttavia, oltre al carattere religioso, l'originario carattere generale legato a situazioni di pericolo indefinite, subendo varie limitazioni.

⁴ F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 1 e ss.

⁵ F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo*, Roma, Carrocci Editore, 2011, p.19 e 20.

⁶ B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, Bozza della relazione, Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti *Lo statuto costituzionale del non cittadino* (Cagliari, 16-17 ottobre 2009), p. 2.

⁷ F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci Editore, 2012, p. XII, XIV.

⁸ F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 2.

⁹ Si veda la definizione minima di asilo in F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 2.

Il diritto greco prima e quello romano poi, posero limiti al diritto di asilo escludendo le persone dichiarate colpevoli di gravi reati o riconoscendolo soltanto a chi era stato costretto a fuggire per motivi politici¹⁰. Il diritto di asilo era a quel tempo quasi tutto politico e veniva riconosciuto soprattutto all'élite intellettuale¹¹.

Con l'affermazione dello Stato moderno e la soppressione delle immunità ecclesiastiche il diritto di asilo perse il carattere religioso : da quel momento la titolarità ad accordare l'asilo passò allo Stato e venne limitata ai soggetti in possesso dei requisiti da questo stabiliti¹².

Inevitabilmente legati ai cambiamenti storico-politici, i presupposti in base ai quali riconoscere il diritto di asilo sono stati oggetti di cambiamenti nel corso del tempo che hanno portato alla creazione di un articolato sistema di protezione disciplinato dal diritto internazionale, europeo e nazionale.

¹⁰ B. NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 3.

¹¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Editori Laterza, 2012, p. 45.

¹² F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 5.

1.2 La libertà degli Stati di concedere il beneficio dell'asilo

Il diritto internazionale tradizionale delinea il diritto di asilo non come diritto dell'individuo, bensì come diritto degli Stati sovrani di accordare discrezionalmente asilo agli stranieri sul proprio territorio¹³.

Gli studi sul tema e gli strumenti internazionali oggi in vigore sottolineano come l'istituto dell'asilo si affermi solo laddove le pretese individuali si concilino con il principio di sovranità: la concessione dell'asilo si configura come una mera "facoltà" degli Stati, un potere accessorio alla sovranità territoriale¹⁴.

Nel 1950, l'*Institut de Droit International* definiva l'asilo come «la protezione concessa da uno Stato sul proprio territorio o in altro luogo sottoposto alla sua giurisdizione o all'autorità di suoi organi ad un individuo che vi si è recato per ricercarla»¹⁵.

Riflettendo l'opinione della dottrina e la prassi corrente, l'*Institut* metteva appunto in luce la rilevanza del diritto dello Stato di concedere l'asilo, piuttosto che dell'individuo di ottenerlo¹⁶.

Il diritto di asilo ha trovato attuazione sotto le due differenti forme giuridiche dell'asilo territoriale e dell'asilo extraterritoriale.

Benché non esista una definizione universalmente accettata di asilo territoriale, questo è inteso come l'asilo accordato da uno Stato nel proprio territorio e nell'esercizio della propria sovranità¹⁷.

La *Dichiarazione sull'asilo territoriale* approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 14 Dicembre 1967, seppure non giuridicamente vincolante, specifica che ciascuno Stato è titolare del potere di decidere su quali basi concedere protezione¹⁸.

L'asilo extraterritoriale riguarda invece la possibilità per lo Stato di accordare rifugio al di fuori della propria sfera territoriale da parte di agenti che operano nella sfera territoriale di un altro Stato,

¹³ G. FERRARI, *L'asilo nel diritto internazionale*, disponibile all'indirizzo <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/9giovanni_ferrari__lasilo_diritto_internazionale.pdf>, p. 4.

¹⁴ F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 89.

¹⁵ La definizione esatta data dall'*Institut de Droit International*, secondo il quale l'asilo «*désigne la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher*», è contenuta in *L'asile en droit international public*, art. I, *Annuaire de l'Institute de Droit International*, II, 1950, p. 377.

¹⁶ B. NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ G. FERRARI, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 363.

come sedi diplomatiche e consolari. Così come concedere l'asilo territoriale è un diritto dello Stato ospite, anche la concessione dell'asilo extraterritoriale risulta una mera possibilità dipendente dalla decisione degli Stati, che non include alcun diritto di ottenerlo. Inoltre, l'asilo extraterritoriale richiede una norma specifica che riconosca allo Stato di protezione il diritto di accordarlo e correlativamente preveda l'obbligo dello Stato territoriale di tollerarlo¹⁹.

Nessun diritto soggettivo ad ottenere l'asilo è rinvenibile nell'articolo 14 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948, che conferisce solo il diritto di chiedere tale protezione e di goderne qualora lo Stato la conceda, lasciando a questo ampia discrezionalità.

Il progetto originario della Commissione per i Diritti Umani riconosceva «the right to seek and to be granted, in other countries, asylum from persecution», ma, su proposta del Regno Unito, le parole *to be granted* vennero sostituite con *to enjoy*, al fine di rimuovere l'obbligo per gli Stati di riconoscere l'asilo e di condizionarne il godimento all'eventuale concessione²⁰.

Come osservato da Nascimbene, neanche il diritto internazionale consuetudinario pone limiti alla sovranità dello Stato nel concedere l'asilo, al contrario «lo Stato non ha l'obbligo di concedere l'asilo così come l'individuo non ha diritto di ottenerlo, salvo sia diversamente disposto in convenzioni internazionali»²¹.

Il carattere non obbligatorio del riconoscimento dell'asilo deriva quindi sia dall'assenza di norme specifiche che dal rifiuto degli Stati di assumersi l'obbligo di offrire protezione.

L'assenza di un diritto ad ottenere asilo non esonera tuttavia gli Stati dal riconoscere il diritto degli individui a chiedere asilo: rimane su di essi l'obbligo di considerare nel merito la richiesta di tali soggetti e il divieto di impedire loro di lasciare il proprio Paese per cercare protezione in un altro.

Mentre né il diritto internazionale consuetudinario, né altri strumenti internazionali conferiscono alle persone che fuggono da persecuzioni il diritto ad ottenere asilo, dal citato articolo 14 e dall'insieme dei diritti garantiti dalla *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* del 1948, così come dal *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* del 1966, si desume il diritto a *cercare* asilo: un diritto costantemente disatteso dagli Stati, che continuano a costruire barriere per impedire l'accesso a chi chiede protezione ed ostacolare in vari modi l'accesso alle procedure di asilo²².

¹⁹ M. BALBONI, *op. cit.*, p. 36.

²⁰ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 359.

²¹ B. NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 9.

²² G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 370.

1.3 Il rapporto tra diritto d'asilo e protezione dei rifugiati

La protezione dei rifugiati e il diritto di asilo vanno distinti innanzitutto per quanto attiene la disciplina: lo *status* di rifugiato, determinato dalla *Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati* del 1951 e dalle successive integrazioni, è regolato dal diritto internazionale; mancando invece un vero e proprio regime sul diritto d'asilo a livello internazionale ed essendo la valutazione sulle richieste di asilo lasciata alla discrezionalità statale, l'istituto dell'asilo è determinato dal diritto nazionale ed è legato alle prassi dei singoli Stati, se non talvolta a norme scritte o non scritte di organismi interstatuali e all'adesione ad accordi specifici²³.

Mentre dalla Convenzione di Ginevra si è voluto escludere il diritto di asilo per lasciarlo alla discrezionalità statale, gli Stati facenti parte della Conferenza dei Plenipotenziari incaricata di elaborare la Convenzione hanno delineato i presupposti in base ai quali riconoscere lo *status* di rifugiato e lo hanno legato all'accertamento del rischio di persecuzione per motivi di razza, religione, cittadinanza, opinioni politiche o appartenenza ad un determinato gruppo sociale.

L'elemento della persecuzione è in realtà titolo di legittimazione anche per l'asilo, come esplicitato dall'articolo 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani. Tale Dichiarazione, tuttavia, è considerata non vincolante in quanto avente la forma di Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, come conferma il riferimento ad un mero «*common standard of achievement for all people and all nations*» nel preambolo della stessa²⁴.

L'istituto dell'asilo ha assunto forme diverse ed è oggetto di applicazione difforme nei diversi ordinamenti: in alcuni è riconosciuto come un vero e proprio diritto, in altri è fonte di protezione più ampia rispetto a quella conferita in ambito internazionale, in altri ancora sono le categorie di persone a cui è conferito ad essere diverse rispetto ai beneficiari dello *status* di rifugiato²⁵.

La diversità tra asilo e *status* di rifugiato emerge poi sotto i profili *ratione personae* e *ratione materiae*.

Sotto il primo profilo, i soggetti a cui accordare l'asilo sono liberamente determinabili dallo Stato ospite, mentre requisiti soggettivi specifici al fine dell'ottenimento dello *status* di rifugiato sono definiti dal diritto internazionale. Sotto il secondo profilo, mentre per il richiedente asilo l'oggetto

²³ F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 81, 82.

²⁴ ILPA (Immigration Law Practitioners' Association), *Article 3 ECHR and UNCAT and humanitarian protection in selected countries. Supplementary report 1*, Londra, Agosto 1997, p. 1.

²⁵ M. BALBONI, *op. cit.*, p. 38.

della richiesta si limita alla possibilità di rimanere sul territorio dello Stato, salvo ulteriori diritti riconosciuti dalle normative nazionali, chi richiede il conferimento dello *status* di rifugiato aspira al contenuto protettivo stabilito dalla Convenzione di Ginevra²⁶.

Anche la durata degli effetti può essere considerata elemento di discriminazione poiché l'asilo in principio offre una protezione permanente, mentre in base all'articolo 1C (5) della Convenzione di Ginevra il rifugio cessa quando «*the circumstances in connection with which an individual has been recognized as a refugee have ceased to exist*». Tuttavia, secondo Lenzerini, non ha senso affermare che l'asilo abbia carattere permanente se si considera che, riconoscendo totale libertà agli Stati di concederlo o negarlo, si riconosce loro anche la facoltà di revocarlo²⁷.

Altro profilo sotto cui differenziare l'istituto dell'asilo da quello del rifugio è stato individuato nella natura costitutiva del primo, la cui concessione è rimessa alla volontà delle autorità statali, e dichiarativa del secondo, che deve invece essere riconosciuto a chiunque soddisfi i requisiti previsti dalla Convenzione di Ginevra²⁸. Sempre Lenzerini sottolinea però come in realtà anche questa sia una differenza solo teorica, dal momento che l'asilo, come il rifugio, presuppone la sussistenza di determinati requisiti e che il rifugio, come l'asilo, dipende dalla volontà dello Stato, che può scegliere di vincolarsi o meno agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra²⁹.

²⁶ M. BALBONI, *op. cit.*, p. 37.

²⁷ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 166 e ss.

²⁸ Il carattere dichiarativo dello *status* di rifugiato viene esplicitato dall'UNHCR nell'*Handbook*, in base al quale «*a person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition. [...] He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee.*». Si veda: UNHCR, *Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*, Ginevra, Gennaio 1992 .

²⁹ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 166 e ss.

1.4 Il principio di non-refoulement come nucleo essenziale del diritto d'asilo

Se dal punto di vista teorico l'asilo e il rifugio vanno considerati istituti giuridici distinti, analizzando il contenuto che il diritto di asilo ha acquisito emerge un nucleo comune con il rifugio.

Se il diritto internazionale non pone vincoli alla libertà degli Stati di concedere o negare asilo, essa incontra tuttavia un limite in corrispondenza del dovere di rispettare il principio di *non-refoulement*, definito come «nucleo irrinunciabile di natura inderogabile e cogente³⁰» del diritto d'asilo.

L'articolo 33 della Convenzione del 1951 vieta di allontanare “in nessun modo” un rifugiato verso Stati ove la vita o la libertà sarebbero minacciate per quelle cause che legittimano la persona a chiedere il rifugio. Vietando il *refoulement* verso i territori in cui i rifugiati corrono il rischio di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un particolare gruppo sociale, la norma lascia fuori i soggetti non rientranti nella definizione contenuta nell'articolo 1A: il principio di non respingimento previsto dalla Convenzione è dunque un principio applicabile *ratione personae*.

Negli ultimi decenni gli Stati si sono mostrati sempre più restrittivi nel riconoscimento dello *status* di rifugiato e la necessità di protezione dei soggetti esclusi dalla categoria di rifugiato ha assunto maggior rilevanza.

Il diritto internazionale dei diritti umani ha svolto un ruolo primario in questo ambito ed ha fatto sì che oggi il principio di *non-refoulement* si applichi *ratione materiae* nei confronti di tutti i soggetti che siano a rischio di subire trattamenti vietati dai trattati sui diritti umani.

Secondo la visione dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati³¹, condivisa dalla dottrina prevalente³², il principio di *non-refoulement* costituisce norma consuetudinaria di diritto internazionale generale, come tale vincolante per l'intera comunità degli Stati, inclusi gli Stati non firmatari della Convenzione di Ginevra del 1951 e/o del Protocollo aggiuntivo di New York del 1967. Il riconoscimento della natura consuetudinaria della norma è stato possibile grazie alla statuizione del principio in diversi strumenti giuridici internazionali, che cumulativamente ne hanno

³⁰ F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 89.

³¹ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007, disponibile a: <<http://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>> p. 7.

³² Cfr. A. ZIMMERMANN, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, OUP, 2011, p. 1345; F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 8; M. BALBONI, *op. cit.*, p. 41.

attratto l'accettazione da parte di oltre il 90% degli Stati del mondo, e alla conferma che il principio ha avuto nella prassi applicativa degli Stati³³.

Al principio in esame è stata inoltre conferita natura di *jus cogens*, sulla base della teoria per la quale il divieto di espulsione verso territori in cui vi è il rischio di tortura o altri trattamenti che integrino la violazione di norme di *jus cogens* ha *a fortiori* natura di norma inderogabile³⁴.

Il principio di *non-refoulement*, nell'accezione che ha acquisito nel diritto internazionale, non discenda esclusivamente dalla Convenzione di Ginevra, bensì anche dagli strumenti convenzionali sui diritti umani che lo hanno "universalizzato"³⁵. Di conseguenza, esso include il divieto di *refoulement* non solo dei soggetti a rischio di persecuzioni ai sensi della Convenzione di Ginevra, ma anche dei soggetti a rischio di torture, trattamenti o pene disumani, crudeli o degradanti³⁶.

Con il consolidamento dei diritti umani nel diritto internazionale, realizzato grazie all'attività delle Nazioni Unite e delle organizzazioni regionali, secondo una teoria ancora discussa in dottrina, si sarebbe fatto largo un diverso e ben più rivoluzionario significato dell'asilo: accanto al tradizionale diritto d'asilo di cui sono titolari gli Stati, sarebbe sorto un «diritto d'asilo individuale legato alla tutela dei diritti fondamentali»³⁷.

A favore invece della natura dell'asilo come diritto dello Stato vale la considerazione del fatto che gli strumenti internazionali abbiano sempre condizionato il diritto di asilo alla legislazione dello Stato ospite³⁸. Se quindi il principio in esame costituisce un limite alla libertà degli Stati di allontanare un soggetto, esso non fa sorgere alcun obbligo di concessione del beneficio dell'asilo.

La protezione di cui lo straniero (o l'apolide) potrà godere sarà perciò distinta su tre livelli:

- 1) il soggetto che si rechi in uno Stato firmatario della Convenzione di Ginevra e sia in possesso dei requisiti da questa richiesti potrà vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiato;

³³ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 381.

³⁴ Cfr. A. ZIMMERMANN, *op.cit.*, p. 1346; F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 389.

³⁵ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 382 e ss.

³⁶ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 354.

³⁷ F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. XVII.

³⁸La Convenzione di Ginevra, pur riconoscendo il principio di *non-refoulement*, non garantisce il diritto d'asilo, come si deduce dall'affermazione dell'UNHCR: "[...]although there are references to asylum in the Final Act of the Conference of Plenipotentiaries as well as in the Preamble to the Convention, the granting of asylum is not dealt with in the 1951 Convention or the 1967 Protocol". Si veda: UNHCR, *Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*, Ginevra, Gennaio 1992, par. 25. Cfr. M. BALBONI, *op. cit.*, p. 45.

- 2) il soggetto escluso dal riconoscimento dello *status* di rifugiato potrà chiedere l'asilo (sempre che l'ordinamento dello Stato ospite lo preveda) ed eventualmente godere dei diritti ad esso connessi;
- 3) il soggetto che rischierebbe di subire trattamenti vietati dai trattati sui diritti umani in determinati territori può opporsi all'allontanamento sollevando il divieto di *non-refoulement*³⁹.

1.5 Il diritto di asilo nelle Costituzioni

Come si è visto, la titolarità a disciplinare l'istituto dell'asilo spetta agli Stati.

Gli ordinamenti che hanno scelto di costituzionalizzare il diritto di asilo non sono numerosi ed anche in questi casi l'istituto difficilmente ha trovato concreta attuazione; al contrario, gli Stati si sono mostrati sempre meno favorevoli a concedere l'asilo e hanno modificato *in peius* l'assetto dell'accesso all'esercizio del diritto di asilo⁴⁰.

Gli esempi più significativi si trovano nel paragrafo 4 del Preambolo della Costituzione francese del 1946, recepito dalla Costituzione del 1958; nel secondo comma dell'articolo 16 della *Grundgesetz* tedesca del 1949; nel terzo comma dell'articolo 10 della Costituzione italiana del 1948 e nel quarto comma dell'articolo 13 della Costituzione spagnola del 1978.

Nel caso francese, la mancanza di una normativa di attuazione del paragrafo 4 del Preambolo della Costituzione⁴¹ era stata utilizzata dalle istituzioni giurisdizionali dello Stato per affermare che la disposizione costituzionale non fosse direttamente applicabile e per ricondurre l'asilo costituzionale nell'alveo del rifugio convenzionale⁴². Nel 1993 un mutamento di orientamento portò il *Conseil*

³⁹ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 337.

⁴⁰ E.A. IMPARATO, *L'asilo tra diritto e concessione nei principi costituzionali e nelle norme di attuazione: alcune note per una ricostruzione in chiave comparata*, in *Osservatorio costituzionale n. 03/2014-Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Novembre 2014, disponibile a <<http://www.osservatorioaic.it/03-2014-ii-del-1-09-2014.html>>, p. 14.

⁴¹ La disposizione cita: «*Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République*».

⁴² Sul punto si veda il riferimento alla decisione del Conseil d'État del 27 settembre 1985 che ha sostenuto che il diritto d'asilo «*ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français*» e del Conseil constitutionnel del 9 gennaio 1980 che ha affermato come il diritto d'asilo sia «*mis en oeuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne*» in F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 163.

constitutionnel a riconoscere la natura immediatamente precettiva della disposizione e l'ottenimento dell'asilo come effettivo *droit fondamental* rientrante nel *bloc de la constitutionnalité*⁴³.

Di fronte ad una giurisprudenza che riconosceva un vero e proprio diritto d'asilo, il legislatore decise di “correre ai ripari” e nello stesso anno adottò una legge costituzionale che introduceva nel titolo IV della Costituzione l'articolo 53-1: «(...) *les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif*»⁴⁴. La disposizione stravolse completamente l'essenza della norma preambolare, negando il carattere di diritto fondamentale di ottenere l'asilo e configurandolo come una mera “concessione” della protezione da parte dello Stato⁴⁵.

Pochi anni dopo anche il *Conseil* si pronunciò con un'interpretazione “neutralizzante” dell'asilo costituzionale, facendolo coincidere con la protezione offerta dalla disciplina del rifugio della Convenzione di Ginevra. Questa interpretazione è quella tutt'ora vigente, come dimostra il fatto che le domande di asilo e di rifugio vengano valutate dalle stesse autorità amministrative e sulla base delle stesse condizioni⁴⁶.

Anche il diritto di asilo in Germania ha seguito un percorso “involutivo”.

L'articolo 16 della Legge Fondamentale tedesca, secondo cui «i perseguitati politici godono del diritto di asilo», fu inserito su proposta dei molti costituenti che durante la Seconda Guerra Mondiale si erano avvalsi del rifugio in altri Paesi in quanto perseguitati politici dal regime nazista. La disposizione attribuiva un diritto soggettivo pieno ed effettivo che qualsiasi straniero che si dichiarasse perseguitato politico poteva azionare in ogni grado di giudizio e dinanzi al Tribunale costituzionale⁴⁷.

Tuttavia, a seguito dell'incremento delle richieste di asilo del 1992 dovuto alla dissoluzione dei regimi comunisti dell'Europa dell'est e alla guerra nell'ex Jugoslavia, la disciplina dell'asilo costituzionale è stata oggetto nel 1993 di una riforma organica di segno restrittivo. Oltre a

⁴³ La svolta giurisprudenziale del 1993, avvenuta con la decisione 325 del 13 agosto, era stata preceduta da due pronunce. Con la pronuncia 294 del 25 luglio 1991 il *Conseil* aveva svincolato l'istituto dell'asilo dalle convenzioni internazionali, ritenendo queste ultime inadeguate ad esaurire la fonte costituzionale. Con la decisione 307 del 25 febbraio 1992 il giudice delle leggi aveva distinto la figura del richiedente asilo politico “combattente per la libertà”, avente diritto di ingresso in virtù del Preambolo del 1946, da quella del rifugiato in base alla Convenzione di Ginevra. Sulle pronunce citate cfr. F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 164 e ss.

⁴⁴ Legge costituzionale n° 93-1256 del 25 novembre 1993 relativa “*aux accords internationaux en matière de droit d'asile*”.

⁴⁵ E.A. IMPARATO, *op. cit.*, p. 4 e ss.

⁴⁶ F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁷ F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 178.

modificare le tre leggi federali sul procedimento di concessione o diniego dell'asilo, la riforma ha emendato la disposizione costituzionale aggiungendo l'articolo 16 a.

Il ridimensionamento della protezione è avvenuto attraverso l'introduzione del principio dello "Stato di primo ingresso" in base al quale il richiedente asilo che sia giunto in Germania dal territorio di uno "Stato sicuro" in cui è garantita la Convenzione di Ginevra non può appellarsi al diritto d'asilo costituzionale e può essere direttamente rinvio nello "Stato sicuro" senza la necessità di esaminare previamente la sua posizione personale⁴⁸.

Negando il diritto d'asilo costituzionale a coloro che presumibilmente possono godere della tutela del rifugio in altri Stati, anche in Germania si è assistito alla sovrapposizione dell'asilo e del rifugio⁴⁹.

Parzialmente diverso il caso spagnolo in cui il diritto di asilo nasce già "debole" nella formulazione dell'articolo 13 della Costituzione, che si limita ad affidare l'asilo alla futura volontà del legislatore⁵⁰. La norma, nata con carattere meramente programmatico, non è stata corredata da un preciso contenuto materiale dalla legislazione successiva.

Nel 1984, con il primo intervento in materia di diritto di asilo, il legislatore ha mostrato la volontà di distinguere rifugio e asilo, subordinando il primo agli accordi internazionali e il secondo alla volontà del Governo, ma proprio questa scelta di rimettere l'asilo alla discrezionalità amministrativa senza dare parametri precisi ha svalutato l'istituto, confinandolo in un'area grigia.

Nella pratica si è venuta ad assodare la preferenza per la procedura concernente il riconoscimento dello *status* di rifugiato, finché nel 1994 una nuova previsione legislativa ha definitivamente omologato asilo e rifugio subordinando la possibilità di ottenere asilo alla sussistenza dei requisiti per ottenere lo *status* di rifugiato secondo quanto stabilito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dal Protocollo di New York del 1967. Neanche in Spagna, quindi, il diritto di asilo costituzionale è riuscito a resistere alle preoccupazioni politiche e ad imporsi come diritto fondamentale⁵¹.

In merito all'inserimento nella Costituzione italiana del diritto di asilo, la cui disciplina si colloca tra i principi fondamentali, all'articolo 10, comma terzo, in Assemblea Costituente non vi fu

⁴⁸ E.A. IMPARATO, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁹ Questa visione del diritto di asilo in cui viene data prevalenza alla dimensione internazionale della questione dei rifugiati è poi stata confermata dal tribunale costituzionale in una serie di pronunce del 1996. Cfr. F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, 176, 177.

⁵⁰ Il testo dell'articolo 13 prevede: «*La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España*».

⁵¹ F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 196 e ss.

un'ampia convergenza tra deputati appartenenti ai diversi partiti e si confrontarono tre posizioni principali.

I deputati comunisti proposero un testo che legava la concessione del diritto di asilo al fatto di essere perseguitati per aver difeso i diritti di libertà e del lavoro. Tale concezione restrittiva rifletteva il timore che una formulazione più ampia concedesse asilo anche a coloro che avevano combattuto in altri Paesi contro la democrazia ma, presupponendo un'azione positiva di "persecuzione" da parte dello Stato estero, finiva per escludere *in toto* dal diritto di asilo coloro cui fossero solamente "negate" le libertà fondamentali.

Una seconda posizione era quella espressa dai socialisti e da alcuni deputati di centro-destra che non accettarono le limitazioni proposte dai comunisti e precisarono che i diritti per la cui difesa un perseguitato straniero doveva aver lottato dovevano essere quelli garantiti dalla Costituzione italiana.

La posizione che infine prevalse fu la terza, quella maggiormente garantista elaborata dai socialdemocratici e dai democristiani, che, prescindendo dal requisito della "necessaria persecuzione", pose alla base dell'articolo 10 comma terzo l'elemento oggettivo dell'impedimento delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione, in linea con l'atteggiamento di amplissima apertura verso i diritti fondamentali che permea l'intera Carta Costituzionale⁵².

Per quanto riguarda i destinatari del diritto di asilo, la categoria degli stranieri ha posto qualche dubbio interpretativo, soprattutto perché se intesa nell'accezione di "cittadini di altro Stato", invece che semplicemente di "non cittadini italiani", verrebbe ad escludere gli apolidi⁵³. Tuttavia, tale interpretazione sembrerebbe in primo luogo smentita dal fatto che la disposizione si limiti a parlare del *suo Paese*, senza fare riferimento al Paese di cui l'individuo sia cittadino⁵⁴; in secondo luogo è evidente che l'esclusione degli apolidi risulterebbe contraria allo spirito della norma, poiché anche a questa categoria può essere impedito il reale esercizio dei diritti di libertà nello Stato di residenza⁵⁵.

La mancanza di una legge organica di attuazione del precetto costituzionale in materia di asilo e di un orientamento uniforme della giurisprudenza hanno creato incertezza interpretativa, *in primis* sulla natura programmatica o precettiva della norma costituzionale.

⁵² A. CASSESE, *Commento all'art. 10*, in BRANCA, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna – Roma, Nicola Zanichelli Editore, 1975, p. 528 e ss.

⁵³ A. COSSIRI, *Art. 10*, in S. BARTOLE, R. BIN., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008, p. 86.

⁵⁴ A. CASSESE, *op. cit.*, p. 534 e ss.

⁵⁵ F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 215.

Già dal primo decennio di operatività della Carta Costituzionale, tale incertezza aveva permesso alla giurisprudenza amministrativa di inquadrare l'articolo 10 comma terzo tra le norme programmatiche. Da questa posizione si è però sempre dissociata la giurisprudenza ordinaria, a partire dalla sentenza del 27 novembre 1964 con cui la Corte di appello di Milano aveva affermato che «il diritto d'asilo nell'ordinamento giuridico italiano integra un vero e proprio diritto soggettivo, azionabile ed invocabile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria»⁵⁶.

Su questa linea, la dottrina prevalente ha ritenuto il diritto di asilo così delineato dalla Costituzione un diritto soggettivo perfetto dello straniero, anche in assenza di una legge che ne disciplini l'esercizio, ad essere ammesso e a soggiornare nel territorio dello Stato italiano⁵⁷.

Nel carattere di posizione giuridica soggettiva della pretesa del richiedente asilo di essere ammesso nel territorio della Repubblica è stato individuato l'elemento di differenziazione rispetto agli altri stranieri, cui è riconosciuto solo un interesse legittimo all'ingresso e al soggiorno in Italia⁵⁸.

Il carattere precettivo e l'immediata operatività della norma costituzionale avevano trovato conferma nella sentenza n. 4674 del 1997, in cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano ritenuto che l'impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana fosse criterio sufficientemente chiaro e preciso per individuare l'applicazione del diritto di asilo. Nella stessa sentenza, la Corte aveva evidenziato la distinzione fra diritto di asilo costituzionale e *status* di rifugiato, rilevando che il requisito del fondato timore di persecuzione richiesto dalla Convenzione di Ginevra non fosse invece presente nella norma costituzionale, la quale si riferisce semplicemente all'effettivo impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche⁵⁹.

Per quanto attiene la competenza del giudice ordinario o amministrativo sulla tutela del diritto di asilo, la Corte di Cassazione nel 1999 si era dichiarata a favore del primo, argomentando che «le controversie concernenti lo *status* delle persone rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario»,

⁵⁶ M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, Padova, CEDAM, 2007, p. 32 e ss.

⁵⁷ Cfr. B. NASCIMBENE, *op.cit.*, p. 43; F. RESCIGNO, *op.cit.*, p. 220, F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 177, A. CASSESE, *op.cit.*, p. 532, M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 35 e ss.

⁵⁸ A. COSSIRI, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁹ Cass. Civ, Sez. Un., sentenza n. 4674/1997. Per l'analisi della sentenza si veda E. XHANARI, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, 31 agosto 2014 in *Forum di quaderni costituzionali*, disponibile a <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/diritto-asilo.pdf>>, p. 4. Sullo sviluppo della giurisprudenza in materia si veda anche F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 167.

mentre il Consiglio di Stato si era espresso in senso contrario⁶⁰. Fu la legge 189 del 2002 (cd. legge Bossi-Fini) a porre fine al contrasto interpretativo, stabilendo la competenza del giudice ordinario⁶¹. Una certa “confusione” fra diritto di asilo e *status* di rifugiato è stata determinata dalle iniziative di legge. La legge, cosiddetta Martelli, n. 39 del 1990, ad esempio, si riferisce nel titolo all’ “asilo politico” e nel suo contenuto ai “rifugiati” in attuazione della Convenzione di Ginevra⁶². Ancora più fuorviante risulta il regolamento di attuazione della legge Bossi-Fini, che denomina *Commissione nazionale per il diritto di asilo* l’organo amministrativo centrale competente per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e *Commissioni territoriali per lo status di rifugiato* gli organi aventi la medesima funzione a livello territoriale⁶³.

Tale confusione è stata poi alimentata dal fatto che il riconoscimento dello *status* di rifugiato e la concessione del diritto di asilo sono stati avvicinati sotto il profilo procedimentale: la Corte di Cassazione con la sentenza n. 8423 del 2004 ha rilevato che, in base alla legislazione nazionale, la domanda di asilo dev’essere assistita delle stesse formalità previste per la richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato poiché per entrambi il legislatore richiede la presentazione di una domanda alla competente autorità amministrativa (Questore) che cura l’istruttoria della pratica e la trasmette alla Commissione territoriale che provvede.

L’interpretazione dell’articolo 10 comma terzo Cost. data dalla Cassazione nella citata sentenza n. 4674 del 1997 è stata rimessa in discussione dalla sentenza n. 25028/2005.

In base all’interpretazione data in questa sentenza, il diritto di asilo dovrebbe intendersi non tanto come un diritto all’ingresso nel territorio dello Stato, quanto come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato e consisterebbe nel diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell’istruttoria della relativa pratica. Con questa sentenza la Corte, affermando che «la distinzione fra asilato e rifugiato non è poi, sostanzialmente, così netta», sembra non tener conto del fatto che i presupposti richiesti dalla Convenzione di Ginevra siano diversi rispetto al dettato costituzionale⁶⁴. Come vedremo nel capitolo III, la giurisprudenza della Cassazione è giunta a ritenere che l’attuazione del diritto di asilo costituzionale sia stata completata dagli istituti della protezione

⁶⁰ Cass. civ., Sez. Un., 17 dicembre 1999, n. 907; Consiglio di Stato, sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4336.

⁶¹ F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 179.

⁶² B. NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 44.

⁶³ F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁴ Cass. civ., Sez. I, 25 Novembre 2005, n. 25028.

internazionale e umanitaria. Se quest'ultima interpretazione ha da un lato incluso nel diritto di asilo costituzionale gli strumenti di protezione complementare allo *status* di rifugiato costituiti dalla protezione sussidiaria e umanitaria, dall'altro ha negato la possibilità di un'applicazione diretta dell'art. 10, comma 3, Cost. al di fuori degli istituti previsti. Anche nel caso italiano, alla norma costituzionale è stato quindi negato il carattere precettivo e l'immediata operatività.

In conclusione, le disposizioni costituzionali concernenti il diritto di asilo, dapprima ritenute, con l'eccezione del caso spagnolo, norme precettive idonee a conferire diritti soggettivi opponibili allo Stato, sono state poi progressivamente svuotate: nessuno Stato ha conferito al diritto di asilo il carattere di diritto soggettivo direttamente invocabile dai richiedenti⁶⁵.

⁶⁵ F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 171.

2. Lo status di rifugiato

2.1 Le origini del sistema di protezione internazionale dei rifugiati e la creazione dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati

Il problema dei rifugiati, seppur risalente nel tempo, ha assunto rilevanza giuridica per la comunità internazionale soltanto dopo la Prima Guerra Mondiale, quando gli effetti del conflitto, uniti agli eventi della Rivoluzione russa e al collasso dell'Impero Ottomano avevano causato movimenti di massa di sfollati e portato alla luce l'urgenza di disporre un'azione internazionale⁶⁶.

Ad intervenire fu inizialmente la Società delle Nazioni con la nomina del primo Alto Commissario per i Rifugiati, il norvegese Fridtjof Nansen, che tra il 1925 e il 1929 contribuì ad elaborare accordi che si occupavano di specifici gruppi di rifugiati⁶⁷. A questi accordi seguì la *Convenzione sullo Statuto Internazionale dei Rifugiati* del 1933⁶⁸ e la *Convenzione sullo Statuto dei Rifugiati provenienti dalla Germania* del 1938⁶⁹.

Mentre le iniziative della Società delle Nazioni erano state indirizzate alle vittime del primo conflitto mondiale appartenenti a determinati gruppi⁷⁰, nel 1938, su iniziativa del Presidente degli

⁶⁶ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 146.

⁶⁷ Il primo tra questi fu l'Accordo del 1922 Relativo al Rilascio di Certificati d'Identità ai Rifugiati Russi (seguito da un accordo integrativo che ne estendeva l'ambito di applicazione agli armeni). L'Accordo istituiva il cosiddetto "Passaporto Nansen": un documento d'identità e di viaggio con cui, in presenza di certe condizioni, il titolare poteva essere ammesso in altri Paesi. A questo seguirono nel 1928 altri due accordi: uno estese alcune misure prese nei confronti dei russi ed armeni ad altre categorie, l'altro offrì una protezione giuridica più completa. Cfr. F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 146.

⁶⁸ La *Convention Relative au Statut International des Réfugiés* è il primo strumento internazionale in materia di rifugiati avente carattere vincolante (gli accordi precedente avevano valore di semplici raccomandazioni), la cui norma più rilevante l'articolo 3, contenente il principio di *non-refoulement*. La Convenzione era tuttavia applicabile ai soli rifugiati russi, armeni e assimilati sulla base degli accordi elaborati durante il mandato di Nansen; si occupava della loro condizione giuridica e di lavoro, dell'assistenza sanitaria ed assicurativa, dell'istruzione e del trattamento fiscale. Cfr. F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁹ Per far fronte al problema dell'esodo di rifugiati dalla Germania nazista venne creato dalla Società delle Nazioni l'Alto Commissariato per i rifugiati provenienti dalla Germania. Il ruolo di Alto Commissario venne conferito a James McDonald, che in due anni riuscì a trovare asilo e protezione a più di 80.000 rifugiati. Cfr. M. ASPRONE, *Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato*, Roma, Aracne Editrice, 2012, p. 69 e ss; M. ODELLO, *Il diritto dei rifugiati. Elementi di diritto internazionale, europeo e italiano*, Milano, 2013, p. 45.

⁷⁰ Questa metodologia di individuazione dei rifugiati, tipica degli strumenti della Società delle Nazioni, sulla base della nazionalità, del territorio di provenienza e della mancanza di protezione diplomatica nel Paese d'origine è stata descritta dall'UNHCR come *definition by categories*. Cfr. UNHCR, *Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*, Geneva, January 1992 .

Stati Uniti Roosevelt, venne istituito il CIR (Comitato Intergovernativo per i Rifugiati) posto sotto la responsabilità di un Alto Commissario per i Rifugiati con mandato esteso questa volta a tutti i rifugiati, indipendentemente dal Paese di origine. Il CIR svolse la sua attività fino al 1947 sotto la protezione dell'Amministrazione delle Nazioni Unite per i soccorsi e la ricostruzione (UNRRA - *United Nations Relief and Rehabilitation Administration*), istituzione creata nel 1943, prima della nascita formale dell'ONU, e finalizzata al soccorso e all'assistenza delle persone sfollate come conseguenza del secondo conflitto mondiale⁷¹.

Dato il numero gigantesco di rifugiati causati dalla Seconda Guerra Mondiale, nel 1947 fu istituita, come agenzia specializzata non permanente delle Nazioni Unite, l'Organizzazione Internazionale per i rifugiati (IRO - *International Refugee Organization*), la cui attività, seppur limitata alle vittime dei regimi nazi-fascisti, trattava in modo completo il fenomeno dei rifugiati: dalla protezione politica e giuridica alla ricerca di soluzioni durature quali il rimpatrio e il reinsediamento dai Paesi di prima accoglienza verso Paesi terzi⁷².

Nel 1951, alla fine del mandato dell'IRO, rimanevano ancora circa 400.000 esuli in Europa. Ciò fece emergere la consapevolezza che il fenomeno dei rifugiati non avrebbe avuto carattere temporaneo e spinse i Paesi dell'Europa Occidentale, che ospitavano il maggior numero di rifugiati, ad invocare la necessità di un'istituzione permanente e forte. Gli Stati Uniti, al contrario, propendevano per un'istituzione temporanea con mandato definito.

Il compromesso fu raggiunto il 3 dicembre 1949, data della Risoluzione 319 (IV) con cui l'Assemblea generale istituì l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR- *United Nations High Commissioner for Refugees*).

Il mandato, la struttura e le funzioni dell'UNHCR sono definite nel suo Statuto, allegato alla Risoluzione 428 (V) adottata con il consenso di tutte le parti il 14 dicembre del 1950⁷³ e nei documenti adottati dagli organi competenti delle Nazioni Unite e dal Comitato Esecutivo (ExCom)⁷⁴.

L'UNHCR nasce come organo sussidiario dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con mandato iniziale di tre anni, poi esteso a cinque, e regolarmente rinnovato mediante risoluzioni

⁷¹ Cfr. F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 150 e ss.; M. ASPRONE, *op. cit.*, p. 72.

⁷² M. ASPRONE, *op. cit.*, p. 73.

⁷³ M. ODELLO, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁴ M. ODELLO, *op. cit.*, p. 47.

dell'Assemblea Generale fino al 2003, anno in cui è stata conferita all'UNHCR l'autorizzazione a continuare il suo lavoro senza limitazioni temporali⁷⁵.

In base al paragrafo 2 dello Statuto, l'UNHCR ha carattere interamente apolitico, il suo lavoro dev'essere umanitario e sociale e, di norma, rivolto a gruppi e categorie di rifugiati⁷⁶.

Per garantire il carattere dell'apoliticità, che gli ha permesso di operare nel corso della Guerra Fredda e di conflitti armati⁷⁷, si è deciso di escludere legami diretti con il Segretariato delle Nazioni Unite, ponendo invece l'Alto Commissariato sotto il controllo dell'Assemblea Generale.

L'articolo 1 dello Statuto ne delinea i due obiettivi principali: provvedere protezione internazionale ai rifugiati nell'ambito dello Statuto e ricercare soluzioni permanenti al problema dei rifugiati.

Viene così a delinarsi il concetto di protezione internazionale, che si sostituisce a quello di protezione politica e giuridica propria dell'IRO, e che risulta più compatibile con il carattere apolitico dell'organo.

Il compito dell'UNHCR viene individuato nell'assicurare il rispetto dei diritti umani dei rifugiati attraverso la conclusione, la ratifica ed il controllo della corretta applicazione di convenzioni internazionali, il supporto ad iniziative private in materia e la cooperazione con i governi⁷⁸.

Il preambolo dello Statuto⁷⁹ specifica, su quest'ultimo aspetto, che i governi devono cooperare con l'UNHCR nell'espletamento delle funzioni riguardanti i rifugiati che ricadono nella sua competenza, che, come vedremo, non sono solo coloro che rientrano nella definizione contenuta nell'art. 1 A(2) della Convenzione di Ginevra, ma anche i cd. rifugiati "sotto mandato", cioè le persone individuate dall'Assemblea Generale dell'ONU nel mandato conferito all'Alto Commissariato.

⁷⁵ Cfr. F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 63 e ss; M. ODELLO, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁶ Per ulteriori approfondimenti sulle categorie di persone rientranti sotto il mandato dell'UNHCR si veda il capitolo II.

⁷⁷ A partire dall'inizio del mandato e ancora oggi l'UNHCR opera in contesti altamente politicizzati, primariamente per il fatto che i flussi di rifugiati sono spesso causati da ragioni politiche, come accade quando le persecuzioni hanno carattere ideologico, religioso o razziale. Cfr. ODELLO M., *op. cit.*, p. 48.

⁷⁸ M. ASPRONE, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁹ General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950, *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, disponibile a: <<http://www.unhcr.org/3b66c39e1.pdf>>, p. 4.

2.2 La Convenzione di Ginevra del 1951 ed il Protocollo di New York del 1967

La Convenzione di Ginevra ed il Protocollo di New York hanno sistematizzato la definizione, i principi e le norme sui rifugiati⁸⁰, rappresentando ancora oggi la «pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati⁸¹».

La *Convenzione relativa allo status di rifugiato* fu elaborata tra il 2 e il 25 luglio 1951 dalla Conferenza dei Plenipotenziari riunitasi a Ginevra per volontà dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e a cui parteciparono 26 Stati, fu approvata all'unanimità il 28 luglio 1951 ed entrò in vigore il 22 aprile 1954.

La Conferenza, a cui parteciparono principalmente Paesi occidentali, ma anche Egitto, Iraq, Israele, Colombia e Jugoslavia, aveva lo scopo di creare uno strumento forte di protezione internazionale dei rifugiati, più efficace dei precedenti previsti dalla Società delle Nazioni e che fornisse una base giuridica al neonato Alto commissariato per il rifugiati⁸².

Come suggerisce il nome, la Convenzione nasce nel 1951 con lo scopo primario di conferire uno *status* giuridico ai rifugiati. Anche se i singoli Stati potevano aver già conferito tale *status* a livello normativo statale, lo scopo della Convenzione era quello di assicurare un livello di protezione uniforme tra gli Stati firmatari⁸³.

La Convenzione venne elaborata a pochi anni dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, in un periodo in cui i rifugiati erano principalmente di origine europea. Inoltre, numerosi Stati avevano sollevato la preoccupazione di non voler assumere obblighi di cui non potevano prevedere la portata.

Per questi motivi, la Conferenza dei Plenipotenziari decise di restringere l'ambito di applicazione della Convenzione con due pesanti limitazioni: una di carattere temporale, l'altra di carattere geografico.

⁸⁰ M. ODELLO, *op. cit.*, p. 17.

⁸¹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, 13 dicembre 2011 disponibile a <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:IT:PDF>>.

⁸² M. ASPRONE, *op. cit.*, p. 69.

⁸³ J. McADAM, *The Enduring Relevance of the 1951 Refugee Convention*, in *International Journal of Refugee Law*, 2017, Vol. 29, No.1, DOI: <<http://doi.org/10.1093/ijrl/eex017>>, p. 2.

La prima ne circoscriveva l'applicabilità ai rifugiati divenuti tali in conseguenza di avvenimenti verificatisi prima dell'1 gennaio 1951. La seconda, facoltativa, consentiva agli Stati di optare in sede di ratifica per un'applicazione limitata ai soggetti divenuti rifugiati in seguito ad avvenimenti occorsi in Europa⁸⁴.

Presto emerse la consapevolezza che le limitazioni poste alla Convenzione escludevano gran parte dei rifugiati e che il fenomeno non si sarebbe esaurito con gli effetti del secondo conflitto mondiale. Già negli anni immediatamente successivi al 1951 numerosi avvenimenti provocarono cambiamenti politici profondi, sia all'interno che all'estero dell'Europa, tali da riproporre il problema dei rifugiati⁸⁵.

Ciò portò la comunità internazionale a pensare ad un modo per rendere la Convenzione applicabile alle nuove situazioni che si stavano presentando⁸⁶.

Lo strumento utilizzato per eliminare le limitazioni fu il *Protocollo relativo allo status di rifugiato*, adottato a New York il 31 gennaio 1967 ed entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

Il Protocollo rese la Convenzione universale, facendo però salve le «*existing declarations made by the States already Parties to the Convention*», ovvero quelle dichiarazioni con cui alcuni Stati avevano già espressamente optato per la limitazione geografica al momento della firma, della ratifica o dell'adesione⁸⁷.

Si tratta di uno strumento indipendente dalla Convenzione di Ginevra, nel senso che gli Stati firmatari possono anche non essere membri della Convenzione; aderendo al Protocollo essi si

⁸⁴ G. FERRARI, *La Convenzione sullo status dei rifugiati. Aspetti storici.*, disponibile a <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/10giovanni_ferrari__convenzione_rifugiat_1951_.pdf>; p.30.

⁸⁵ Si ricordano: l'avvento dei partiti comunisti al potere nei Paesi dell'Europa Orientale, nella Cina continentale, in Corea e nel Vietnam del Nord; le rivolte di Berlino Est (1953), di Poznan (1956), di Budapest (1956); le tensioni internazionali dovute alla guerra fredda; il processo di decolonizzazione negli anni '60 in Africa e le connesse guerre di liberazione e crisi interne; le dittature militari nei Paesi sudamericani che si protrassero dalla fine della Seconda Guerra Mondiale agli anni '80. Si veda G. FERRARI, *op.cit.*, p. 33 e ss.

⁸⁶ S. OGATA *Foreword to P. WEIS, The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed With A Commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge University Press, 1995, p. IX.

⁸⁷La maggior parte degli Stati che si erano avvalsi della restrizione geografica l'ha tuttavia successivamente eliminata, rimanendo oggi solo quattro gli Stati che l'hanno mantenuta: Congo, Madagascar, Monaco e Turchia. L'Italia, con la legge 722 del 1954 di ratifica della Convenzione di Ginevra, aveva optato per la restrizione ai soli soggetti provenienti dall'Europa. Tale riserva è stata abolita con la c.d legge Martelli (d.l. 30 dicembre 1989 n.416 conv. in. l. 28 febbraio 1990, n. 39 "Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato"). Si vedano i rilievi sulle riserve italiane e il loro ritiro in B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano, Appendice di aggiornamento*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p. 9.

impegnano comunque ad applicare le disposizioni fondamentali della Convenzione, seppure senza la limitazione temporale del 1° gennaio 1951⁸⁸.

2.3 La definizione di rifugiato

Ad oggi firmata da 145 Stati⁸⁹, la Convenzione definisce il termine “rifugiato”, specifica i diritti e le responsabilità dei rifugiati e gli obblighi degli Stati aderenti.

L’articolo 1 della Convenzione stabilisce che il termine “rifugiato” debba applicarsi, oltre a chi è stato riconosciuto tale in base agli accordi e convenzioni precedenti⁹⁰, a chi *«as a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such a fear, is unwilling to avail himself to the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable, or, owing to such fear, is unwilling to return to it»*.

Come descritto sopra, la clausola temporale non è più valida per gli Stati firmatari del Protocollo di New York del 1967, assumendo rilevanza solo per il ridotto numero di Stati parti della Convenzione ma non firmatari del Protocollo⁹¹.

Il riconoscimento dello *status* di rifugiato è legato alle cd. “clausole di inclusione”, che si riconnettono a tre requisiti, la cui verifica prende il nome di “eleggibilità”:

- 1) il fondato timore di persecuzione sulla base dei motivi elencati dall’articolo 1A(2);
- 2) l’allontanamento dal Paese di origine;

⁸⁸ G. FERRARI, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁹ L’elenco completo degli Stati parti della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 è disponibile sul sito web dell’UNHCR all’indirizzo: <<http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html>>.

⁹⁰ A coloro che si definivano rifugiati in base agli strumenti internazionali precedenti alla Convenzione ci si riferiva con il termine *statutory refugees*. Naturalmente, oggi i casi menzionati non sono più applicabili, poiché difficilmente persone di quel periodo storico sono ancora in vita. Gli strumenti elencati dall’articolo 1A (1) della Convenzione sono: gli Accordi del 12 Maggio 1926 e del 30 Giugno 1928, le Convenzioni del 28 Ottobre 1933 e del 10 Febbraio 1938, il Protocollo del 14 Settembre 1939 e la Costituzione dell’Organizzazione Internazionale per i Rifugiati.

⁹¹ Gli Stati che hanno firmato la Convenzione di Ginevra ma non il Protocollo del 1967 sono: Madagascar, Monaco, Saint Kitts e Nevis.

3) la mancanza di protezione da parte dello Stato di origine⁹².

L'elemento centrale si individua nel fondato timore di persecuzione: gli altri fattori si riducono a questioni di fatto che costituiscono prova della sussistenza del fondato timore di persecuzione⁹³.

Quest'ultimo è composto da un elemento soggettivo ed uno oggettivo, entrambi da prendere in considerazione nella determinazione della presenza del timore "fondato" (non quindi necessariamente "certo"): il primo, riferendosi alla percezione individuale del rischio da parte dell'interessato, implica una valutazione della personalità del richiedente; il secondo rimanda alla sussistenza di una situazione obiettiva in cui una persona ragionevole avrebbe effettivamente paura di subire una persecuzione⁹⁴.

È da notare come l'elemento in esame venga ad escludere in maniera automatica, ai fini della determinazione dello *status* di rifugiato, tutti gli altri possibili e numerosi motivi di fuga⁹⁵.

Il riferimento alla "fondatezza" del timore, anziché alla "certezza" della persecuzione, ammette la rilevanza di esperienze anche non direttamente personali, come ad esempio avvenimenti riguardanti parenti, amici o membri dello stesso gruppo sociale che possano far presagire che lo stesso accada al soggetto interessato⁹⁶.

Del concetto di persecuzione mancano una definizione universalmente accettata, non rinvenibile né nella Convenzione né in altri strumenti applicabili al contesto, e un indirizzo uniforme in giurisprudenza: un ampio margine di apprezzamento è quindi lasciato agli Stati nell'interpretazione del concetto⁹⁷.

⁹² P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi.*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 156 e ss.

⁹³ C. BEYANI *Introduction to P. WEIS, The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed With a Commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge University Press, 1995, p. XV.

⁹⁴ Cfr. M. BALBONI, *op. cit.*, p. 95; F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 222 e ss.

⁹⁵ L'UNHCR porta a titolo di esempio l'esclusione di coloro che fuggono dalla fame o da disastri naturali. Allo stesso modo chi fugge per motivi strettamente economici va considerato "migrante economico" e non rifugiato. Ci possono essere tuttavia casi in cui la situazione di povertà è stata creata da misure economiche imposte su un determinato gruppo per motivi di razza, religione o opinioni politiche: in tali circostanze le vittime sono considerate rifugiati. Cfr. UNHCR, *Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*, Ginevra, Gennaio 1992. Par. 39, 62 e 63.

⁹⁶ Cfr. UNHCR, *Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*, Ginevra, gennaio 1992, par. 43.

⁹⁷ Un concetto comune di persecuzione è stato raggiunto dagli Stati membri dell'Unione Europea con la Direttiva Qualifiche, che all'articolo 9 ne delinea il carattere primario nella gravità di atti rilevanti che costituiscono «a severe violation of basic human rights». Cfr. G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 91.

Il nucleo essenziale del concetto può dedursi dall'articolo 33 della Convenzione e venir individuato nella minaccia alla vita o alla libertà per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale od opinione politica.

Tuttavia, oltre alle ipotesi in cui la vita o la libertà sono minacciate, ci possono essere altre situazioni in cui la persecuzione è individuata sulla base delle circostanze del caso: nello specifico, bisognerà valutare la contestuale presenza di un rischio effettivo per l'integrità della persona e dell'assenza di protezione contro questo rischio da parte delle autorità competenti.

Costituisce certamente persecuzione la privazione intenzionale e grave dei diritti fondamentali della persona garantiti dagli strumenti di diritto internazionale universalmente riconosciuti⁹⁸.

Il concetto non si esaurisce in realtà neanche con l'insieme delle violazioni di tali diritti perché potrebbero esserci altre situazioni che comportano rischi per l'integrità psicofisica e la dignità di una persona⁹⁹. Un individuo potrebbe essere sottoposto a più misure, di per sé non persecutorie, ma suscettibili di integrare il concetto di persecuzione se combinate insieme e/o con altri fattori¹⁰⁰: in determinate circostanze possono, ad esempio, essere considerate persecutorie una misura di carattere discriminatorio o l'inflizione di una pena¹⁰¹.

⁹⁸ Tra i diritti la cui violazione può integrare il concetto di persecuzione Lenzerini cita il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, il diritto a non essere soggetti a schiavitù o servitù, il diritto a non essere sottoposti a detenzione arbitraria, il diritto ad essere riconosciuti come persone davanti alla legge e il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione. La lista tuttavia non esaurisce la nozione di persecuzione poiché l'insieme dei diritti riconosciuti come fondamentali varia con l'evoluzione del diritto internazionale. F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 246.

⁹⁹ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 247.

¹⁰⁰ In questi casi l'*Handbook* parla di fondato timore della persecuzione *on cumulative grounds*. Cfr. UNHCR, *Handbook, cit.*, par. 53.

¹⁰¹ Cfr. M. BALBONI, *op. cit.*, p. 95; P. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 158.

L'*Handbook* riporta come esempi in cui la discriminazione costituisce forma di persecuzione i casi in cui le misure discriminatorie comportano gravi pregiudizi alla persona colpita: restrizioni alla possibilità di guadagnarsi da vivere, alla libertà religiosa, all'accesso alle istituzioni scolastiche. Per quanto attiene l'inflizione di una pena l'*Handbook* descrive casi in cui essa equivale a persecuzione: quando risulti eccessiva, quando è inflitta per i motivi che darebbero luogo allo status di rifugiato (razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale, opinione politica) ovvero quando è comminata sulla base di leggi non in conformità con i principi sui diritti umani. Cfr. UNHCR, *Handbook, cit.*, par. 54 e 60.

Per soddisfare il requisito è comunque richiesto un nesso causale specifico: che il timore fondato di essere perseguitato nel territorio di provenienza sia dovuto ad uno dei motivi elencati dalla Convenzione¹⁰².

I motivi di persecuzione rilevanti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato sono: razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale ed opinione politica.

- *Razza*

Secondo l'interpretazione dell'UNHCR il concetto di razza dev'essere inteso nel più ampio senso possibile, includendo i gruppi etnici e sociali che sono identificati con tale termine¹⁰³.

La discriminazione razziale è stata condannata dalla comunità internazionale come una delle peggiori violazioni dei diritti fondamentali, come dimostrano le numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale in materia¹⁰⁴.

Tuttavia, la persecuzione basata sulla razza è raramente invocata dai richiedenti asilo perché spesso viene assorbita da altri motivi indicati nella Convenzione, in particolare quelli della religione e dell'opinione politica¹⁰⁵.

Resta poi il fatto che l'appartenenza ad uno dei gruppi o minoranze non è sufficiente ad integrare il nesso causale richiesto dall'articolo 1A(2) della Convenzione: occorre provare l'esistenza della specifica persecuzione a cui l'individuo rischia di essere sottoposto per motivi di razza.

- *Religione*

¹⁰² Il concetto di "timore ben fondato" è stato così sintetizzato dalla House of Lords in una pronuncia del 1988 (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran et al.*, AC, 1988, 958): "the requirement that an applicant's fear of persecution should be well-founded means that there has to be demonstrated a reasonable degree of likelihood that he will be persecuted for a Convention reason if returned to his own country". F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰³ Cfr. UNHCR, *Handbook, cit.*, par 68 e 69.

L' *Handbook* sottolinea che la discriminazione razziale è stata condannata come una delle peggiori violazioni dei diritti fondamentali.

A tal proposito, è utile riportare l'art. 1 della *Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*, adottata dall'Assemblea Generale il 21 dicembre 1965, che definisce discriminazione razziale ogni "distinzione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica". Cfr. M. ODELLO, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁴ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 70 e ss.

¹⁰⁵ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 267 e ss.

Il concetto di religione fa riferimento a qualsiasi tipo di credenza che un individuo possenga¹⁰⁶.

La libertà religiosa è riconosciuta dai più importanti strumenti internazionali in materia di diritti umani ed include la libertà di praticare qualunque tipo di culto, di cambiare religione, di osservarne i riti e le pratiche o di non osservare alcuna religione¹⁰⁷.

La sola appartenenza ad una particolare comunità religiosa non è normalmente sufficiente ai fini del riconoscimento dello *status*, dovendosi provare la sussistenza di una persecuzione per motivi religiosi. Tra le forme che tale persecuzione può assumere vi sono: il divieto di far parte della comunità religiosa, di praticare i culti in privato o in pubblico o di impartire insegnamenti di tipo religioso, la conversione forzata e le discriminazioni attuate per motivi religiosi.

L'invocazione della persecuzione per motivi religiosi è ad oggi piuttosto diffusa nelle richieste di protezione internazionale a causa dell'aumento degli Stati fondamentalisti i cui principi basilari corrispondono a dogmi della religione dominante che assumono valenza di norme fondamentali, la cui violazione è severamente punita¹⁰⁸.

- *Nazionalità*

Se per nazionalità si intendesse esclusivamente la cittadinanza, l'ipotesi in cui uno Stato sottoponga a persecuzione i propri cittadini per questo motivo sarebbe difficilmente prospettabile¹⁰⁹.

Il termine è stato invece interpretato dall'UNHCR come comprendente l'appartenenza ad una comunità etnica, religiosa, culturale o linguistica, andando ad includere tra le ipotesi di persecuzione per motivi di nazionalità le misure e le politiche dirette contro una minoranza nazionale¹¹⁰.

¹⁰⁶ M. ODELLO, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁷ Il diritto di libertà religiosa è contenuto nella Dichiarazione Universale dei diritti umani (art. 18), nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (art. 18), nella Convenzione Europea dei diritti umani (art. 9) e nella Convenzione americana del 1969 (art. 12). Cfr. F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁸ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 269.

¹⁰⁹ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 277 e ss.

¹¹⁰ L'*Handbook* specifica che, nonostante nella maggior parte dei casi siano le minoranze ad essere perseguitate, può succedere che persone appartenenti a gruppi maggioritari siano perseguitate da minoranze dominanti, come nel caso dei neri in Sudafrica durante il regime dell'*apartheid*. Cfr. UNHCR, *Handbook, cit.*, par. 76; M. ODELLO, *op. cit.*, p. 87.

Similmente, la direttiva europea 2994/83/CE fa rientrare nel termine «l'assenza di cittadinanza, l'appartenenza ad un gruppo caratterizzato da un'identità culturale, etnica o linguistica, comuni origine geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro Stato».

A volte può risultare difficile distinguere la persecuzione per motivi di nazionalità da quella per motivi politici, in particolare quando vi sono movimenti politici identificati con una determinata nazionalità, come ad esempio movimenti separatisti. Nulla vieta, ad ogni modo, che ad integrare il fondato timore di persecuzione siano cumulativamente motivi diversi¹¹¹.

- *Appartenenza ad un particolare gruppo sociale*

La mancanza di una definizione di *particular social group* (PSG) nella Convenzione del 1951 e di un dibattito sostanziale sul tema nei *travaux préparatoires* suggerisce che i delegati avessero già in mente quali categorie di persone potessero rientrarvi¹¹².

Se l'intenzione iniziale era quella di proteggere determinate categorie, di fatto il motivo in esame è diventato ed è tuttora oggetto di un'interpretazione evolutiva che ha permesso l'estensione della protezione a situazioni originariamente non incluse nell'ambito applicativo della Convenzione¹¹³.

L'UNHCR ha adottato congiuntamente due possibili forme di identificazione di PSG: l'una basata sulla presenza di "caratteristiche comuni diverse dal rischio di persecuzione", l'altra sulla "percezione sociale" del gruppo. Lo standard adottato dall'Alto Commissariato incorpora questi due approcci definendo il PSG come «*a group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as group by society. The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one's human rights*»¹¹⁴.

¹¹¹ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 73.

¹¹² G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 74.

¹¹³ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 279.

¹¹⁴ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Membership of a Particular Group" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention*, doc. HCR/GIP/02/02 del 7 maggio 2002, par 11.

La definizione dell'UNHCR tratta i due approcci come alternativi. Allo stesso modo la normativa italiana, all'art. 8 co.1 lett. d del D. Lgs. n 251/2007, considera PSG quello «costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi *ovvero* quello che possiede un'identità distinta nel Paese di origine perché vi è percepito come diverso dalla società circostante». Più restrittiva è invece la normativa europea che all'art. 10 co.1 lett. d. della Direttiva Qualifiche 2011/95/UE richiede la presenza congiunta di una caratteristica innata e immutabile o di una fede fondamentale e della percezione del gruppo come diverso dalla società di appartenenza.

La non modificabilità della caratteristica comune, il fatto che essa sia talmente fondamentale per l'identità o la coscienza che non sarebbe ragionevole richiedere all'individuo di modificarla sono stati ritenuti elementi decisivi dal *Board of Immigration Appeals* Statunitense nel 1985 nel caso *Acosta*. Tale sentenza ha dato vita al cosiddetto *protected characteristics approach* ed ha influenzato la giurisprudenza anglosassone per molto tempo. Questo approccio è stato poi condiviso dalla Direttiva europea 2004/83/CE ¹¹⁵.

Nonostante il genere non costituisca autonomo motivo di persecuzione ai fini della determinazione dello *status* di rifugiato, le persecuzioni per causa di genere sono state fatte rientrare, anche se in tempi relativamente recenti¹¹⁶, in quelle causate dall'appartenenza ad un PSG e quindi rientranti nell'articolo 1 A(2) della Convenzione.

L'inclusione della persecuzione di genere è il frutto dell'approccio dinamico che ha permesso di interpretare la Convenzione alla luce del progressivo sviluppo del diritto internazionale dei rifugiati¹¹⁷.

Le linee guida del 2002 elaborate dall'UNHCR in tema di persecuzioni legate al genere hanno fatto rientrare le donne nella definizione di PSG sia in base al c.d. *protected characteristics approach* sia in base al c.d. *social perception approach*¹¹⁸. Il documento precisa, infatti, che il sesso ricade nell'ambito della categoria del PSG essendo le donne un chiaro esempio di insieme sociale definito da caratteristiche innate e immutabili e trattato frequentemente in modo diverso dagli uomini.

L'UNHCR aggiunge poi che la definizione di PSG è per gli stessi motivi applicabile a omosessuali e transessuali¹¹⁹. È ormai prassi consolidata dell'UNHCR quella di riconoscere come rifugiati le persone che subiscono attacchi, trattamenti inumani o serie discriminazioni a causa del loro orientamento sessuale o dell'identità di genere¹²⁰. Secondo la *Guidance Note* del 2008 se questi abusi o discriminazioni provengono dalla famiglia o comunità di appartenenza e rimangono

¹¹⁵ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 282.

¹¹⁶ Nel 1999 due casi importanti nel Regno Unito (*Shah and Islam v. Secretary of State for the Home Department*) hanno stabilito che le donne possono essere considerate un "gruppo sociale" in base alla Convenzione del 1951. Si trattava di donne pakistane abbandonate dai mariti con l'accusa di adulterio e che per questo motivo rischiavano di essere vittime di ostracismo e di violenza da parte della loro comunità. Cfr. M. ODELLO, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁷ J. Mc ADAM, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁸ M. BALBONI, *op. cit.*, p. 99.

¹¹⁹ UNCHR, *Guidelines on international protection: Gender-related persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, doc: HCR/GIP/02/01, del 7 Maggio 2002, par. 30.

¹²⁰ P. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 163.

impuniti oppure l'orientamento LGBTI viene criminalizzato dall'autorità dello Stato, tali soggetti possono rientrare nella definizione di rifugiato prevista dalla Convenzione di Ginevra¹²¹.

Ad un'interpretazione estensiva dell'appartenenza ad un particolare gruppo sociale è stato fatto ricorso nel tentativo di offrire tutela alle migrazioni dovute a cause ambientali: si è così ipotizzata l'individuazione di un particolare gruppo sociale nelle fasce di popolazione più colpite dai mutamenti ambientali o dai suoi effetti. L'accoglimento di tale interpretazione non esime tuttavia dalla necessità di provare l'esistenza di atti umani configurabili come atti di persecuzione che colpiscano quel particolare gruppo sociale: si sono perciò presi in considerazione i casi in cui gli effetti dei fenomeni ambientali risultano aggravati dalla mancanza di protezione da parte delle autorità statuali con conseguenze negative maggiori per alcune fasce della popolazione¹²².

- *Opinione politica*

Il rifugiato politico è il rifugiato "tipico" in base all'accezione classica di asilo, concepito inizialmente come forma di protezione riservata ad individui perseguitati per le loro idee politiche¹²³.

In base ad una posizione ormai consolidata nella prassi, la nozione di opinione politica viene intesa in modo da includere l'espressione di opinioni riguardanti qualunque tema relativo allo Stato, al governo e alla politica pubblica.¹²⁴

Il riferimento all'opinione politica esclude che il richiedente debba necessariamente aver posto in essere attività specificatamente motivate da ragioni politiche prima della partenza dal Paese di origine¹²⁵.

¹²¹ M. BALBONI, *op. cit.*, p. 106.

¹²² È stato portato come esempio quello di alcuni gruppi di popolazione della Somalia, i Rahanweyn e i Bantu, colpiti in modo sproporzionato dagli effetti della siccità e della carestia per la mancanza di protezione dovuta alla discriminazione perpetrata da agenti statali e non statali. A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017, p. 25.

¹²³ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 300 e ss.

¹²⁴ Cfr. G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 87; M. ODELLO, *op. cit.*, p. 96.

¹²⁵ La direttiva europea 2004/83/CE ha condiviso l'indirizzo espresso dalla Corte Suprema canadese nel caso *Ward* in base alla quale l'opinione politica non deve necessariamente essersi tradotta in atti concreti ma può desumersi dal comportamento del ricorrente. Cfr. F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 303. Anche l'*Handbook* rileva che, in assenza di atti concreti che dimostrino le opinioni politiche del ricorrente "due to the strength of his convictions, however, it may be reasonable to assume that his opinions will sooner or later find expression and that the applicant will, as a result, come into conflict with the authorities". UNHCR, *Handbook, cit.*, par. 82.

La valutazione deve avere ad oggetto la sussistenza del rischio di persecuzione in caso di ritorno: il richiedente asilo deve dimostrare che la sua opinione politica sia giunta o possa verosimilmente giungere alle autorità statali oppure che queste la attribuiscono in qualche modo al richiedente. L'ipotesi non è quindi limitata all'oppositore politico apertamente dichiarato, potendosi trattare di opinione politica inespressa ma attribuita sulla base di comportamenti, legami familiari o mera appartenenza a gruppi etnici. Nondimeno è richiesto il possesso effettivo dell'opinione politica, essendo sufficiente provare l'attribuzione di questa al richiedente asilo¹²⁶.

La persecuzione per motivi politici caratterizza tipicamente la posizione del rifugiato *sur place*, cioè di colui che si trova già in uno Stato estero nel momento in cui si determinano nel Paese di origine le condizioni per le quali vi sarebbe un fondato motivo di persecuzione in caso di ritorno¹²⁷.

Sulle attività politiche *sur place* si è creato in dottrina un dibattito: secondo parte della dottrina queste dovrebbero essere la continuazione di attività iniziate nel Paese di origine, altrove si è invece sostenuto che non vi sia ragione per distinguere, in presenza di un timore fondato di persecuzione per motivi politici, tra un individuo che continui attività iniziate nel Paese di origine e un individuo il cui interesse politico abbia avuto inizio in un momento successivo all'uscita dal proprio Stato¹²⁸. La prima interpretazione risulta la meno coerente con la lettera dell'articolo 1 A(2) dal momento che richiede una continuità di attività politica e non di opinione. La valutazione che appare invece necessaria nel caso dei rifugiati *sur place* ha ad oggetto il carattere pretestuoso o meno del timore di persecuzione¹²⁹.

Analizzato il requisito centrale del timore fondato ed il nesso causale con i motivi elencati, occorre soffermarsi sui requisiti dell'allontanamento dal Paese di origine e dell'assenza di protezione da parte dello Stato di origine.

¹²⁶ J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, second edition, Cambridge University Press, 2014, p. 407 e ss.

¹²⁷ La dottrina distingue tra condizione "oggettiva" di rifugiato *sur place*, che deriva da eventi nel Paese d'origine da lui indipendenti (come ad esempio un colpo di stato), e condizione "soggettiva" di rifugiato *sur place*, che si realizza quando una persona diventa rifugiato in conseguenza di azioni commesse all'estero (come ad esempio aver espresso opinioni politiche considerate ostili nei confronti del proprio Paese). Cfr. M. ODELLO, *op. cit.*, p. 70.

¹²⁸ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁹ L'orientamento tradizionale è avverso all'accoglimento delle domande fondate su motivi di persecuzione prodotti deliberatamente dal ricorrente al fine specifico di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato. La giurisprudenza britannica negli ultimi anni ha accolto richieste di soggetti che avevano intrapreso attività antigovernative una volta usciti dal Paese di origine, a patto che dimostrassero di seguire un'ideologia politica *genuina*. Secondo quest'approccio non si potrebbe richiedere ad un soggetto di rinunciare alla propria identità ideologica, sebbene la rinuncia permetterebbe di evitare la persecuzione. Cfr. M. BALBONI, *op. cit.*, p. 96; F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 307 e ss.

La protezione internazionale basata sulla Convenzione del 1951 può essere invocata solo da persone che si trovino fuori dallo Stato di cui possiedono la cittadinanza¹³⁰. A questo proposito, va tenuto in conto che gli Stati devono ammettere le domande di asilo sia quando presentate da soggetti fuggiti dal Paese di origine per il fondato timore sopra descritto, sia quando presentate dai rifugiati *sur place*.

La terza clausola d'inclusione richiede che il soggetto non possa avvalersi della protezione effettiva da parte dello Stato di origine.

Lo Stato di riferimento è considerato quello di cui il richiedente abbia la cittadinanza.

La Convenzione tratta anche il caso delle persone con cittadinanza doppia o multipla e chiarisce che l'espressione *the country of his nationality* indica ognuno dei Paesi di cui la persona è cittadino e che non soddisferà il requisito dell'assenza di protezione colui che non abbia richiesto la protezione di tutti i Paesi di cui ha la cittadinanza¹³¹.

L'assenza di uno Stato di cittadinanza non viene equiparata all'assenza di protezione: la condizione di apolide non costituisce quindi di per sé la base per riconoscere lo *status* di rifugiato.

Gli apolidi sono espressamente inclusi tra i potenziali rifugiati in base all'articolo 1A: sarà loro riconosciuto lo *status* di rifugiato ove dimostrino la sussistenza di un timore fondato di persecuzione per uno dei motivi elencati nella Convenzione nel Paese di precedente residenza abituale¹³². Secondo l'interpretazione dell'UNHCR, qualora i Paesi di precedente residenza abituale siano più di uno, l'apolide deve dimostrare di non poter fare ritorno né ricevere protezione da parte di nessuno di essi¹³³.

Sempre riguardo a tale requisito, viene in rilievo il fenomeno dell'*internal flight alternative*, ovvero della pratica, diffusa a partire dagli anni '80 in alcuni Paesi, di negare lo *status* di rifugiato a soggetti che abbiano attraversato il confine pur potendo in realtà trovare rifugio dalla persecuzione in un'altra zona dello stesso Stato. In questi casi, sarebbe possibile il "ricollocaimento interno" del soggetto in un luogo diverso da quello di persecuzione ma sempre ricadente sotto la giurisdizione

¹³⁰ L'articolo 1 A (2) della Convenzione chiarisce che nei casi di apolidia va preso in considerazione lo Stato di abituale residenza. Sul significato di *habitual residence* si veda J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *op. cit.*, p. 67 e ss.

¹³¹ J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *op. cit.*, p. 55.

¹³² L'articolo 1A della Convenzione cita: «[...]the term 'refugee' shall apply to any person who [...] or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it».

¹³³ J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *op. cit.*, p. 64 e ss.

del paese di origine, ove vi siano ragioni di ritenere che in quella diversa area il timore di persecuzione non sussista¹³⁴.

L'UNCHR ritiene tuttavia tale ricollocamento difficilmente attuabile poiché le autorità locali o regionali sono normalmente subordinate alle autorità del governo centrale: esso potrebbe realizzarsi solo ove vi sia la prova che il governo centrale non possa contrastare l'operato delle autorità locali e che nel diverso luogo di ricollocazione il richiedente abbia la possibilità di vivere in sicurezza e stabilirvisi nonostante la sua particolare condizione¹³⁵.

L' *internal flight alternative* è ipotesi ammessa dall'Unione Europea che, nella direttiva 2004/83/CE, prevede all'articolo 8 la possibilità che gli Stati stabiliscano che il richiedente non necessiti di protezione internazionale «se in una parte del territorio del paese d'origine egli non abbia fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corra rischi effettivi di subire danni gravi e se è ragionevole attendere dal richiedente che si stabilisca in quella parte del paese».

Il criterio risulta ad oggi però applicabile solo in alcuni Stati membri, dal momento che altri non hanno trasposto la norma nei propri ordinamenti¹³⁶.

Per quanto attiene gli agenti di persecuzione, l'UNHCR evidenzia che la categoria non è ristretta alle autorità statali o alle entità riconducibili alla responsabilità dello Stato: anche atti commessi da “agenti terzi non statali”¹³⁷ potranno essere considerati persecutori se deliberatamente tollerati dalle autorità o se queste si rifiutino o si dimostrino incapaci di offrire adeguata protezione¹³⁸.

¹³⁴ La Corte di Appello del Regno Unito nel 1997 aveva applicato il cosiddetto *reasonableness test* in base al quale il ricollocamento sarebbe applicabile nei casi in cui nella diversa zona del Paese «*the quality of internal protection met basic norms of civil, political and socio-economic human rights*». Nel 2006 la Camera dei Lords aveva invece ritenuto che la Convenzione di Ginevra non richiedesse un test così estensivo sui diritti umani, dal momento che se nel luogo di ricollocazione il soggetto non ha un timore fondato di persecuzione nulla ostacola la ricollocazione. Cfr. G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 125.

¹³⁵ Ci potrebbero infatti essere casi in cui l'appartenenza etnica o culturale impedisca di condurre una vita adeguata in quel determinato contesto socio-economico. Cfr. M. BALBONI, *op. cit.*, p. 96 e ss.

¹³⁶ In Italia il criterio non è applicabile poiché il decreto legislativo n. 251 del 2007 non ha recepito l'art. 8 della direttiva 2004/83/CE (Cass., sez. VI civ., sent. 25 gennaio 2012, n. 2284).

¹³⁷ Si considera “agente terzo non statale” ad esempio un movimento ribelle, una milizia locale o un gruppo criminale rispetto alla cui azione lo Stato è compiacente o incapace di opporsi. Cfr. P. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 162.

¹³⁸ Cfr. UNHCR, *Handbook, cit.*, Par. 65.

In base all'articolo 7 della Direttiva Qualifiche si ritiene adeguata la protezione offerta dagli Stati quando «*the responsible authorities take reasonable steps to prevent the persecution or suffering of serious harm, inter alia, by operating an effective legal system for the detection, prosecution and punishment of acts constituting persecution or serious harm, and the applicant has access to such protection*».

2.4 Le clausole di esclusione e di cessazione

Analizzate le clausole di inclusione per la determinazione dello *status* di rifugiato, occorre soffermarsi su quelle di esclusione e di cessazione, che descrivono le situazioni in cui rispettivamente non si applica o si revoca la protezione¹³⁹.

Le clausole di esclusione sono contenute negli articoli 1 (D), 1 (E) e 1 (F) della Convenzione.

I primi due articoli riguardano persone che potrebbero rientrare nella categoria di rifugiati, ma sono considerate non bisognose di protezione perché:

- ricevono assistenza o protezione da agenzie delle Nazioni Unite diverse dall'UNHCR¹⁴⁰,
- hanno diritti e doveri legati al possesso della nazionalità del Paese in cui risiedono¹⁴¹.

L'articolo 1 (F) esclude invece dalla protezione internazionale gli individui nei confronti dei quali sussistono gravi motivi per ritenere che abbiano commesso:

- a) un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità come definiti negli strumenti internazionali elaborati per stabilire disposizioni riguardo a questi crimini¹⁴²;
- b) un crimine grave di diritto comune al di fuori del Paese di accoglimento e prima di esservi ammessi in qualità di rifugiati¹⁴³;
- c) azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite¹⁴⁴.

¹³⁹ Altra misura eccezionale che può essere applicata è quella dell'annullamento dello *status* di rifugiato quando l'individuo ha intenzionalmente nascosto fatti materiali allo scopo di ottenere la protezione e quando nuove prove rivelano che il soggetto rientrava nelle clausole di esclusione. Cfr. M. ODELLO, *op. cit.*, p. 100.

¹⁴⁰ L'unico gruppo che ricade attualmente nell'articolo 1(D) è quello dei Palestinesi sotto protezione dell'Agenzia delle Nazioni Unite per i Rifugiati Palestinesi (UNRWA). Problemi interpretativi sono emersi sull'applicabilità dell'articolo ai rifugiati palestinesi che si trovano fuori dall'area operativa dell'UNRWA, ma sembrerebbe che a tali rifugiati, essendo privi di protezione e assistenza, non dovrebbe applicarsi l'articolo 1 (D). Cfr. G. GOODWIN.GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 151 e ss.

¹⁴¹ La clausola si applicava fino al 1962 ai cittadini del Commonwealth britannico che godevano del libero ingresso, della libera circolazione e del divieto di espulsione nel Regno Unito.

¹⁴² Il riferimento agli strumenti internazionali implica che l'interpretazione della norma debba essere integrata con gli sviluppi del diritto internazionale generale. Cfr. M. ODELLO, *op. cit.*, p. 106.

¹⁴³ L'art 1 (F) lett. b) si riferisce alla categoria del *serious non-political crime*, sottintendendo che l'esclusione non sussista quando il crimine commesso, seppure grave, abbia carattere politico. Il concetto di delitto politico è tendenzialmente indefinito; si è tuttavia ritenuto tale l'atto commesso da un individuo spinto non da un'inclinazione criminosa, bensì da un'opinione politica. Cfr. F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 304.

¹⁴⁴ I fini e i principi delle Nazioni Unite sono definiti agli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite.

La *ratio* che sottende le clausole di esclusione è quella di impedire a coloro che abbiano compiuto atti criminosi di abusare dell'istituzione dell'asilo al fine di sfuggire alla responsabilità per tali atti¹⁴⁵.

Un'ulteriore clausola di esclusione si rinviene nell'articolo 33 secondo comma, della Convenzione, che lascia fuori dal divieto di *non-refoulement* il rifugiato che «per motivi seri debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese».

Le clausole di cessazione determinano invece il carattere di temporaneità dello *status* di rifugiato¹⁴⁶, stabilendo che la protezione prevista dalla Convenzione cessi quando gli elementi a fondamento dello *status* di rifugiato vengono meno. In base all'articolo 1 (C), questa fattispecie può realizzarsi a causa di cambiamenti nella condizione personale del rifugiato (per esempio, il ristabilimento volontario nel Paese rispetto al quale sussisteva il timore di persecuzione) oppure del venir meno delle circostanze oggettive sulle quali era stato riconosciuto lo *status* di rifugiato, per cui egli non può rifiutare di avvalersi della protezione dello Stato di cui ha la cittadinanza o, se si tratta di persona senza nazionalità, la residenza¹⁴⁷.

2.5 La determinazione dello status di rifugiato

La Convenzione del 1951 non disciplina il procedimento di determinazione dello *status* di rifugiato, ma lascia agli Stati la scelta delle modalità di applicazione della Convenzione a livello nazionale. Tuttavia, data la funzione di controllo sulla corretta applicazione della Convenzioni di Ginevra assegnata all'UNHCR, le linee guida da questo elaborate sono da considerare regole basilari comuni a tutti gli Stati firmatari¹⁴⁸.

¹⁴⁵ P. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 164.

¹⁴⁶ La durata degli effetti è stata individuata come elemento che distingue il riconoscimento dello *status* di rifugiato dal diritto di asilo. Si veda capitolo I, *supra*.

¹⁴⁷ Le linee guida dell'UNHCR chiariscono che il cambio delle circostanze debba avere carattere fondamentale; come esempio di situazioni tipiche rientranti nell'articolo 1C (5) e (6) si indica la fine delle ostilità nel Paese, un cambio politico completo o il ritorno ad una situazione di pace e stabilità. Cfr. UNHCR, *Guidelines on international protection: cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the "Ceased Circumstances" Clauses)*, doc. HCR/GIP/03/03 del 10 Febbraio 2003, par. 10 e 11.

¹⁴⁸ G. GOODWIN.GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 53 e ss.

Per quanto riguarda l'onere della prova gravante sul richiedente asilo esso si sostanzia nei descritti elementi soggettivi e oggettivi del timore fondato di persecuzione, mentre agli Stati spetterà valutare l'effettiva minaccia nel Paese d'origine e la sussistenza dei restanti requisiti descritti nell'articolo 1 A (2) della Convenzione.

2.6 Il principio di non-refoulement nella Convenzione di Ginevra

Nel primo capitolo abbiamo visto come il principio di *non-refoulement* rappresenti il nucleo essenziale del diritto d'asilo e sia stato riconosciuto come norma di *jus cogens* e di diritto internazionale generale.

Vediamo ora come tale principio costituisca la «pietra angolare della Convenzione di Ginevra»¹⁴⁹ e ne sintetizzi l'essenza umanitaria.

L'articolo 33 stabilisce che «*no contracting States shall expel or return a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*».

La norma convenzionale ha portata più ristretta rispetto al principio riconosciuto dal diritto internazionale generale, perché limitato *ratione personae* ai rifugiati ai sensi della Convenzione.

L'articolo 42.1 della Convenzione conferisce alla regola in questione natura inderogabile, precludendo agli Stati che procedono a ratifica la possibilità di apporvi alcun tipo di riserva¹⁵⁰.

Secondo l'interpretazione dell'UNHCR, l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra contiene inoltre il cd. principio di *refoulement* "indiretto" in base al quale, in caso di espulsione, ogni Stato ha l'obbligo di assicurarsi che lo Stato dove rinvia un individuo non procederà ad un ulteriore rinvio di questi verso il Paese in cui il rifugiato è a rischio di persecuzione¹⁵¹.

Va poi sottolineato che la natura dichiarativa dello *status* di rifugiato implica che il principio si applichi non solo nei confronti di chi è già stato dichiarato rifugiato ma anche nei confronti di chi

¹⁴⁹ J. McADAM, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁰ P. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵¹ L'UNHCR sottolinea che il principio di *non-refoulement* si applichi «*to any form of forcible removal, including non-admission at the border [...] in respect of return not only to the country of origin but also to any other place where a person has reason to fear threats to his or her life or freedom related to one or more of the grounds set out in the 1951 Convention, or from where he or she might be sent to such a risk.*». Cfr. UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007, disponibile a <<http://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>>, par. 7.

potrebbe esserlo¹⁵². L'articolo 33 della Convenzione è infatti stato oggetto di un'interpretazione ampia, che ha acquisito preminenza negli ultimi cinquant'anni, in base alla quale il principio si applica già nel momento in cui il richiedente asilo si presenta alla frontiera dello Stato ospite¹⁵³.

Tale interpretazione deriva dal riconoscimento del carattere di extraterritorialità del principio in esame. La responsabilità degli Stati in tema di *non-refoulement* non è infatti limitata a ciò che accade sul proprio territorio ma, secondo l'indirizzo condiviso dall'UNHCR¹⁵⁴ e da parte della dottrina¹⁵⁵, l'articolo 33 si applica in ogni circostanza in cui una persona ricada sotto la giurisdizione *de jure* o *de facto* dello Stato ovvero ogni qualvolta la persona venga in contatto con agenti statali o altri che agiscano per conto dello Stato, dovunque ciò avvenga.

In direzione contraria si è espressa la Corte suprema degli Stati Uniti nel 1993¹⁵⁶ con una sentenza che, basandosi invece sulla natura territoriale del divieto di *non-refoulement* prevista dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, aveva legittimato la scelta del governo di respingere dei profughi haitiani.

La Corte suprema affermava che dai *travaux préparatoires* della Convenzione emergesse chiaramente che la copertura dell'articolo 33 secondo paragrafo fosse limitata ai soggetti già presenti nel territorio, dal momento che il primo paragrafo dell'articolo obbligava gli Stati solo in riferimento a tali soggetti. La critica principale che è stata addotta alla sentenza è quella dell'irragionevolezza di «confermare il significato letterale di un'eccezione senza tener conto della sua evoluzione nella prassi»¹⁵⁷.

Ulteriore argomento esposto a favore dell'extraterritorialità del principio è stato che presumere il contrario equivarrebbe a tradire il carattere umanitario della Convenzione e permettere agli Stati di

¹⁵² M. ASPRONE, *op. cit.*, p. 92.

¹⁵³ G. GOODWIN-GILL. J. McADAM, *op. cit.*, p. 208 e ss.

¹⁵⁴ Nell'*Advisory opinion* del 2007 l'UNHCR afferma “*in determining whether a State's human rights obligations with respect to a particular person are engaged, the decisive criterion is not whether that person is on the State's national territory, or within a territory which is de jure under the sovereign control of the State, but rather whether or not he or she is subject to that State's effective authority and control*”. Cfr. UNHCR, *Advisory Opinion, cit.*, par. 35.

¹⁵⁵ Cfr. E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion* in E. FELLER, F. TURK e F. NICHOLSON, eds., *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, University Press, 2003, par. 67; J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, University Press, 2005, p. 154, 155; GOODWIN-GILL G., *The Dynamic of International Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2014, Vol.25, No. 4, DOI: <http://doi.org/10.1093/ijrl/eeu003>, p. 654.

¹⁵⁶ Corte Suprema degli Stati Uniti, 21 giugno 1993, *Sale c. Haitian Centers Council (Sale)*.

¹⁵⁷ F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 57.

liberarsi da ogni responsabilità semplicemente spostando i controlli al di là dei propri confini territoriali¹⁵⁸.

2.7 Il trattamento del rifugiato

La Convenzione di Ginevra conferisce al titolare dello *status* di rifugiato una protezione più ampia della mera sicurezza fisica che scaturisce dal principio di *non refoulement*. Essa stabilisce diritti a favore dei rifugiati e obblighi gravanti sugli Stati che vanno oltre a quanto garantito dal diritto internazionale generale¹⁵⁹.

Gli articoli della Convenzione delineano in realtà solo standard minimi di trattamento che devono essere riservati ai rifugiati, lasciando aperta la possibilità che gli Stati firmatari conferiscano loro previsioni più favorevoli.

L'articolo 5 afferma poi espressamente che nessuna disposizione può ledere ulteriori diritti e vantaggi riconosciuti ai rifugiati indipendentemente dalla Convenzione¹⁶⁰.

Gli Stati devono garantire un trattamento pari almeno a quello accordato ai cittadini per quanto attiene la libertà di praticare la religione e la libertà di istruzione religiosa ai figli (art. 4), la protezione della proprietà industriale (art. 13), il libero accesso alla giustizia (art. 16), alla pubblica istruzione (art. 22), all'assistenza pubblica (art. 23) e all'applicazione della legislazione concernente il lavoro e le assicurazioni sociali.

Il livello di trattamento deve invece essere pari almeno a quello accordato allo straniero in generale per quanto concerne l'acquisto di beni mobili e immobili e i diritti connessi, la locazione e gli altri contratti relativi ai beni mobili e immobili (art. 13), il diritto di partecipazione ad associazioni politiche e non lucrative e ai sindacati professionali (art. 15), l'accesso alle attività salariate (art. 17), alle attività autonome (art. 18) e alle libere professioni (art. 19), l'accesso all'alloggio (art. 21) e la libertà di circolazione (art. 26).

Importanti sono poi le disposizioni contenute negli articoli 27 e 28 che conferiscono rispettivamente il diritto del rifugiato a ottenere documenti di identità e di viaggio.

¹⁵⁸ F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁹ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 436.

¹⁶⁰ La disposizione ha assunto rilevanza in particolare riguardo ai trattati posti a tutela dei diritti umani, che si sono sviluppati soprattutto nel periodo successivo all'elaborazione della Convenzione. Cfr. P. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 170.

Le disposizioni della Convenzione sono tuttavia limitate ad alcuni aspetti: lo *status* giuridico del rifugiato dipende in massima parte dalle legislazioni interne e spesso è regolato dal diritto amministrativo, secondo modelli tra loro anche molto difformi¹⁶¹.

¹⁶¹ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 431.

CAPITOLO II

LA PROTEZIONE COMPLEMENTARE DEI SOGGETTI NON RIENTRANTI NELLA DEFINIZIONE DI RIFUGIATO SECONDO LA CONVENZIONE DI GINEVRA A LIVELLO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Osservazioni introduttive

La protezione complementare è la protezione che gli Stati sono tenuti a garantire ai soggetti non rientranti nella definizione di rifugiato contenuta nell'art. 1 A(2) della Convenzione di Ginevra per adempiere agli obblighi derivanti dal diritto internazionale.

L'espressione è stata coniata negli anni '90, ma la pratica degli Stati di offrire protezione a soggetti non tecnicamente rifugiati, indicati con termini diversi tra cui rifugiati *de facto*, rifugiati di *status b*, rifugiati di guerra o titolari di asilo umanitario, ha origini precedenti¹⁶².

Già ai tempi della Società delle Nazioni, gli Stati avevano riconosciuto che non tutti coloro che avevano bisogno di protezione rientravano nelle definizioni giuridiche di rifugiato, basate all'epoca sulla nazionalità, ed in alcune occasioni avevano esteso loro la protezione spettante ai rifugiati¹⁶³.

Questa pratica venne interrotta a partire dagli anni '80, quando politiche più restrittive imposero di differenziare i rifugiati riconosciuti tali dalla Convenzione di Ginevra rispetto agli altri soggetti richiedenti protezione¹⁶⁴.

Emerse in questi anni nella comunità internazionale l'esigenza di disciplinare e armonizzare le differenti pratiche che gli Stati stavano adottando in risposta alle richieste di protezione non coperte dalla Convenzione di Ginevra.

¹⁶² J. McADAM, *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, No.3, p. 461.

¹⁶³ La Francia, ad esempio, aveva esteso lo *status* di rifugiato previsto dalla Convenzione relativa allo *status* internazionale dei rifugiati del 1933 - la cui applicazione era limitata ai rifugiati di nazionalità russa, armena e di altre nazionalità assimilate - ai rifugiati spagnoli che fuggivano dalla guerra civile.

¹⁶⁴ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op.cit.*, p. 287.

L'UNHCR auspicava l'aggiunta di principi complementari ai tradizionali principi previsti per i rifugiati¹⁶⁵, soprattutto per diminuire il divario tra i soggetti rientranti nel mandato dell'UNHCR e i soggetti tutelati dagli Stati in base agli obblighi internazionali.

Come vedremo in questo capitolo, l'Assemblea Generale dell'ONU ha infatti posto sotto la tutela dell'UNHCR soggetti non rientranti nella Convenzione di Ginevra. L'esigenza di diminuire il divario tra i cd. rifugiati "sotto mandato" e i soggetti a cui è riconosciuta protezione formale da parte degli Stati deriva anche dal fatto che, in base allo Statuto dell'UNHCR, i governi hanno il dovere di cooperare con l'Alto Commissariato nell'espletamento delle funzioni riguardanti tutti i soggetti di sua competenza, inclusi coloro che non rientrano nella definizione convenzionale di rifugiato¹⁶⁶.

Il punto di svolta nella discussione si raggiunse con l'interpretazione che all'inizio degli anni '90 venne data alle norme sul divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti contenute nei trattati sui diritti umani, la quale portò all'individuazione del principio di *non-refoulement* come principio di diritto internazionale più ampio rispetto a quello previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra.

Alla luce di questa interpretazione, venne definita protezione complementare l'attuazione del principio di *non-refoulement* così come scaturente dal diritto internazionale dei diritti umani¹⁶⁷.

Il tentativo di armonizzazione a livello internazionale portò soltanto all'emanazione di una conclusione non vincolante da parte del Comitato Esecutivo dell'UNHCR nel 2005, strumento di *soft law* che ha richiamato gli Stati a rispettare gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra, dal diritto internazionale dei diritti umani, dai trattati sull'apolidia e dal diritto umanitario, indicando le forme complementari di protezione come «strumento positivo di risposta a certe necessità»¹⁶⁸.

¹⁶⁵ UNHCR, *Solution to the Refugee Problem and the Protection of Refugees*, 23 agosto 1989, par. 8 disponibile a <<http://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cd21c/solution-refugee-problem-protection-refugees.html>>.

¹⁶⁶ General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950, *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, disponibile a:<<http://www.unhcr.org/3b66c39e1.pdf>>, p. 4.

¹⁶⁷ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op.cit.*, p. 285 e ss.

¹⁶⁸ UNHCR, *Conclusion on the Provision on International Protection Including Through Complementary Forms of Protection*, n. 103 (LVI) - 2005, par. h) disponibile a <<http://www.unhcr.org/excom/exconc/43576e292/conclusion-provision-international-protection-including-complementary-forms.html>>.

L'unico strumento sovranazionale vincolante di armonizzazione della protezione complementare è stato adottato dagli Stati membri dell'Unione Europea nel 2004 con la direttiva qualifiche¹⁶⁹, che ha unificato le varie forme di protezione complementare adottate dagli Stati attraverso l'istituzione della protezione sussidiaria.

La necessità di armonizzare le pratiche a livello europeo è emersa soprattutto perché le differenze, sia in termini di requisiti che di diritti sostanziali offerti, avevano creato problemi di *international burden sharing*¹⁷⁰.

La direttiva è stata in realtà criticata per non avere creato un nuovo regime di protezione complementare basato sui trattati sui diritti umani, ma essersi limitata a codificare le pratiche esistenti negli Stati membri, adottando inoltre un'interpretazione restrittiva delle stesse¹⁷¹.

¹⁶⁹ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, *recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, successivamente modificata dalla direttiva 2011/95/UE.

¹⁷⁰ Nel rapporto del 1998 della Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni al Parlamento Europeo era stata sollevata la necessità di armonizzazione alla luce del fatto che «*differences between the legal system of the Member States may well cancel out the Union's current efforts to promote a better spread of responsibilities with regard to reception and residence of persons seeking protection, and may harm the spirit of solidarity between the Member States*». J. McADAM, *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, No.3, DOI: <<https://doi.org/10.1093/ijrl/eei018>>, p. 466.

¹⁷¹ J. McADAM, *The European Union Qualification Directive*, cit., p. 464 e ss.

1. Gli obblighi derivanti dal diritto internazionale

1.1 I soggetti meritevoli di protezione dall'UNHCR conformemente al mandato ricevuto dall'Assemblea Generale dell'ONU

L'UNHCR ha il ruolo primario di provvedere alla protezione internazionale e all'assistenza umanitaria e di ricercare soluzioni permanenti per le persone che rientrano nel mandato conferitogli dallo Statuto dell'UNHCR¹⁷².

La definizione di “rifugiato” contenuta nello Statuto dell'UNHCR è simile ma non identica a quella contenuta nella Convenzione di Ginevra.

Sono indicati col termine “rifugiati sotto mandato” i soggetti che l'UNHCR considera rifugiati in base al proprio Statuto o al più ampio mandato attribuitogli dall'Assemblea Generale dell'ONU.

Tra questi rientrano anche persone a cui non è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato secondo la Convenzione.

Può essere questo il caso di un soggetto che si trovi in uno Stato non firmatario della Convenzione oppure in uno Stato che applichi ancora limitazioni temporali o geografiche o ancora che non abbia istituito le procedure per valutare le richieste¹⁷³.

Il mandato dell'UNHCR è stato inoltre ampliato da successive risoluzioni dell'Assemblea Generale e del Consiglio Economico e Sociale (ECOSOC) delle Nazioni Unite, includendo la protezione di vari gruppi di persone che non rientrano nella Convenzione sui rifugiati.

I gruppi di persone coperti dal mandato dell'UNHCR sono, oltre ai rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra:

- d) le persone in fuga da conflitti o da avvenimenti che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico e i rifugiati ai sensi della Convenzione dell'OUA e dalla Dichiarazione di Cartagena;
- e) i rimpatriati;
- f) gli apolidi;
- g) gli sfollati all'interno dei propri paesi (in determinate circostanze);

¹⁷² *Statute of the Office of the High Commissioner for Refugees*, Risoluzione dell'Assemblea Generale n. 428 (V) - 1950, par. 1, 8, 9 e 10, disponibile a <<http://www.unhcr.org/protection/basic/3b66c39e1/statute-office-united-nations-high-commissioner-refugees.html>>.

¹⁷³ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op.cit.*, p. 52 e ss.

h) altri soggetti in ipotesi particolari¹⁷⁴.

Nel primo gruppo rientrano i rifugiati ai sensi delle definizioni più estese contenute nei citati strumenti regionali. La *Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa del 1969* dell'Organizzazione dell'Unità Africana ha aggiunto alla persecuzione, come ragione di fuga dei rifugiati, le situazioni di «*aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell'ordine pubblico in tutto o in parte del Paese d'origine o cittadinanza*»¹⁷⁵. Similmente, la *Dichiarazione di Cartagena del 1984*, adottata da una conferenza di rappresentanti di governi latino-americani, include tra i rifugiati le persone che fuggono «*perché le loro vite, la loro sicurezza o la loro libertà sono state minacciate da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, un conflitto interno, una violenza massiccia dei diritti dell'uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico*»¹⁷⁶.

Nel medesimo gruppo rientrano anche le vittime di avvenimenti particolarmente gravi - come i civili coinvolti in conflitti, le popolazioni assediata o colpite in altro modo - specialmente nei casi in cui risulta irragionevole trattarli in maniera diversa rispetto alle altre categorie di competenza dell'Alto Commissariato¹⁷⁷.

I rimpatriati sono i rifugiati che hanno deciso di fare ritorno nel loro Paese d'origine, spontaneamente oppure come conseguenza delle clausole di cessazione contenute nella Convenzione del 1951 e negli strumenti regionali¹⁷⁸.

In via teorica, tali soggetti non sono più rifugiati e dovrebbero essere esclusi dalla competenza dell'Alto Commissariato¹⁷⁹.

Tuttavia, lo Statuto dell'UNHCR ha affidato all'Alto Commissariato, in collaborazione con i governi, la funzione di promozione al rimpatrio volontario dei rifugiati, riaffermata in successive risoluzioni dell'Assemblea Generale - sia in termini generali che in riferimento a specifiche

¹⁷⁴ È il caso dei palestinesi che si trovano al di fuori dell'area geografica di attività dell'UNRWA. L'UNRWA e l'UNHCR sono complementari nella protezione dei palestinesi perché, mentre la prima ha un mandato limitato a cinque aree territoriali (Gaza, West Bank, Libano, Giordania e Siria), il secondo ha un mandato globale.

¹⁷⁵ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 288.

¹⁷⁶ UNHCR, *The Mandate and the Organization. An Operations Management Handbook for UNHCR's Partners*, Febbraio 2003, disponibile a <<http://refugeestudies.org/UNHCR/UNHCR.%20Mandate%20and%20the%20Organization.pdf>>, p. 8.

¹⁷⁷ La competenza nei confronti di questi soggetti rientra nella cd. "good offices" function dell'UNHCR. Cfr. UNHCR, *Note on the Mandate of the High Commissioner for Refugees and His Office*, Division of Internal Protection, Ottobre 2013, disponibile a <<http://www.unhcr.org/526a22cb6.pdf>>, p. 10.

¹⁷⁸ Cfr. Art. 1C(5) e (6) della Convenzione del 1951; Art. 1(4) della Convenzione dell'OUA.

¹⁷⁹ UNHCR, *The Mandate and the Organization*, *cit.*, p. 22.

situazioni di rimpatriati¹⁸⁰ - e in diverse conclusioni dell'ExCom¹⁸¹. Il ruolo dell'UNHCR, che inizialmente si limitava alla fase precedente all'ingresso nel Paese di origine, è stato poi esteso all'assistenza alla reintegrazione dei rimpatriati e al monitoraggio del loro trattamento affinché siano loro riconosciuti i medesimi diritti e libertà fondamentali degli altri cittadini¹⁸². L'UNHCR svolge il ruolo di catalizzatore nel processo di reintegrazione, incoraggiando i governi nazionali a prevedere piani per il loro reinserimento, con il supporto di organizzazioni di cooperazione allo sviluppo e di altre agenzie delle Nazioni Unite¹⁸³.

Gli apolidi sono persone che nessuno Stato considera, sulla base delle proprie leggi, suoi cittadini.

Lo stato di apolide può comportare gravi riduzioni dei diritti politici e socio-economici, come il diritto al lavoro, al matrimonio, all'educazione, al voto, e, in alcuni casi, il diritto di proprietà e di iniziare un'attività commerciale. Per questi motivi l'apolidia è spesso un fattore di incremento della povertà e della marginalizzazione¹⁸⁴.

Le Nazioni Unite hanno riconosciuto la rilevanza dell'apolidia come fenomeno lesivo del diritto alla cittadinanza protetto dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani¹⁸⁵ e hanno stipulato due specifiche convenzioni internazionali.

La *Convenzione del 1954 sullo status degli apolidi* ha lo scopo di obbligare gli Stati a identificare gli apolidi presenti sul loro territorio e assicurare che siano loro riconosciuti i diritti e le libertà fondamentali senza alcuna discriminazione. La *Convenzione del 1961 sulla riduzione dell'apolidia* ha invece lo scopo principale di prevenire l'apolidia tramite l'individuazione di misure tese a prevenirla in caso di cessione di un territorio¹⁸⁶ e regole per la concessione della nazionalità a

¹⁸⁰ Cfr. Risoluzione 40/118 del 1985; Risoluzione 1672 (XVI) del 1961.

¹⁸¹ Cfr. Conclusione 18 (XXXI) del 1980; Conclusione 40 (XXXVI) del 1985; Conclusione 74 (XLV) del 1994. Si veda la sintesi dei documenti citati in *UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: International Protection*, Ginevra, 1996. Il manuale riporta inoltre specifiche situazioni di rimpatrio in cui la responsabilità dell'UNHCR è stata richiamata dal Segretario Generale, tra le quali i rimpatri in Vietnam nel 1990, in Cambogia nel 1991 e in Ex-Yugoslavia nel 1991.

¹⁸² Cfr. UNCHR, *The Mandate and the Organization*, cit., p. 8; UNHCR, *Note on the Mandate of the High Commissioner for Refugees and His Office*, Division of Internal Protection, Ottobre 2013, disponibile a <<http://www.unhcr.org/526a22cb6.pdf>>, p. 7.

¹⁸³ UNCHR: *The Mandate and the Organization*, cit., p. 23.

¹⁸⁴ ILPA (Immigration Law Practicioners' Association) and University of Liverpool Law Clinic, *Statelessness and applications for leave to remain: a best practice guide*, Londra, Novembre 2016, p. 6.

¹⁸⁵ L'articolo 15 della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948* cita «Ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza.»

¹⁸⁶ La definizione di nuovi confini territoriali è infatti una delle cause di apolidia, legata spesso al fenomeno dello sffollamento. UNHCR (in collaborazione con), *Protezione dei rifugiati*, cit., p. 26.

persone che sarebbero altrimenti apolidi¹⁸⁷. Le Convenzioni non godono di ampia ratifica da parte degli Stati¹⁸⁸ ed in generale si può affermare che in molti Stati la protezione degli apolidi sia meno sviluppata di quella dei rifugiati¹⁸⁹.

Come descritto nel capitolo precedente, l'apolide non è necessariamente un rifugiato: solo l'apolide che soddisfi i requisiti della definizione di rifugiato potrà invocare la protezione derivante dallo *status*.

Mentre la competenza dell'UNHCR nei confronti degli apolidi rifugiati trova conferma nell'articolo 1A (2) della Convenzione del 1951 e nel paragrafo 6 (A) (II) dello Statuto dell'UNHCR, il ruolo dell'Alto Commissariato nei confronti dell'intera categoria degli apolidi, inclusi coloro che sono privi dello *status* di rifugiato, è deducibile da successive risoluzioni dell'Assemblea Generale e conclusioni del Comitato Esecutivo.

Le risoluzioni 3274 XXIV del 10 dicembre 1974 e 31/36 del 30 novembre 1976 hanno designato l'UNHCR quale soggetto a cui le persone richiedenti i benefici della Convenzione del 1961 sulla riduzione dell'apolidia devono rivolgersi per ricevere assistenza nella presentazione delle richieste alle autorità competenti¹⁹⁰.

Nel 1995 il Comitato Esecutivo ha ulteriormente ampliato il mandato, richiedendo all'UNHCR di fornire ai governi consulenza tecnica e giuridica per le normative nazionali in tema di cittadinanza, ai fini non solo di proteggere gli apolidi ma anche di prevenire l'apolidia.

Con la risoluzione 51/75 del 1996 l'Assemblea Generale ha chiesto all'UNHCR di promuovere l'adesione da parte degli Stati alle due Convenzioni internazionali in materia di apolidia.

In sintesi, il mandato dell'UNHCR consiste nella protezione degli apolidi e nell'identificazione, la prevenzione e la riduzione dell'apolidia¹⁹¹.

Gli sfollati¹⁹², secondo i *Principi Guida delle Nazioni Unite sullo sfollamento delle persone all'interno del loro paese*, sono «le persone che sono state costrette od obbligate ad abbandonare le

¹⁸⁷ UNHCR (in collaborazione con), *Protezione dei rifugiati*, cit., p.27.

¹⁸⁸ A giugno 2013 solo 77 Stati avevano aderito alla Convenzione del 1954 e 51 a quella del 1961. Cfr. HATHAWAY J.C., FOSTER M., *op. cit.*, p. 65.

¹⁸⁹ ILPA, *Statelessness*, cit., p. 6.

¹⁹⁰ Lo Statuto prevede agli articoli 11 e 20 la designazione di un organo con tale funzione. Il conferimento della funzione all'UNHCR è stato poi riconfermato dalla risoluzione 51/75 del 12 Dicembre 1996. Si veda l'elenco delle risoluzioni dell'Assemblea Generale di particolare rilevanza in materia di apolidia e cittadinanza su <<http://www.refworld.org/pdfid/4c49a02c2.pdf>>.

¹⁹¹ UNHCR, *Note on the mandate*, cit., p. 8.

¹⁹² Il termine “sfollato” è usato come traduzione dell'espressione inglese *Internally Displaced Person (IDP)*.

loro case o i luoghi di residenza abituale soprattutto a causa di un conflitto armato, situazioni di violenza generalizzata, violazioni dei diritti umani, disastri naturali o provocati dall'uomo, o allo scopo di sfuggire alle loro conseguenze, e che non hanno attraversato le frontiere internazionalmente riconosciute di uno Stato»¹⁹³.

Nonostante siano milioni gli sfollati nel mondo, non esiste ad oggi un'agenzia né un trattato internazionale che si occupi specificamente del fenomeno.

Tuttavia, va ricordato che l'UNHCR è stato istituito anche per far fronte al problema degli apolidi e degli sfollati nel dopoguerra¹⁹⁴. Diverse risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU hanno affermato l'interesse dell'UNHCR per gli sfollati, derivante dal fatto che il fenomeno è strettamente collegato alle cause e conseguenze della fuga forzata dei rifugiati. Perciò, nonostante gli sfollati non rientrino nella Convenzione di Ginevra, né nello Statuto dell'UNHCR, l'Alto Commissariato ha preso posizione a loro favore mobilitandosi per trovare risposte ai loro problemi, per proteggerli e assisterli in determinate circostanze¹⁹⁵.

L'Assemblea Generale¹⁹⁶ ha stabilito che l'UNHCR può intervenire a favore degli sfollati in presenza di:

- una richiesta specifica o autorizzazione da parte dell'Assemblea Generale o da un altro organismo competente delle Nazioni Unite;
- il consenso dello Stato interessato ed eventualmente di altre entità coinvolte nel conflitto;
- l'accesso alla popolazione colpita;
- adeguate condizioni di sicurezza per il personale dell'UNHCR;
- collaborazione con agenzie partner;
- risorse e capacità adeguate al compito.

¹⁹³ UNHCR, *Guiding Principles on Internal Displacement*, doc: OCHA/IDP/2004/01, giugno 2001, Introduzione, par. 2.

¹⁹⁴ UNHCR, *Note on the mandate*, cit., p. 1.

¹⁹⁵ UNHCR (in collaborazione con), *Protezione dei rifugiati*, cit., p. 28 e ss.

¹⁹⁶ Risoluzione 48/116 del 20 Dicembre 1993, par. 12.

1.2 Le fonti del principio di non-refoulement nel diritto internazionale dei diritti umani

Mentre lo *status* giuridico che può essere riconosciuto agli stranieri, seppure nel quadro dei principi e delle regole di diritto internazionale e comunitario, è di competenza degli Stati ospitanti, la tutela dei diritti umani è materia principalmente regolata dai trattati internazionali e dai principi del diritto internazionale generale¹⁹⁷.

Come descritto nel capitolo I, i soggetti che non rientrano nella definizione di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra possono comunque accedere al livello “minimo” di tutela invocando il principio di *non refoulement* derivante dagli strumenti di diritto internazionale dei diritti umani, riconosciuto norma consuetudinaria di diritto internazionale generale e di *jus cogens* e, come vedremo, avente contenuto più ampio del principio statuito nell’articolo 33 della Convenzione di Ginevra.

Alcuni trattati sui diritti umani contengono previsioni che vietano espressamente il *refoulement*; altri non contengono divieti espliciti in tal senso, ma disposizioni che sono state interpretate come divieti impliciti a misure quali l’espulsione, il respingimento o il *refoulement* degli stranieri verso Paesi in cui rischiano di subire torture o altre pene o trattamenti disumani o degradanti¹⁹⁸.

Nel primo gruppo rientra l’articolo 3 della *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, conclusa nel 1984 dalle Nazioni Unite, che stabilisce: «*no State Party shall expel, return (refouler) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture*». A livello regionale, contengono riferimenti espliciti al divieto di *refoulement* la Convenzione dell’OUA del 1969, la Convenzione americana sui diritti umani del 1969 e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea del 2000¹⁹⁹.

Nel secondo gruppo rientrano invece l’articolo 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966 e l’articolo 3 della *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo* del 1950.

Entrambi contengono divieti di tortura e di pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, che sono stati interpretati, rispettivamente dal Comitato per i Diritti Umani e dalla Corte Europea dei

¹⁹⁷ C. AMIRANTE, M. PASCALI, *Alien. Immigrazione clandestina e diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 15.

¹⁹⁸ W. KÄLIN, *Limits To Expulsion Under the ICCPR* in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell’Uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, CEDAM, 2003, p. 144.

¹⁹⁹ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 378.

Diritti dell'Uomo, come ostacoli a misure di allontanamento di persone soggette ad un rischio concreto di subire tali trattamenti²⁰⁰.

1.3 L'attuazione dei diritti tutelati dai trattati sui diritti umani

Il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e la *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* sono trattati per i quali sono stati previsti organi specifici che ne monitorino l'implementazione: rispettivamente, il Comitato per i diritti umani ed il Comitato contro la tortura. Entrambi sono formati da gruppi di esperti che hanno il mandato di agire in maniera indipendente, non in rappresentanza degli Stati di loro nazionalità.

A questi organi è stata inoltre conferita la funzione di interpretare il contenuto delle disposizioni dei trattati, realizzata attraverso la pubblicazione di *general comments*.

L'articolo 7 del Patto del 1966 è stato oggetto di interpretazione da parte del Comitato per i diritti umani che nel 1992 ne ha ricavato il principio di *non-refoulement*²⁰¹, ritenuto applicabile anche nei casi in cui la presenza della persona interessata nel territorio dello Stato risulti illegittima²⁰².

Due anni dopo il Comitato contro la tortura ha indicato i criteri da utilizzare per valutare se l'espulsione di uno straniero costituisca violazione dell'articolo 3 della Convenzione: in particolare, il gruppo di esperti ha stabilito che il ricorso contro l'espulsione vada accolto solo nei casi in cui il ricorrente sia soggetto ad un rischio *personale* di essere sottoposto a tortura²⁰³.

²⁰⁰ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 286.

²⁰¹ Nel 1992 il Comitato sui Diritti Umani ha rilevato che «*States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel or inhuman or degrading treatment or punishment on return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement*». *ICCPR General Comment No.20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10 marzo 1992, par. 9 disponibile a <<http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>>. Cfr. LENZERINI F., *op. cit.*, p. 358.

²⁰² W. KÄLIN, *Limits To Expulsion Under the ICCPR* in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'Uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, CEDAM, 2003, p.156.

²⁰³ Nella decisione del 27 Aprile 1994 (relativa alla comunicazione No. 13/1993 *Balabou Mutombo v. Switzerland*) il Comitato ha specificato che, se da un lato la presenza di violazioni dei diritti umani nel Paese di ritorno non è sufficiente a far scattare il divieto di *refoulement*, essendo appunto richiesto un rischio *personale*, dall'altro l'assenza di sistematiche violazioni non esclude che tale rischio possa sussistere nei confronti del soggetto interessato. Cfr. *ILPA Article 3 ECHR and UNCAT and humanitarian protection in selected countries, Supplementary report 1*, Londra, Agosto 1997, p. 3; LENZERINI F., *op. cit.*, p. 362.

Il Comitato per i Diritti Umani e il Comitato contro la Tortura ammettono, a certe condizioni²⁰⁴, ricorsi individuali da parte dei cittadini degli Stati parte, ma la loro efficacia nel contrasto alle violazioni dei trattati è limitata dal momento che non svolgono funzioni giurisdizionali e, in caso di accertata violazione, inoltrano allo Stato e al ricorrente osservazioni, fino a poco tempo fa considerate solo “moralmente” vincolanti²⁰⁵. Nei trattati sono previsti anche meccanismi con cui uno Stato parte può denunciare al Comitato violazioni da parte di Stati terzi²⁰⁶. Ricorsi interstatali di questo tipo non sono però mai stati attivati, probabilmente per due ragioni: in primo luogo in molti casi solo la popolazione dello Stato inadempiente risente degli effetti delle violazioni, in secondo luogo generalmente i governi non hanno interessi materiali a denunciare violazioni da parte di altri Stati²⁰⁷.

Per questi motivi, la funzione di monitoraggio dei Comitati non risulta effettiva nel contrasto alle singole violazioni, ma agisce nel lungo termine con lo scopo di modificare le strutture di governo e di potere che sono all’origine di sistematiche violazioni dei trattati²⁰⁸.

L’unico trattato sui diritti umani dotato di una Corte competente ad analizzare i ricorsi individuali e di un meccanismo effettivo di accesso da parte dei singoli cittadini è la *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo* (Cedu).

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Corte Edu) è stata istituita dall’articolo 19 della Cedu «per assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalle Alte Parti contraenti della presente Convenzione e dai suoi protocolli». Per rendere effettivo il ruolo della Corte, l’articolo 34 permette ad ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati di presentare ricorsi individuali alla Corte per violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. La giurisdizione della Corte Edu è sussidiaria rispetto a quella nazionale per il fatto che in base all’articolo 13 «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati ha diritto di presentare un ricorso davanti ad una magistratura nazionale» e che la prima condizione di

²⁰⁴ Il Comitato contro la tortura ammette ricorsi individuali solo da parte di cittadini degli Stati che hanno firmato la dichiarazione prevista all’articolo 22 della Convenzione. La dichiarazione è necessaria per procedere dal momento che in base all’articolo 22 «*no communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party which has not made such a declaration*». Similmente, il Patto del 1966 ammette ricorsi individuali solo se lo Stato di origine del cittadino ha firmato il relativo Protocollo Opzionale.

²⁰⁵ H.J. STEINER, *International Protection Of Human Rights* in M. EVANS, *International law*, third edition, Oxford University Press, 2010, p. 795.

²⁰⁶ Anche in questo caso è necessario che gli Stati su cui verte la denuncia abbiano firmato dichiarazioni con cui accettano la competenza dei Comitati a riguardo.

²⁰⁷ H.J STEINER, *op.cit.*, p. 800.

²⁰⁸ H.J STEINER, *op.cit.*, p. 802.

ricevibilità di un ricorso alla Corte Edu è l'esaurimento delle vie di ricorso interne²⁰⁹. Il ruolo della giurisprudenza della Corte Edu nella protezione di coloro che sono a rischio di maltrattamenti nei loro Paesi d'origine ed in generale della protezione dei diritti umani è stato negli ultimi decenni e continua ad essere primario sia nella risoluzione dei casi singoli, grazie al meccanismo di esecuzione delle sue sentenze²¹⁰, che nella creazione di un'interpretazione uniforme della Convenzione in tutti gli Stati parte.

1.4 La tutela derivante della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Il potere di allontanamento attraverso l'invio o il rimpatrio dello straniero nel Paese di origine o da cui proviene è una tipica manifestazione della sovranità dello Stato, legata al potere di controllo che ogni Stato esercita sul proprio territorio, sulle frontiere e sulle persone che le attraversano²¹¹.

A differenza della Convenzione contro la tortura, la Cedu riconosce il principio di *non-refoulement* non per espressa previsione ma grazie all'interpretazione che la Corte Edu, organismo di controllo del rispetto degli obblighi sanciti dalla Cedu e dai suoi protocolli, ha dato dell'articolo 3.

La giurisprudenza della Corte ha reso l'articolo 3 strumento di attuazione del principio di *non-refoulement*, individuando nel divieto di tortura e trattamenti o pene disumani o degradanti un limite per gli Stati contraenti del potere di espellere, estradare o rinviare in qualsiasi modo un individuo verso territori dove possa subire tali trattamenti.

La pietra miliare della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia è rappresentata dalla sentenza del 1989 sul caso *Soering c. Regno Unito*, che affermò il divieto di estradizione degli stranieri verso territori in cui rischiano di subire violazioni rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 3²¹².

²⁰⁹ N. MOLE, C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2010, p. 213 e ss.

²¹⁰ Cfr. E. LAMBERT-ABDELGAWARD, *The Execution Of Judgement Of The European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2008.

²¹¹ B. NASCIMBENE, *Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero* in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'Uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, CEDAM, 2003, p. 186.

²¹² Nel caso *Soering c. Regno Unito* la Corte vietò l'extradizione del ricorrente da parte del Regno Unito verso gli Stati Uniti perché il periodo di detenzione che lo stesso avrebbe dovuto sopportare nel cosiddetto "braccio della morte" in attesa dell'esecuzione capitale avrebbe costituito trattamento disumano e degradante. Il trattamento dei detenuti condannati alla pena di morte negli Stati Uniti era stato precedentemente qualificato dalla Commissione come violazione dell'articolo 3 nel caso *Kirkwood c. Regno Unito*. Per un'analisi della giurisprudenza in materia di divieto di estradizione ed espulsione alla luce dell'art. 3 della Cedu si veda <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/carcere/gori/cap2.htm>>.

Due anni dopo, la Corte stabilì con due importanti sentenze che l'espulsione verso territori a rischio viola l'articolo 3 in quanto costituisce elemento cruciale nella catena di eventi che possono avere come conseguenza la sottoposizione del soggetto a tali trattamenti²¹³.

Tra le misure di allontanamento vincolate al rispetto dell'articolo 3 della Cedu sono stati compresi anche i respingimenti, alla frontiera o in mare.

È ormai consolidato infatti l'orientamento della Corte Edu che conferisce natura extraterritoriale al principio di *non-refoulement*. Come chiarito nella sentenza sul caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*²¹⁴ - dove i respingimenti erano avvenuti in acque internazionali a bordo di navi militari battenti bandiera italiana - ogni volta in cui uno Stato eserciti attraverso suoi agenti controllo e autorità su un individuo, si può parlare di esercizio extraterritoriale della giurisdizione e di responsabilità degli Stati per eventuali violazioni della Cedu²¹⁵. Secondo i giudici di Strasburgo con il respingimento in mare ai danni di 24 potenziali richiedenti asilo, somali ed eritrei, l'Italia ha violato l'articolo 3 della Cedu perché, anche se avvenuta in acque internazionali, l'operazione ha costituito esercizio extraterritoriale della giurisdizione.

La Corte in questa sentenza fa derivare dall'articolo 3 della Cedu anche un altro importante principio, già applicabile secondo l'interpretazione dell'UNHCR all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra: si tratta del cd. principio di *refoulement* "indiretto", che obbliga lo Stato che procede al rinvio di un individuo ad assicurarsi che lo Stato di destinazione non solo non lo sottoponga a trattamenti contrari alla Cedu, ma non proceda neanche ad un ulteriore rinvio dell'individuo verso un Paese in cui potrebbe subire tali trattamenti²¹⁶.

I respingimenti nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, avvenuti a seguito degli accordi Italia-Libia, sono stati ritenuti illegittimi anche per violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 alla Cedu, che proibisce le espulsioni collettive degli stranieri. Pur non trattandosi formalmente di espulsioni, in quanto le persone non erano ancora arrivate sul territorio dello Stato e mancavano formali

²¹³ Corte Edu, 20 marzo 1991, *Cruz Varas c. Svezia*; Corte Edu, 30 ottobre 1991, *Vilvarajah c. Regno Unito*.

²¹⁴ Corte Edu, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

²¹⁵ La natura extraterritoriale del principio è stata recentemente confermata nel caso *Kebe e altri c. Ucraina* in cui la Corte ha ritenuto i ricorrenti sotto la giurisdizione dell'Ucraina nonostante questi si trovassero a bordo di una nave battente bandiera maltese, in virtù del controllo effettivo esercitato su di loro dagli agenti ucraini che erano saliti a bordo della nave. Corte Edu, *Kebe e altri c. Ucraina*, 12 gennaio 2017.

²¹⁶ Nel caso in esame, il fatto che la Libia non avesse ratificato la Convenzione di Ginevra e l'assenza nel Paese di qualunque procedura di asilo, così come verificato dagli osservatori internazionali, erano indicatori del rischio concreto di rimpatrio forzato dei ricorrenti in Somalia ed Eritrea. A. FIORINI, *Italia condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo - Sentenza Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, disponibile a <<http://www.meltingpot.org/Italia-condannata-dalla-Corte-europea-dei-diritti-dell-uomo.html#.WcFsWK17GgQ>>.

provvedimenti amministrativi²¹⁷, visto il sempre più frequente ricorso degli Stati ai respingimenti in mare come strumento di controllo dell'immigrazione, l'articolo 4 è stato esteso a questo tipo di situazioni, al fine di «rendere le sue garanzie concrete ed efficaci, non illusorie» ed impedire in tal modo agli Stati di espellere gli stranieri senza esaminare le loro circostanze personali²¹⁸.

Con la recente sentenza *N.D e N.T. c. Spagna*²¹⁹ la Corte Edu ha condannato la Spagna per aver violato l'articolo 4 del Protocollo n. 4 alla Cedu a seguito dei respingimenti alla frontiera tra il Marocco e l'*enclave* spagnola di Melilla.

Il governo spagnolo aveva tentato di giustificare le espulsioni collettive adducendo che l'area compresa tra la tripla recinzione alla frontiera col Marocco non fosse territorio spagnolo²²⁰: la Corte Edu non si è espressa sui confini territoriali, ma ha condannato la Spagna sulla base dell'esercizio extraterritoriale della giurisdizione²²¹, rappresentato in questo caso dal contatto dei ricorrenti con gli agenti della *Guardia Civil* spagnola, i quali hanno prima tentato di allontanare coloro che stavano oltrepassando la recitazione, poi arrestato e riportato in Marocco chi era riuscito a superare le barriere negando l'accesso alle procedure di richiesta di protezione internazionale.

Strettamente collegata alle espulsione collettive è poi la violazione del diritto ad un ricorso effettivo previsto dall'articolo 13 Cedu: sia nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* che nella sentenza *N.D e N.T. c. Spagna* i governi sono stati condannati anche per aver violato questa norma.

L'ambito di applicazione soggettiva dell'articolo 3 della Cedu è più ampio rispetto a quello del principio di *non-refoulement* statuito dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra: mentre quest'ultimo è limitato ai rifugiati che siano a rischio di persecuzioni a causa della loro razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o opinione politica, l'articolo 3

²¹⁷ A riguardo la giurisprudenza della Corte Edu aveva in realtà già chiarito che formali provvedimenti amministrativi non sono necessari e che vengono considerate espulsioni collettive tutte le misure, inclusi i comportamenti materiali, che obbligano gli stranieri "in quanto gruppo" a lasciare un Paese. V. ASGI, *Respingimenti. Scheda a cura di Sergio Romanotto e Paolo Bonetti*, 14 Settembre 2009, p. 18.

²¹⁸ Corte Edu, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 177. Cfr. A. FIORINI, *op. cit.*

²¹⁹ Corte Edu, 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

²²⁰ AMNESTY INTERNATIONAL, *Fear and Fences - Europe's approach to keeping refugees at bay*, 2015, disponibile all'indirizzo: <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur03/2544/2015/en/>>, p. 31.

²²¹ Corte Edu, 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 54.

protegge dalla tortura e dai trattamenti disumani o degradanti a prescindere dalla causa per la quale sono stati perpetrati, e si estende a tutti i soggetti indipendentemente dal loro *status*²²².

L'articolo 3 si applica indipendentemente dalla condizione di regolarità o irregolarità dello straniero: possono quindi avvalersi della protezione della Cedu anche soggetti che non rientrano nello *status* di rifugiato oppure che ne sono stati esclusi in base alle clausole di esclusione e di cessazione contenute negli articoli 1F, 1C e 1D della Convenzione.

Ciò ha trovato conferma nella sentenza *Chahal c. Regno Unito* in cui la Corte ha sottolineato il carattere incondizionato dell'articolo 3 ed, in particolare, l'irrelevanza dei comportamenti del soggetto considerato, esprimendosi in questi termini: «[...]the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection afforded by article 3 is thus wider than that provided by Article 32 and 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees [...]»²²³.

L'articolo 3 è inserito tra le norme inderogabili elencate nell'articolo 15 della Cedu e secondo la Corte costituisce «uno dei valori fondamentali delle società democratiche facenti parte del Consiglio d'Europa». Nessuna deroga o eccezione è dunque ammessa per nessuna circostanza, né per motivi di sicurezza della nazione o ordine pubblico²²⁴. La natura assoluta e inderogabile del divieto di allontanamento verso Paesi a rischio ha trovato conferma nel caso *Saadi c. Italia*, in cui la Corte ha negato la possibilità di qualsiasi *fair balance* tra il divieto sancito dall'articolo 3 e le esigenze di tutela della collettività, nel caso di specie rappresentate dalla lotta al terrorismo internazionale²²⁵.

²²² Nel caso *Ahmed c. Austria* il fatto che al ricorrente fosse stato precedentemente riconosciuto lo *status* di rifugiato è stato considerato esclusivamente come elemento comprovante il rischio di subire torture o trattamenti disumani e degradanti e non come requisito per l'applicazione del principio di *non-refoulement*. Nel caso di specie, infatti, l'espulsione è stata dichiarata contraria all'articolo 3 nonostante il ricorrente avesse perso lo *status* di rifugiato a causa di una condanna per un crimine considerato particolarmente grave, che aveva innescato la clausola di esclusione costituita dall'articolo 33(2) della Convenzione di Ginevra. V. Corte Edu, 17 dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*. Cfr. UNHCR, *Manual on Refugee Protection and the ECHR, Part 2.1 - Fact Sheet on Article 3*, 1 Agosto 2006, disponibile a <<http://www.unhcr.org/3ead2d262>>.

²²³ Corte Edu, 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, par. 79 e 80. Il principio è stato poi ribadito dalla Corte Edu nei casi *Ahmed c. Austria* (17 dicembre 1996), *Salah Sheekh c. Paesi Bassi* (11 gennaio 2007).

²²⁴ Nel caso *Irlanda c. Regno Unito* la Corte ha chiarito che nessuna giustificazione è ammessa per atti in violazione della disposizione e ha aggiunto «there can be no derogation even in the event of a public emergency threatening the life of the nation». Cfr. UNHCR, *Manual on refugee protection, cit.*, p. 6.

²²⁵ Nel caso *Saadi c. Italia* la Corte ha dichiarato l'espulsione di un giovane tunisino, ritenuto parte di una cellula terroristica di matrice islamica, contraria all'art. 3 Cedu di fronte al rischio di subire torture una volta detenuto in Tunisia. Si veda l'analisi della decisione in M. C. LOCCHI, *I limiti all'espulsione dello straniero tra lotta al terrorismo e diritti fondamentali non derogabili*, Università degli studi di Perugia - dipartimento di diritto pubblico, 7 gennaio 2010, disponibile a <<http://diritti-cedu.unipg.it>>.

Nel caso *Chahal* la Corte ha inoltre voluto chiarire, riferendosi in quel caso al Regolamento di Dublino, che gli accordi multilaterali riguardanti la distribuzione dei richiedenti asilo non assolvono gli Stati dalle loro responsabilità derivanti dalla Convenzione.

Lo stesso principio è stato ritenuto valido anche in riferimento agli accordi bilaterali o multilaterali di rimpatrio, come confermato dalla sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* con cui la Corte ha chiarito che «*the Contracting States' responsibility continues even after their having entered into treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention or its Protocols in respect of these States*»²²⁶.

Per valutare quali maltrattamenti rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, la Corte ha indicato come criterio utilizzabile quello della soglia minima di gravità, individuabile, caso per caso, in base alle circostanze oggettive del fatto (la durata e la gravità del trattamento) e soggettive della vittima (il sesso, l'età, le condizioni psicologiche, ecc.)²²⁷.

L'articolo 3 non fornisce una definizione di tortura o pena e trattamento inumano e degradante, ma tali concetti sono stati ricostruiti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'orientamento della Corte ha seguito l'elaborazione dottrinale nella distinzione fra trattamenti degradanti e inumani, in base alla quale i primi si caratterizzano per gli elementi di natura emotiva (in particolare, l'umiliazione della vittima), i secondi per la particolare intensità della sofferenza fisica o psicologica²²⁸. Dalla giurisprudenza della Corte si desume che entrambe le condotte non debbano necessariamente essere sorrette dall'intenzione degli autori. Secondo Cassese, «i trattamenti disumani o degradanti sono oggettivamente contrari al senso di umanità, senza che si possa necessariamente discernere un'intenzione malvagia in chi li infligge»²²⁹.

Diversamente, per quanto riguarda il concetto di tortura, la Corte Edu ha fatto propria la definizione contenuta nell'articolo 1 della Convenzione ONU del 1984, che ne individua i tratti distintivi nella

²²⁶ Cfr. Corte Edu, 23 Febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. La Corte ha condannato l'Italia per il respingimento verso la Libia di 24 cittadini somali ed eritrei, sostenendo che gli atti del governo italiano contrari alla Cedu non potevano in alcun modo essere giustificati dagli accordi bilaterali siglati con la Libia (par. 129).

²²⁷ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, 22 Dicembre 2011, in *Diritto penale contemporaneo*, numero 1/2011, disponibile a <<https://www.penalecontemporaneo.it/rivista-trimestrale/1-numero-2011-1>>, p. 224.

²²⁸ Cfr. Corte Edu, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*; Corte Edu, 29 novembre 2007, *Hummatov c. Azerbaijan*; Corte Edu, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*; Corte Edu, 26 luglio 2007, *Georgiev c. Bulgaria*. Cfr. ASGI, *La protezione sussidiaria, scheda pratica a cura di Noris Morandi e Paolo Bonetti*, 11 Marzo 2012, disponibile a <<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/protezione.sussidiaria.morandi.bonetti.11.marzo.2012.pdf>>, p. 11.

²²⁹ A. CASSESE, *Umano-disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Bari, Laterza, 1994, p. 56.

rilevante gravità e nello scopo specifico di ottenere informazioni, estorcere una confessione, infliggere una punizione, intimidire o esercitare una pressione su qualcuno²³⁰. Tuttavia, la Corte sembra talvolta ammettere un concetto di tortura più ampio di quello previsto dall'articolo 1 della Convenzione ONU, omettendo riferimenti alla necessità di un particolare fine da parte del torturatore²³¹.

Il confine fra trattamenti inumani e trattamenti degradanti nell'applicazione pratica risulta incerto, come dimostra il fatto che in alcune sentenze si utilizzi l'espressione "trattamento inumano e degradante".

La linea che separa invece, da un lato i trattamenti inumani e/o degradanti e dall'altro ipotesi di tortura, è particolarmente rilevante perché da essa dipendono conseguenze pratiche tra cui la diversa quantificazione della somma a titolo di equa riparazione ex. art. 41 della Cedu²³². Neanche tale distinzione è però sempre chiara e in certi casi la Corte si limita ad accertare genericamente la violazione dell'articolo 3 della Cedu²³³.

La tipologia di condotte in esame è molto varia, come dimostra il caso *D. c. Regno Unito*, in cui il rimpatrio di un malato terminale di AIDS nell'isola di St. Kittis è stato ritenuto contrario all'articolo 3 per l'assenza di trattamenti medici adeguati, che avrebbe causato il deterioramento e la morte del ricorrente in caso di ritorno²³⁴.

La Corte non si è spinta tuttavia ad includere nella tutela dell'articolo 3 situazioni di più generalizzata povertà o condizioni sociali svantaggiate²³⁵, né ha ammesso che le condizioni di

²³⁰ L'articolo 1 della Convenzione ONU del 1984 definisce tortura «qualsiasi atto con il quale sono inflitte ad una persona un dolore o delle sofferenze acute, con lo scopo di ottenere dalla stessa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un'azione che essa stessa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, o di intimidirla o di esercitare pressioni su di lei, o di intimidire o esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altra ragione basata su una qualunque forma di discriminazione, quando tali dolori o sofferenze sono inflitti da un pubblico ufficiale o qualsiasi altra persona che eserciti funzioni ufficiali, o su istigazione o con il suo consenso o con la sua acquiescenza espressa o tacita ».

²³¹ Corte Edu, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*; Corte Edu, 19 giugno 2007, *Ciorap c. Moldova*.

²³² L'art. 41 della Cedu cita: «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.»

²³³ A. COLELLA, *op. cit.*, p. 224.

²³⁴ Corte Edu, 2 maggio 1997, *D. c. Regno Unito*.

²³⁵ Nel caso *Anna Pancenko c. Lettonia* la Corte ha negato che il diniego della registrazione di residenza potesse arrecare alla ricorrente problemi socio-economici tali da ammontare a trattamento vietato dall'articolo 3. Cfr. UNHCR, *Manual on refugee protection*, *cit.*, p. 5.

salute del ricorrente possano di per sé costituire ostacolo all'espulsione, richiedendo la contestuale presenza di motivi umanitari contro il rimpatrio²³⁶.

Come statuito nella sentenza *Ahmed c. Austria*, la violazione dell'articolo 3 sul territorio dello Stato di destinazione non dev'essere necessariamente posta in essere da agenti statali, bensì potrebbe consistere in atti imputabili a comportamenti di persone private che le autorità statali non sono in grado di prevenire o reprimere²³⁷.

L'ambito di applicazione della Cedu non si ferma alle espulsioni vietate dall'articolo 3.

Le persone vittime dell'esercizio del potere di espulsione hanno talvolta invocato articoli diversi dall'articolo 3, aventi un rapporto solo indiretto sia con gli stranieri che con l'espulsione, ma che sono stati interpretati dalla Corte come limiti alla libertà degli Stati contraenti di espellere gli stranieri, in virtù dell'effetto cosiddetto *par ricochet*²³⁸. Le norme utilizzate per opporsi al potere di procedere alla deportazione degli stranieri sono state l'articolo 2 (diritto alla vita)²³⁹, l'articolo 6 (diritto ad un equo processo), l'articolo 13 (diritto ad un ricorso effettivo)²⁴⁰ e, soprattutto, l'articolo

²³⁶ Chiarimenti a riguardo sono stati dati nella sentenza *N. c. Regno Unito* in cui la Grande Camera ha affermato: «*the fact that the applicant's circumstances, including his life expectancy, would be significantly reduced if he were to be removed from the Contracting State is not sufficient in itself to give rise to breach of article 3. The decision to remove an alien who is suffering from a serious mental or physical illness to a country where the facilities for the treatment of that illness are inferior to those available in the Contracting State may raise an issue under Article 3, but only in a very exceptional case, where the humanitarian grounds against the removal are compelling*» (Corte Edu, 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*). In questo caso i motivi umanitari non erano stati rinvenuti e perciò il ricorso era stato rigettato. Cfr. N. MOLE, C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 2010, p. 42.

²³⁷ Nel caso *Ahmed c. Austria* lo stato di anarchia totale, causato dalla guerra civile, in cui si trovava la Somalia al momento dei fatti è stato considerato tale da non poter assicurare che il ricorrente non sarebbe stato vittima di trattamenti contrari all'articolo 3 da parte di agenti non statali (Corte Edu, 17 dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*). Malinverni sottolinea che in casi come questo l'onere della prova è duplice: oltre al rischio di un trattamento vietato dall'articolo 3 il ricorrente deve dimostrare l'incapacità dello Stato di proteggerlo dagli agenti non statali. G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione Europea* in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'Uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, CEDAM, 2003, p. 173.

²³⁸ Nel 2004 la Camera dei lord britannica, con la sentenza *Ullah c. Secretary of State for the Home Dept.*, si era spinta a suggerire che il divieto di *refoulement* fosse applicabile per la salvaguardia di ogni diritto riconosciuto dalla Convenzione e non solo in riferimento all'articolo 3. Tale interpretazione non ha tuttavia trovato conferma nella giurisprudenza della Corte. Cfr. GOODWIN-GILL G., McADAM J., *op. cit.*, p. 366.

²³⁹ La ricaduta applicativa dell'articolo 2 in ambito di estradizione o espulsione si è riscontrata nei confronti di Paesi nei quali il soggetto era a rischio di essere sottoposto alla pena capitale. Tuttavia, la Corte non ha mai affermato chiaramente che la condanna alla pena capitale violasse l'art. 2, ma si è limitata a riconoscere che le sofferenze psico-fisiche che questa provoca nel condannato integrano trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3. Cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)*, 22 Dicembre 2011, in *Diritto penale contemporaneo*, numero 1/2011, disponibile a <<https://www.penalecontemporaneo.it/rivista-trimestrale/1-numero-2011-1>>.

²⁴⁰ L'articolo 13 è stato spesso sollevato per opporsi a trasferimenti basati sul Regolamento di Dublino verso altri Stati dell'Unione Europea in cui il diritto ad un ricorso effettivo era seriamente pregiudicato. Cfr. Corte Edu, 21 Ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*.

8 (diritto al rispetto per la vita privata e familiare). Il ricorrente che faccia leva sull'articolo 8 deve però tenere in conto che il diritto alla vita privata e familiare non ha carattere assoluto ma, come statuito dal secondo capoverso dell'articolo, può essere limitato «per salvaguardare la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, il benessere economico del Paese, per esigenze di prevenzione dei disordini o del crimine, di protezione della salute o della moralità pubblica, o per la salvaguardia dei diritti e delle libertà di altre persone»²⁴¹.

Il ruolo della Corte Edu nella protezione contro la tortura e i trattamenti disumani e degradanti non è solo quello di impedire che gli Stati parte procedano ad espulsioni o respingimenti verso Paesi terzi, ma è anche di controllare che il divieto di tali maltrattamenti venga rispettato all'interno degli stessi Stati contraenti.

Tra i casi in cui la Corte ha dichiarato colpevoli Stati contraenti per trattamenti contrari all'articolo 3, recente è il caso *Khlaifia e altri c. Italia*²⁴², in cui l'Italia è stata condannata per le condizioni di detenzione dei migranti presso un Centro di Soccorso e Prima Accoglienza.

Similmente, la Corte ha riscontrato violazioni dell'articolo 3 nel caso *MSS. c. Grecia e Belgio* in relazione alle condizioni di vita che un richiedente asilo aveva dovuto sopportare sul territorio greco²⁴³, orientamento confermato recentemente dalla sentenza sul caso *S.G. c. Grecia*²⁴⁴.

Mentre lo scopo primario della Convenzione di Ginevra è quello di provvedere uno *status* giuridico ai rifugiati, la Cedu non contiene alcuna disposizione a riguardo.

In caso di ricorso contro un'espulsione può essere indicato dalla Corte, come misura provvisoria basata sull'articolo 39 del Regolamento della Corte, che il provvedimento venga sospeso fino alla decisione della Corte. Le misure provvisorie sono provvedimenti di tutela processuale con efficacia vincolante che vengono accordati dalla Corte solo se i diritti fondamentali di un soggetto sono minacciati da una lesione irreparabile e imminente che potrebbe comprometterli in pendenza del procedimento giudiziale²⁴⁵.

²⁴¹ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 372 e ss.

²⁴² Corte Edu, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*.

²⁴³ Nel caso *MSS. c. Grecia e Belgio* la Corte dopo aver definito *humiliating* i trattamenti ricevuti dal ricorrente aveva giudicato che «*such living conditions, combined with the prolonged uncertainty in which he has remained and the total lack of any prospects of his situation improving, have attained the level of severity required to fall within the scope of Article 3 of the Convention*» (Corte Edu, 21 gennaio 2011, *MSS. c. Grecia e Belgio*).

²⁴⁴ Corte Edu, 18 maggio 2017, *S.G. c. Grecia*.

²⁴⁵ N. MOLE, C. MEREDITH, *op. cit.*, p. 216.

In ogni caso, di fronte a ricorsi contro misure di espulsione la Corte procede al controllo dell'esistenza del rischio e della conseguente responsabilità dello Stato espellente sulla base delle circostanze di cui lo Stato aveva conoscenza o doveva avere conoscenza al momento in cui è stata presa la decisione di espulsione²⁴⁶. L'eventuale accertamento della responsabilità non vincola però in alcun modo gli Stati a riconoscere al soggetto un determinato *status* giuridico e comporta quale unico obbligo quello di non rinviare il soggetto nei territori a rischio, lasciando loro la libertà di scegliere lo strumento con cui adempiervi²⁴⁷.

Se da un lato l'articolo 3 della Cedu, per la sua natura assoluta e incondizionata, offre una tutela più ampia dal punto di vista della categoria di soggetti coperti rispetto al principio di *non-refoulement* sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, dall'altro il contenuto della tutela offerta risulta inferiore a quello legato allo *status* di rifugiato, limitandosi a riconoscere il diritto di questi soggetti a non essere espulsi, estradati o allontanati verso i territori in cui potrebbero subire torture e trattamenti o pene disumani o degradanti.

²⁴⁶ Le circostanze che la Corte prende in considerazione per valutare la responsabilità dello Stato sono sia quelle che riguardano il ricorrente (ad esempio, il fatto che egli sia un opponente al regime politico dello Stato) sia quelle riguardanti lo Stato di destinazione, in particolare il profilo del rispetto dei diritti umani. G. MALINVERNI, *op. cit.*, p. 171.

²⁴⁷ UNHCR, *Manual on Refugee Protection, cit.*, p. 12.

2. La protezione complementare nel diritto dell'Unione Europea

2.1 La competenza dell'Unione europea in materia di asilo

La materia del diritto di asilo non appartiene al diritto comunitario classico od originario, non essendo inclusa nei Trattati istitutivi delle Comunità europee²⁴⁸.

Nel Trattato CEE del 1957²⁴⁹ il trattamento dei cittadini dei Paesi terzi era materia riservata alla competenza esclusiva degli Stati membri, in quanto estranea alla finalità di creazione del mercato comune. Solo successivamente, anche a causa del mutamento del fenomeno migratorio, si avvertì che la creazione di politiche comuni in materia di visti, asilo e immigrazione, insieme al rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, erano necessari per realizzare il progetto politico della Comunità europea.

Il metodo inizialmente scelto fu quello della cooperazione intergovernativa tra gli Stati: il Trattato di Maastricht²⁵⁰ non inserì il diritto di asilo tra le competenze comunitarie, ma si limitò a qualificarlo come mero settore di “comune interesse”. La cosiddetta “comunitarizzazione” del diritto d’asilo avvenne solo con il Trattato di Amsterdam²⁵¹, che attribuì alla Comunità europea la competenza in materia di asilo, insieme a quella sui visti, sull’immigrazione e sulle altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone²⁵².

Nel Consiglio europeo di Tampere del 1999 si stabilì un programma politico per la creazione di un regime comune di asilo che si articolava in due fasi:

- a) una prima fase di armonizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali attraverso l’adozione di standard comuni relativi alle procedure d’asilo, al sistema di accoglienza e al contenuto dello *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria;

²⁴⁸ B. NASCIMBENE, , *Asilo e statuto di rifugiato, cit.*, p. 26.

²⁴⁹ Il Trattato che istituisce la Comunità economica europea è stato firmato il 25 marzo 1957 congiuntamente al Trattato che istituisce la Comunità europea dell’energia atomica e insieme sono chiamati Trattati di Roma.

²⁵⁰ Il Trattato di Maastricht, o Trattato sull’Unione Europea (TUE), è stato firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore il 1° novembre 1993.

²⁵¹ Il Trattato di Amsterdam ha modificato il TUE, è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

²⁵² Cfr. B. NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea di asilo*, ISPI working paper, giugno 2008; ASGI, *La protezione sussidiaria, scheda pratica a cura di Noris Morandi e Paolo Bonetti*, 11 marzo 2012, disponibile a <<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/protezione.sussidiaria.morandi.bonetti.11.marzo.2012.pdf>>.

- b) una seconda fase di istituzione di un Sistema Comune Europeo di Asilo (*Common European Asylum System* o CEAS), di una procedura comune e di uno *status* uniforme di rifugiato e di protezione sussidiaria valido nell'intera Unione.

Oggi la competenza dell'Unione europea in materia di asilo è contenuta nel Capo II del Titolo V del Trattato di Lisbona²⁵³ rubricato "Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione". L'art. 78 TFUE prevede che l'Unione sviluppi «una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea» che sia conforme ai trattati internazionali in materia, in particolare alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al Protocollo del 1967, e che garantisca uno *status* appropriato di protezione internazionale e il rispetto del principio di non respingimento²⁵⁴. Il secondo comma dell'articolo prevede che le misure relative al sistema europeo comune di asilo debbano includere:

- 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;
- 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.

²⁵³ Il Trattato di Lisbona, o Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) è stato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

²⁵⁴ Il rispetto delle norme stabilite nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo di New York e del principio di *non-refoulement* è prescritto anche dagli articoli 18 e 19 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza nel 2000. Il Trattato di Lisbona ha conferito alla Carta forza giuridicamente vincolante, equiparandola ai trattati europei e rendendo le sue disposizioni parte integrante del Diritto dell'Unione europea.

2.2 La normativa di attuazione del sistema europeo comune di asilo

Al fine di realizzare gli obiettivi fissati dall'articolo 78 TFUE sono state adottate quattro direttive specifiche:

- 1) la direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea, che conferisce al Consiglio europeo la facoltà di deliberare, in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea, una tutela immediata ma limitata alla durata di un anno (rinnovabile per un altro anno);
- 2) la direttiva 2003/09/CE, cd. direttiva accoglienza, che definisce le condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati;
- 3) la direttiva 2004/83/CE, cd. direttiva qualifiche, modificata dalla direttiva 2011/95/UE, che individua i criteri comuni per l'attribuzione dello *status* di rifugiato e di beneficiario di protezione sussidiaria;
- 4) la direttiva 2005/85/CE, cd. direttiva procedure, che fissa invece una procedura comune per il riconoscimento e la revoca degli *status* di protezione internazionale.

A queste si aggiungono la direttiva 2003/86/CE contenente disposizioni sul ricongiungimento familiare e due coppie di regolamenti che compongono il cd. sistema Dublino:

- 1) il regolamento Dublino II n 343/2003 sui criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno Stato membro e il suo regolamento di attuazione n 407/2002;
- 2) il regolamento Eurodac per il confronto delle impronte digitali e l'efficace applicazione del regolamento Dublino II e il suo regolamento di attuazione n 1560/2003.

La definizione di criteri comuni a tutti gli Stati membri in ambito di qualifiche e di procedure di riconoscimento della protezione internazionale ha lo scopo di eliminare il cd. *asylum shopping*, ossia i movimenti secondari dei richiedenti asilo tra gli Stati membri imputabili alla presenza di normative interne diverse, le une più favorevoli di altre²⁵⁵.

A tal fine, la direttiva qualifiche ha innanzitutto chiarito alcuni concetti giuridici collegati allo *status* di rifugiato che avevano portato ad applicazioni diverse nei vari Stati membri, come quelli di

²⁵⁵ Cfr. B. NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea di asilo*, cit.; ASGI, *La protezione sussidiaria*, cit.

“soggetti che offrono protezione contro persecuzioni o danni gravi”²⁵⁶, “paese di origine”²⁵⁷ o “appartenenza ad un determinato gruppo sociale”²⁵⁸. In secondo luogo la direttiva ha cercato di eliminare le differenze tra i vari Stati membri nel livello di diritti concessi ai titolari di protezione internazionale, in particolare con riferimento alla durata del permesso di soggiorno, al titolo di viaggio, all’accesso all’assistenza sanitaria e sociale ed al mercato del lavoro. Livelli minimi di diritti sostanziali, procedurali e giurisdizionali sono stati invece fissati per la fase dell’accoglienza dalla direttiva 2003/09/CE.

Il tentativo di armonizzare il trattamento dei richiedenti asilo non è stato tuttavia finora raggiunto. Il fenomeno del cd. *asylum shopping* è ancora largamente diffuso soprattutto a causa delle differenze ancora presenti tra gli Stati membri riguardo alla durata delle procedure di asilo e alle condizioni di accoglienza. In particolare, ritardi nella concessione del permesso di soggiorno, che in base all’art. 24 soltanto dev’essere rilasciato «il più presto possibile», possono arrecare gravi disagi ai richiedenti asilo dal momento che la direttiva permette di subordinare al rilascio del permesso benefici sostanziali quali la concessione di prestazioni in materia di accesso all’occupazione, assistenza sanitaria e accesso agli strumenti di integrazione.²⁵⁹

Le divergenze sono poi accresciute dalle disposizioni spesso facoltative contenute nella direttiva procedure e nella direttiva accoglienza e dalla facoltà degli Stati, prevista dall’art. 3 della direttiva qualifiche, di «introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone ammissibili alla protezione sussidiaria nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale»²⁶⁰.

Nell’ultima proposta di riforma del sistema europeo comune di asilo è stata ipotizzata la trasformazione dell’attuale direttiva procedure in un nuovo regolamento che istituisca una procedura di asilo unica comune nell’UE e armonizzi la durata massima delle procedure, sia in primo grado che in appello. Sono stati poi prospettati cambiamenti della direttiva accoglienza per

²⁵⁶ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, *recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, art. 7.

²⁵⁷ Direttiva 2011/95/UE, *cit.*, art. 2.

²⁵⁸ Direttiva 2011/95/UE, *cit.*, art.10.

²⁵⁹ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, *recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, considerando 30.

²⁶⁰ Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, art. 3.

aumentare per quanto possibile l'armonizzazione tra gli Stati membri in questo ambito. La Commissione europea ha inoltre proposto di sostituire l'attuale direttiva qualifiche con un regolamento che istituisca norme uniformi sui diritti da offrire ai beneficiari di protezione internazionale.²⁶¹

La proposta conferma la volontà delle istituzioni europee di ridurre i fattori di attrazione che determinano i movimenti secondari dei richiedenti protezione internazionale.

2.3 I presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria

La direttiva qualifiche ha introdotto nell'ordinamento dell'Unione Europea la nozione di protezione internazionale che comprende al suo interno due *status* distinti:

- a) lo *status* di rifugiato,
- b) lo *status* di titolare di protezione sussidiaria.

La necessità di utilizzare un termine unico nasce dal fatto che il riconoscimento dell'uno o dell'altro *status* si basi su una richiesta indistinta di protezione internazionale, così come unitaria è la procedura di esame della domanda prevista dalla direttiva procedure.

Lo *status* di rifugiato a cui si riferisce la norma è quello disciplinato dalla Convenzione di Ginevra, il secondo *status* è invece indicato con il termine di protezione sussidiaria perché complementare a quella riconosciuta ai soggetti beneficiari del primo *status*.

Lo *status* di protezione sussidiaria viene presentato come avente funzione complementare nel considerando 5 della direttiva qualifiche, che cita: «le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere precisano che lo *status* di rifugiato deve essere completato da misure relative a forme sussidiarie di protezione che offrano uno *status* appropriato a chiunque abbia bisogno di protezione internazionale»²⁶². Il considerando 24 della direttiva aggiunge poi che «la protezione sussidiaria dovrebbe avere carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione dei rifugiati sancito dalla convenzione relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951»²⁶³.

²⁶¹ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*, Bruxelles, 6 aprile 2016, disponibile a <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-197-IT-F1-1.PDF>> p. 10 e 11.

²⁶² Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, considerando 5.

²⁶³ Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, considerando 24.

Il carattere complementare della protezione sussidiaria è necessario per garantire l'applicazione completa ed effettiva della Convenzione di Ginevra ed è di particolare importanza se si considera che il riconoscimento dei differenti *status* implica la possibilità di godere di differenti diritti²⁶⁴.

La protezione sussidiaria può essere riconosciuta perciò solo in presenza di situazioni personali non rientranti nella cd. clausola di inclusione prevista dall'art. 1A(2) della Convenzione di Ginevra: solo se il richiedente protezione internazionale risulta privo dei requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato l'amministrazione preposta può, e deve, indagare l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria²⁶⁵.

L'articolo 2 lettera e) della direttiva "qualifiche" definisce beneficiario della protezione sussidiaria «il cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15, al quale non si applica l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese»²⁶⁶.

A differenza di quanto previsto per lo *status* di rifugiato, la definizione di protezione sussidiaria non fa riferimento alla condizione soggettiva di «timore fondato di persecuzione», ma a quella oggettiva di «rischio effettivo di subire un grave danno» nel caso di rientro nel Paese di origine o di dimora abituale per gli apolidi. Tale rischio è svincolato dal motivo che lo origina, mancando nell'articolo 2 alcun riferimento a cause particolari da cui dovrebbe dipendere. Rileva invece, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, la fonte del danno grave che, in base all'articolo 15 della direttiva qualifiche, dev'essere inclusa tra:

- a) la condanna a morte o all'esecuzione;
- b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine;

²⁶⁴ J. McADAM, *The European Union Qualification Directive, cit.*, p. 470.

²⁶⁵ L'UNHCR ha voluto sottolineare come la protezione sussidiaria debba offrire «una risposta positiva e pragmatica a determinate esigenze di protezione internazionale *non* contemplate dalla Convenzione del 1951», assicurandosi che «complementi e non svuoti di significato la Convenzione del 1951». UNHCR, *La protezione sussidiaria secondo la 'Direttiva Qualifiche' nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, gennaio 2008, p. 2.

²⁶⁶ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, *recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, art. 2 lett. e).

c) la minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale²⁶⁷.

- *Pericolo di condanna a morte o esecuzione*

La lettera dell'articolo sembra indicare che non sia necessario un provvedimento giurisdizionale di condanna a morte o un atto equivalente già nel momento della presentazione della domanda, ma che sia sufficiente il rischio che nel caso di rientro venga instaurato un procedimento giudiziario per il quale è prevista la condanna alla pena di morte. La disposizione riflette gli obblighi derivanti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che all'articolo 2 vieta espressamente la pena di morte e all'articolo 19 (2) vieta l'allontanamento, l'espulsione o l'extradizione verso uno Stato in cui esista la pena di morte. La pena di morte è poi vietata, seppur non direttamente nel testo della Cedu, dai Protocolli n. 6 e n. 13 alla Cedu²⁶⁸.

L'applicazione effettiva della lettera a) nell'ambito della protezione sussidiaria risulta tuttavia limitata in quanto, nei casi in cui la condanna configuri comportamento persecutorio legato ad uno dei motivi previsti dalla Convenzione di Ginevra, dovrà essere riconosciuto il diverso *status* di rifugiato. Il processo che ha portato all'esecuzione della pena capitale rientra nel novero della persecuzione se privo dei requisiti di equità ed effettività, se le accuse sono state infondate o discriminatorie, se il reato ad oggetto non era di natura grave o se all'imputato non è stato dato un effettivo diritto di difesa²⁶⁹.

- *Pericolo di tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante*

Questa ipotesi copre le medesime circostanze indicate nell'articolo 3 Cedu, con la rilevante differenza però che la Cedu non garantisce il riconoscimento di alcun *status* giuridico, sancendo soltanto l'inespellibilità dell'individuo.

²⁶⁷ Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, art. 15.

²⁶⁸ Il Protocollo n. 6 alla Cedu, adottato il 28 aprile 1983, ha abolito la pena di morte, facendo salva la pena di morte «per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra» se prevista dalla legislazione dello Stato e conformemente alle sue disposizioni. Il successivo Protocollo n. 13 alla Cedu, adottato il 3 maggio 2002, ha invece sancito l'inderogabilità dell'abolizione della pena di morte, estendendone il divieto a tutte le circostanze.

²⁶⁹ Cfr. ASGI, *La protezione sussidiaria*, *cit.*, p. 10; UNHCR, ASGI, SPRAR (con il coordinamento di), Dipartimento per le Libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno (con la supervisione di), *La tutela dei richiedenti asilo. Manuale giuridico per l'operatore*, 2012. p. 26.

Anche in questo caso bisognerà valutare dapprima se la condotta in violazione dell'articolo 3 Cedu sia causalmente legata a motivi di razza, religione, opinione politica, orientamento religioso o appartenenza ad un gruppo sociale ed eventualmente riconoscere lo *status* di rifugiato.

Esiste infatti una forte presunzione che lega i casi di tortura ai motivi persecutori: di fatto solo se i comportamenti vietati dall'articolo 3 sono perpetrati esclusivamente per motivazioni criminali al richiedente va riconosciuto lo *status* di protezione sussidiaria, invece dello *status* di rifugiato²⁷⁰.

- *Pericolo di minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*

Mentre le ipotesi descritte nelle lettere a) e b) richiedono un certo grado di individualizzazione nell'accertamento del rischio, il valore aggiunto dell'articolo 15 lettera c) consiste nella capacità di fornire protezione nelle situazioni caratterizzate da gravi rischi che minacciano potenzialmente interi gruppi di persone. Tale considerazione si deduce dal fatto che la norma faccia riferimento alla minaccia *alla vita o alla persona* piuttosto che al pericolo di subire determinate violenze, ad una violenza *indiscriminata* e quindi non indirizzata a soggetti specifici e all'esistenza di un *conflitto armato interno o internazionale* piuttosto che ad episodi di violenza isolati.

Come nei casi precedenti, l'applicazione dell'articolo 15 deve sempre riguardare rischi diversi da quelli contemplati dalla Convenzione di Ginevra: spesso guerra e violenza vengono utilizzate come strumenti di persecuzione che, se legata ai motivi elencati nell'art. 1A(2) della Convenzione, comporta il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Il danno grave deve riguardare i *civili*: è esclusa quindi la protezione dei militari, a meno che si tratti di ex combattenti in grado di dimostrare di aver rinunciato alle attività militari²⁷¹.

Secondo l'UNHCR, l'interpretazione del termine conflitto armato interno deve basarsi sul diritto internazionale umanitario ed in particolare sull'articolo 1(1) del *Protocollo II della Convenzione di Ginevra del 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali*, il quale ritiene requisito sufficiente per aversi conflitto armato interno l'esistenza di chiare strutture di comando delle forze armate o gruppi armati organizzati in conflitto che esercitino «un controllo sul territorio tale da permettere di condurre operazioni militari prolungate e concertate». L'Alto Commissariato non ritiene necessario il riconoscimento formale dell'esistenza di un «conflitto

²⁷⁰ J. McADAM, *The European Union Qualification Directive*, cit., p. 479.

²⁷¹ Cfr. UNHCR, *La protezione sussidiaria secondo la 'Direttiva Qualifiche' nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, Gennaio 2008, p. 4; ASGI, *La protezione sussidiaria*, cit., p. 12 e ss.

armato internazionale o interno” da parte di uno Stato o di un’organizzazione, mentre rilevarebbero l’evoluzione del diritto dei conflitti armati, lo Statuto della Corte Penale Internazionale e gli sviluppi del diritto penale internazionale²⁷².

Il significato del termine “conflitto armato interno” cui si riferisce l’articolo 15 lett. c) della direttiva è stato oggetto di questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella sentenza *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*.

I giudici hanno escluso che il termine vada interpretato sulla base del diritto internazionale umanitario, rilevando innanzitutto che il diritto internazionale umanitario distingue «i conflitti armati internazionali» e «i conflitti armati che non presentano carattere internazionale», mentre «il legislatore dell’Unione ha auspicato concedere la protezione sussidiaria [...] altresì in caso di conflitto armato interno»²⁷³.

La Corte ha poi sottolineato che il diritto internazionale umanitario persegue scopi diversi dal regime di protezione sussidiaria: il primo non protegge civili che si trovano al di fuori della zona di conflitto, ma è diretto a limitare gli effetti della guerra sulle persone e sui beni nella zona di conflitto²⁷⁴. La sentenza ha infine stabilito che l’interpretazione del termine non deve basarsi sulla nozione di «conflitto che non presenta un carattere internazionale» ai sensi del diritto internazionale umanitario, ma dev’essere stabilita sulla base del suo significato abituale, ovvero quello di «situazione in cui le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o nella quale due o più gruppi armati si scontrano tra loro»²⁷⁵.

La Corte chiarisce infine che l’intensità degli scontri armati, il livello di organizzazione delle forze armate presenti o la durata del conflitto non rilevano ai fini dell’individuazione del conflitto armato interno, ma esclusivamente ai fini della valutazione della sussistenza della minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente, necessaria per riconoscere la protezione sussidiaria.

Il requisito del carattere *individuale* della minaccia è stato inserito per volontà della vasta maggioranza degli Stati membri, temendo che altrimenti la lettera c) avrebbe portato ad un’eccessiva apertura dello scopo della protezione sussidiaria²⁷⁶.

²⁷² Cfr. UNHCR, *La protezione sussidiaria, cit.*, p. 5.

²⁷³ Corte di giustizia dell’Unione europea, 30 gennaio 2014, *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, par. 20 e 21.

²⁷⁴ *Diakité, cit.*, par. 23.

²⁷⁵ *Diakité, cit.*, par. 28.

²⁷⁶ J. McADAM, *The European Union Qualification Directive, cit.*, p. 480.

Apparentemente contraddittoria è la contestuale presenza nell'articolo 15 lett. c) del presupposto di violenza *indiscriminata*. A risolvere il dubbio interpretativo è intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea con la decisione *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie* in cui ha ritenuto alternative la dimostrazione di un rischio individualizzato e quella della gravità della violenza indiscriminata. Con un'interpretazione della norma che può dirsi estensiva, la Corte ha affermato che se il grado di violenza indiscriminata è così elevato da ritenere che «un civile rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire detta minaccia» non è necessario provare che il soggetto «è interessato in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale»²⁷⁷. Al contrario, se il richiedente riesce a provare la sussistenza di un rischio individualizzato, il grado di violenza indiscriminata richiesto affinché egli possa beneficiare della protezione sussidiaria sarà meno elevato²⁷⁸.

Se la sentenza ha permesso di alleviare per il richiedente l'onere di dimostrare di essere minacciato in modo grave e individuale in presenza di un grado elevato di violenza indiscriminata nel Paese d'origine, l'analisi della situazione del «civile rientrato nel paese in questione» resta elemento centrale nel riconoscimento della protezione sussidiaria, che la distingue dalla protezione temporanea, per la quale è sufficiente dimostrare l'appartenenza ad un «afflusso massiccio» di sfollati provenienti da zone di conflitto armato, violenza endemica o a rischio di violazioni generalizzate dei diritti umani.

In virtù dell'art. 3 della direttiva qualifiche, che permette agli Stati di prevedere disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti ammissibili alla protezione sussidiaria, l'elenco delle fonti del rischio di subire un grave danno da cui emergono le necessità di tutela non è tassativo. Il Regno Unito, ad esempio, riconosce la protezione sussidiaria, che nella normativa nazionale di recepimento della direttiva qualifiche prende il nome di *humanitarian protection*, anche qualora si dimostri il rischio effettivo che una persona possa essere vittima di *unlawful*

²⁷⁷ Questo criterio interpretativo è stato fatto proprio da numerosi Tribunali di merito italiani (Tribunale di Roma, sent. 21 giugno 2011, n. 5944; Corte d'Appello di Napoli, sent. 17 marzo 2010, n. 38) e dalla Cassazione che in riferimento alla norma che ricalca la lettera c) dell'articolo 15 della direttiva «qualifiche» (art. 14 lett. c) d.lgs 251/2007) ha specificato «la situazione di violenza indiscriminata e di conflitto armato nel paese di ritorno può giustificare la mancanza di un diretto coinvolgimento individuale nella situazione di pericolo» (Cass. Civ., sez. VI-I, sent. 20 marzo 2014, n. 6503). La Cassazione ha poi espressamente richiamato e accolto l'interpretazione data dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Elgafaji* (Cass. Civ., sez. VI, ordinanza 30 luglio 2015 n. 16202).

²⁷⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 febbraio 2009, sent. *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, par. 39.

killling, cioè di assassinio mirato da parte di agenti statali o non statali e che non possa essere protetta da tale rischio nel Paese di origine²⁷⁹.

Per il riconoscimento della protezione sussidiaria, l'art. 2 lett. e) della direttiva richiede come ulteriore requisito che nel Paese di origine non sia individuabile un soggetto in grado di garantire al richiedente un'effettiva protezione dagli atti costituenti un grave danno.

Il requisito è comune a quello previsto dalla Convenzione di Ginevra per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, che all'articolo 1 A(2) richiede che il soggetto a rischio di persecuzioni non possa o non voglia avvalersi della protezione effettiva da parte dello Stato di origine.

Dall'articolo 7 della direttiva "qualifiche", riferendosi ai soggetti che offrono protezione «contro persecuzioni o danni gravi», si deduce infatti che per il riconoscimento di entrambi gli *status* vada accertata l'assenza di protezione da parte dello Stato o di partiti o organizzazioni, comprese le organizzazioni internazionali che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio.

Per quanto riguarda invece gli agenti persecutori o i responsabili del grave danno, l'art. 6 della direttiva qualifiche ha permesso di superare la prassi restrittiva di alcuni Stati che aveva portato a riconoscere la protezione internazionale solo in presenza di agenti persecutori statali. Oggi la disciplina prevede che i responsabili possano essere:

- a) lo Stato;
- b) i partiti o le organizzazione che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio;
- c) soggetti non statuali, se si dimostra che i responsabili di cui alle lettere a) e b), comprese le organizzazioni internazionali non possono o non vogliono fornire la protezione contro persecuzioni o danni gravi di cui all'articolo 7.

Ben possono quindi essere agenti privati o gruppi sociali a perpetrare persecuzioni o gravi danni, purché lo Stato o i partiti o le organizzazioni indicati alla lettera b) tollerino o coadiuvino l'azione dei responsabili oppure risultino incapaci o impossibilitati a garantire protezione²⁸⁰.

2.4 Il contenuto della protezione sussidiaria

L'analisi del contenuto della protezione sussidiaria rivela la scelta del legislatore europeo, ritenuta da più parti ingiustificata, di attribuire al beneficiario della protezione sussidiaria uno *status* inferiore rispetto a quello accordato ai rifugiati.

²⁷⁹ UK Home Office, *Humanitarian protection*, 7 marzo 2017, disponibile a <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/597377/Humanitarian-protection-v5_0.pdf>, p.11.

²⁸⁰ ASGI, *La protezione sussidiaria, cit.*, p. 14, 15.

L'attribuzione di diritti diversi alle due categorie è infatti priva di base giuridica a livello internazionale e l'UNHCR ha ritenuto che nella scelta dei diritti da attribuire agli stranieri gli Stati dovrebbero basarsi sui bisogni individuali di coloro che si trovano sul loro territorio piuttosto che sulle ragioni del riconoscimento di protezione. L'importanza di trattare ugualmente rifugiati e titolari dello *status* di protezione sussidiaria è stata infine più volte difesa da diverse ONG, tra cui Amnesty International²⁸¹.

Differenze di trattamento si registrano innanzitutto per quanto riguarda il ricongiungimento familiare. La direttiva qualifica non conferisce infatti espressamente il diritto al ricongiungimento familiare e i beneficiari della protezione sussidiaria sono esclusi dalla direttiva 2003/86/CE in materia, che si applica invece ai rifugiati²⁸².

L'art. 23 della direttiva qualifica conferisce un diritto al mantenimento dell'unità familiare, disponendo che «gli Stati membri provvedono a che possa essere preservata l'unità del nucleo familiare», ma le disposizioni seguenti permettono di restringere notevolmente l'applicazione della norma. La direttiva qualifica non menziona meccanismi di ingresso per i familiari non ancora presenti sul territorio; diversamente, il capo VI della direttiva sul ricongiungimento familiare fa seguire all'accoglimento della domanda l'autorizzazione all'*ingresso* del familiare o dei familiari²⁸³.

L'estensione stessa della categoria dei familiari è discrezionale in quanto, al di fuori dei soggetti indicati all'articolo 2 lett. h) - il coniuge o, se ammesso dalla legislazione o prassi dello Stato membro, il partner non sposato e i figli minori - gli Stati membri *possono* decidere di estendere l'articolo «agli altri congiunti che vivevano nel nucleo familiare al momento della partenza dal Paese d'origine e che in quel momento erano completamente o principalmente a carico del beneficiario dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria»²⁸⁴.

Infine, la direttiva qualifica ammette due eccezioni, una vincolante e l'altra facoltativa: la protezione dev'essere negata «quando il familiare è o sarebbe escluso dallo *status* di rifugiato o dalla protezione sussidiaria in base ai capi III e V», mentre gli Stati membri possono negarla per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico²⁸⁵.

²⁸¹ J. McADAM, *The European Union Qualification Directive*, cit., p. 498.

²⁸² Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 *relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, capo V.

²⁸³ Direttiva 2003/86/CE, cit., capo VI.

²⁸⁴ Direttiva 2004/83/CE, cit., art. 23, co. 5. L'Italia, ad esempio, non ha incluso questa categoria, considerando familiari solo il coniuge ed i figli minori (art. 2, co. 1, lett. l) d.lgs. n. 251/2007).

²⁸⁵ Direttiva 2004/83/CE, cit., art. 23, co. 3 e 4.

La direttiva diversifica poi lo *status* dei familiari dei rifugiati e dei titolari di protezione sussidiaria, riferendosi l'art. 24 solo ai primi nel disciplinare il rilascio del permesso di soggiorno.

Ulteriori distinzioni tra le categorie dei familiari dei beneficiari dello *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria possono derivare dalle normative nazionali di recepimento delle direttive. L'Italia, ad esempio, ha recepito la direttiva 2003/86/CE con l'adozione dell'art. 29-bis T.U.I., rubricato "Ricongiungimento familiare dei rifugiati", con il quale è stata prevista una disciplina di favore per questa categoria: non è infatti richiesto loro il possesso dei requisiti di reddito, alloggio e assicurazione previsti dall'art 29, co.3 T.U.I. per il ricongiungimento familiare dei beneficiari dello *status* di protezione sussidiaria²⁸⁶.

L'art. 24 della direttiva qualifiche stabilisce in tre anni la durata minima del permesso di soggiorno per lo *status* di rifugiato e in un anno quella del permesso per protezione sussidiaria. Secondo McAdam, la differenza di durata è ingiustificata, non potendosi ritenere che la situazione di chi possiede i requisiti per ottenere la protezione sussidiaria necessiti una tutela più temporanea rispetto alla situazione di un rifugiato²⁸⁷.

La previsione di una durata minima non impedisce agli Stati di adottare disposizioni più favorevoli, così come chiarito dall'art. 3 della direttiva qualifiche. In Italia, ad esempio, in base all'articolo 23 del d.lgs. 251/2008, il permesso di soggiorno rilasciato ai titolari dello *status* di rifugiato ha validità quinquennale mentre quello per protezione sussidiaria ha validità triennale.

L'art. 25 della direttiva qualifiche dispone un trattamento diversificato anche in ambito di titolo di viaggio. I beneficiari dello *status* di rifugiato hanno diritto al rilascio di un titolo di viaggio, così come previsto dalla Convenzione di Ginevra, con l'unica eccezione del caso in cui siano presenti «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico»²⁸⁸. Diversamente, il documento di viaggio è rilasciato soltanto ai beneficiari della protezione sussidiaria «che si trovano nell'impossibilità di ottenere un passaporto nazionale» e «almeno quando sussistano gravi ragioni umanitarie che rendano necessaria la loro presenza in un altro Stato»²⁸⁹. La disposizione appare eccessivamente restrittiva e, secondo McAdam, la sua applicazione può portare a violazioni dell'art. 2 del Protocollo 4 alla Cedu in base al quale «ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese»²⁹⁰.

²⁸⁶ ASGI, *La protezione sussidiaria, cit.*, p. 29.

²⁸⁷ J. McADAM, *The European Union Qualification Directive, cit.*, p. 499.

²⁸⁸ Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, art. 25, co.1.

²⁸⁹ Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, art. 25, co. 2.

²⁹⁰ Cfr. J. McADAM, *The European Union Qualification Directive, cit.*, p. 507. La libertà di lasciare qualsiasi Paese è riconosciuta anche dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo all'art. 13, co.2.

Entrambi gli *status* di protezione internazionale danno accesso, in base all'art. 26 della direttiva qualifiche, al lavoro autonomo e subordinato. La clausola contenuta nella seconda parte del paragrafo 3 della norma prevede però la possibilità per gli Stati di limitare l'accesso all'occupazione dei soli titolari di protezione sussidiaria, stabilendo, seppure per limitati periodi di tempo, ordini di precedenza. Permettendo di tenere in considerazione «la situazione esistente sul mercato del lavoro degli Stati membri», la clausola si presenta come un ostacolo all'armonizzazione dei diritti sostanziali dei beneficiari di protezione sussidiaria²⁹¹.

Nell'accesso all'istruzione non si rilevano differenze tra gli *status*: l'art. 27 prevede che l'accesso da parte dei minori debba essere garantito dagli Stati membri «secondo le stesse modalità previste per i loro cittadini»²⁹², mentre quello da parte degli adulti «secondo le stesse modalità previste per i cittadini di Paesi terzi in soggiorno regolare»²⁹³.

Lo stesso trattamento previsto per i propri cittadini dev'essere garantito anche per quanto riguarda l'accesso all'assistenza sociale e sanitaria, sia ai beneficiari dello *status* di rifugiato che di protezione sussidiaria, ma gli art. 28 e 29 lasciano la possibilità agli Stati di limitare l'accesso per i beneficiari di protezione sussidiaria alle sole prestazioni essenziali²⁹⁴.

Infine, una differenza di non poco rilievo tra gli *status* riguarda l'accesso agli strumenti di integrazione. Infatti, mentre al primo comma l'art. 33 dispone che gli Stati stabiliscano programmi che facilitino l'integrazione dei rifugiati nella società, lasciando libera soltanto la scelta di come svilupparli, al secondo comma la norma prevede che gli Stati dispongano programmi aventi lo stesso fine per i beneficiari dello *status* di protezione sussidiaria «laddove lo ritengano opportuno», lasciando quindi alla loro discrezionalità l'attivazione stessa²⁹⁵.

Come già detto, la differenziazione dei diritti attribuiti da un lato ai beneficiari dello *status* di rifugiato e dall'altro ai beneficiari della protezione sussidiaria è priva di base giuridica. Secondo McAdam, ai soggetti meritevoli di tutela per il principio di *non-refoulement* dovrebbe essere garantito uno *status* equivalente a quello di rifugiato, dovendosi considerare la Convenzione di Ginevra il modello da seguire nella scelta dei diritti da accordare ai beneficiari della protezione

²⁹¹ J. McADAM, *The European Union Qualification Directive, cit.*, p. 509.

²⁹² Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, art. 27 co. 1.

²⁹³ Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, art. 27 co. 2.

²⁹⁴ Nel recepire la direttiva l'Italia non si è avvalsa di questa facoltà, al contrario, ha previsto all'art. 27 d.lgs. n. 251/2007 che i titolari dello *status* di protezione sussidiaria abbiano diritto, così come i rifugiati, al medesimo trattamento riconosciuto al cittadino italiano in materia di accesso all'assistenza sociale e sanitaria. Cfr. ASGI, *La protezione sussidiaria, cit.*, p. 29 e 30.

²⁹⁵ Direttiva 2004/83/CE, *cit.*, art. 33.

complementare²⁹⁶. Questa visione non è condivisa dalla Commissione europea, che nell'ultima proposta di riforma del sistema europeo comune di asilo ha affermato la volontà di «chiarire meglio la differenza tra lo *status* di rifugiato e quello di protezione sussidiaria e distinguere ulteriormente i diritti corrispondenti a ciascuno di essi»²⁹⁷.

2.5 Le cause di cessazione, esclusione e revoca dello status di protezione sussidiaria

Lo *status* di protezione sussidiaria ha carattere temporaneo e, in base all'articolo 16 della direttiva qualifiche, cessa ogni qualvolta le condizioni che ne hanno determinato il riconoscimento vengano meno o mutino in misura tale da far escludere che la persona sia esposta al rischio di un danno grave nell'ipotesi di riammissione nel territorio da cui è fuggita.

L'articolo 17 indica invece le ipotesi in cui un soggetto, anche se in possesso dei requisiti necessari, dev'essere escluso dalla protezione sussidiaria. Le cause di esclusione si basano sull'esistenza di fondati motivi per ritenere che il richiedente:

- a) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini;
- b) abbia commesso un reato grave;
- c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite;
- d) rappresenti un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato²⁹⁸ in cui si trova.

Le lettere a) e c) dell'articolo 17 si riferiscono alle medesime circostanze previste nelle lettere a) e c) dell'articolo 1(F) della Convenzione di Ginevra per l'esclusione dal riconoscimento dello *status* di rifugiato.

La lettera b) è invece più rigorosa rispetto all'analoga causa di esclusione prevista per lo *status* di rifugiato sotto due aspetti: in primo luogo, si estende anche ai reati commessi sul territorio

²⁹⁶ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op.cit.*, p. 331.

²⁹⁷ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*, Bruxelles, 6 aprile 2016, disponibile a <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-197-IT-F1-1.PDF>>, p. 11.

²⁹⁸ Il considerando n. 28 della direttiva n. 2004/83/CE specifica che «nella nozione di sicurezza nazionale e di ordine pubblico rientrano pure i casi in cui un cittadino di un paese terzo faccia parte di un'organizzazione che sostiene il terrorismo internazionale o sostenga una siffatta organizzazione».

nazionale, ipotesi non inclusa nell'articolo 1(F) della Convenzione²⁹⁹; in secondo luogo, il riferimento generico ad un reato grave include anche i reati di natura politica, esclusi invece dall'articolo 1(F) in virtù del riferimento specifico a *serious non-political crime*.

Il terzo comma dell'articolo 17 permette di ampliare ulteriormente la norma escludendo colui che, prima di essere ammesso nello Stato membro ha commesso uno o più reati non gravi, ma punibili con la reclusione se fossero stati commessi nello Stato ospitante e che ha lasciato il Paese d'origine al solo fine di evitare le sanzioni risultanti da tali reati³⁰⁰.

Infine, non è ravvisabile per il riconoscimento dello *status* di rifugiato una causa di esclusione coincidente con quella prevista dalla lettera d): il giudizio di pericolosità non rientra nella clausole di esclusione della Convenzione di Ginevra, rilevando solo come motivo di diniego dello *status* di rifugiato, mentre esclude proprio l'ammissibilità alla protezione sussidiaria.

L'articolo 21 della direttiva recepisce la deroga al principio di *non-refoulement* prevista per i rifugiati dall'art. 33, co. 2 della Convenzione di Ginevra e la estende ai beneficiari di protezione sussidiaria, prevedendo che essi possano essere espulsi quando:

- a) sussistono motivi per ritenere che rappresentino un pericolo per la sicurezza dello Stato;
- b) essendo stati condannati con sentenza definitiva per un reato particolarmente grave rappresentano un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.

La cessazione o l'esclusione dalla protezione devono rispettare comunque gli obblighi internazionali vigenti: è richiesta per questo motivo l'adozione di meccanismi affinché la misura non determini il rischio che il soggetto venga sottoposto a trattamenti contrari all'articolo 3 della Cedu una volta riammesso nel Paese d'origine. L'Italia, ad esempio, ha previsto che, in caso di esclusione dalla protezione sussidiaria e di contestuale rischio di subire trattamenti vietati dalla Cedu, venga rilasciato al soggetto interessato un permesso per motivi umanitari ai sensi dell'articolo 5, comma 6, d.lgs. n. 286/1998³⁰¹. Nel Regno Unito invece, chi ritiene di essere a rischio di trattamenti contrari all'articolo 3 nel proprio Paese di origine, ma vi sono ragioni per cui

²⁹⁹ La Corte di Cassazione ha in realtà affermato che in Italia solo i reati commessi prima dell'ingresso possono essere ritenuti ostativi al riconoscimento della protezione internazionale. L'art.1, comma 1, lett. l), n. 1), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18 (di attuazione della direttiva 2011/95/UE) ha infatti statuito che la protezione sussidiaria non può essere riconosciuta a chi "abbia commesso, al di fuori del territorio nazionale, prima di esservi ammesso in qualità di richiedente, un reato grave [...]"; non adottando quindi l'interpretazione estensiva dell'articolo 17 lett. b) della direttiva qualifiche. Cass. Civ., sez. VI, sent. 29 luglio 2015, n. 16100 in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza - Rassegna di giurisprudenza in materia di protezione internazionale*, n. 1/2017.

³⁰⁰ L'Italia ha deciso di recepire l'articolo 17 senza avvalersi di tale facoltà. Dall'altra parte ha però ampliato notevolmente la categoria dei reati gravi. Cfr. ASGI, *La protezione sussidiaria, cit.*, p. 19.

³⁰¹ ASGI, *La protezione sussidiaria, cit.*, p. 12.

non viene riconosciuta la protezione internazionale, può presentare una *human rights application* e chiedere il rilascio di un permesso che prende il nome di *discretionary leave to remain*³⁰², della durata di tre anni.

Qualora una causa di esclusione emerga in un momento successivo al riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria, interviene invece la revoca dello *status* ai sensi dell'articolo 19, comma terzo, lett. a) della direttiva qualifiche. La lettera b) dello stesso comma prevede invece la revoca nel caso in cui il riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria sia stato determinato da fatti presentati in modo erroneo, dalla loro omissione o dal ricorso ad una falsa documentazione dei medesimi fatti.

2.6 La protezione temporanea

La protezione temporanea è la misura prevista dalla direttiva 2001/55/CE che conferisce al Consiglio dei ministri dell'Unione Europea la facoltà di deliberare, in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea che non possono rientrare nel loro Paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora vi sia il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso³⁰³.

L'articolo 2 della direttiva, nel definire sfollati «i cittadini di paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro Paese o regione d'origine o che sono stati evacuati [...] ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile» vi fa rientrare espressamente non solo i rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra e i beneficiari di protezione internazionale, ma anche:

- a) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica;
- b) le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni³⁰⁴.

La soglia di rischio richiesta dall'articolo 2 della direttiva 2001/55/CE è inferiore a quella richiesta dall'art. 15 lett. c) della direttiva qualifiche in quanto non viene menzionata la minaccia individuale:

³⁰² Il permesso viene rilasciata dell'autorità competente qualora il soggetto non possieda i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, né della *humanitarian protection*, che nel Regno Unito coincide con la protezione sussidiaria, ma corra il rischio di subire trattamenti contrari all'articolo 3 Cedu in caso di ritorno nel Paese di origine. Cfr. UK Home Office, *Asylum Policy Instruction. Discretionary Leave*, 18 Agosto 2015, disponibile a <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/460712/Discretionary_Leave_2__v7_0.pdf>.

³⁰³ Cfr. Direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 Luglio 2001 *sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, art. 1.

³⁰⁴ Direttiva 2001/55/CE, *cit.*, art. 2 lett. c).

richiedere la verifica della sussistenza di una minaccia individuale sarebbe infatti contrario alla *ratio* della protezione temporanea, che è quella di tutelare situazioni di afflussi massicci che non permettono analisi individuali dei singoli richiedenti.

Il concetto di protezione temporanea è collegata al principio di *non-refoulement*: il divieto di respingere determinati soggetti implica infatti necessariamente l'obbligo di accoglierli, almeno temporaneamente, sul territorio dello Stato di destinazione.

La procedura prevista dalla direttiva 2001/55/CE ha quindi lo scopo di garantire il rispetto del principio di *non-refoulement* nei confronti di soggetti giunti nel contesto di flussi di massa, in attesa che siano esaminate singolarmente le loro domande di protezione internazionale³⁰⁵.

La tutela offerta dalla direttiva conferisce il diritto a risiedere nel territorio dello Stato con un titolo di soggiorno valido per la durata di un anno (prorogabile di sei mesi in sei mesi per un periodo massimo di un anno³⁰⁶) e comprende una serie di diritti in materia lavorativa, sociale, sanitaria, nonché per il ricongiungimento familiare³⁰⁷.

Al fine di realizzare lo scopo di *promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi* della direttiva 2001/55/CE, il Capo VI è stato dedicato alla *Solidarietà*: oltre a prescrivere agli Stati di accogliere «con spirito di solidarietà» le persone ammissibili alla protezione temporanea, li obbligano ad indicare la propria capacità di accoglienza e a cooperare tra loro per il trasferimento della residenza delle persone da uno Stato all'altro (con il loro consenso delle persone interessate)³⁰⁸.

Il termine “afflusso massiccio” non è espressamente definito nella direttiva, la quale fa riferimento ad «un numero considerevole di sfollati in arrivo da un Paese o una zona geografica determinati, sia che il loro arrivo avvenga spontaneamente o sia agevolato, per esempio mediante un programma di evacuazione»³⁰⁹. Come sottolineato dall'UNHCR, non è possibile definire un afflusso massiccio in termini numerici assoluti perché dipendente dalle risorse dello Stato ricevente³¹⁰.

³⁰⁵ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 404 e ss.

³⁰⁶ Direttiva 2001/55/CE, *cit.*, art. 4.

³⁰⁷ Cfr. Direttiva 2001/55/CE, *cit.*, art. 12, 13, 15.

³⁰⁸ Asilo in Europa, *Direttiva Protezione Temporanea*, 10 maggio 2011, disponibile a <<http://asiloineuropa.blogspot.it/2011/06/direttiva-protezione-temporanea.html>>.

³⁰⁹ Direttiva 2001/55/CE, *cit.*, art. 2 lett. d).

³¹⁰ UNHCR, *UNHCR Commentary on the Draft Directive on Temporary Protection in the Event of a Mass Influx*, par. 3, disponibile a <<http://www.refworld.org/docid/437c5ca74.html>>.

Ad ogni modo, la disposizione dell'articolo 2 della direttiva non produce alcun effetto finché il Consiglio dei ministri dell'Unione Europea a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione, non conferma la presenza di un afflusso massiccio³¹¹.

Nonostante situazioni di emergenza determinate da ingenti flussi di rifugiati si siano verificate dopo l'entrata in vigore della direttiva³¹², ad oggi nessuna decisione del Consiglio ha permesso di attivare la direttiva.

³¹¹ G. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 329.

³¹²La questione della presenza dei presupposti per il riconoscimento di un massiccio afflusso di sfollati si era sollevata nel 2011 a causa degli arrivi via mare di persone provenienti dalla Tunisia nel contesto della cd.“Emergenza Nord Africa”, ma la Commissione europea non presentò la proposta di attivazione al Consiglio. ASGI, *Comunicato stampa del 31/03/2011 “Istituire la protezione temporanea è la sola via razionale per governare oggi l’esodo dalla Tunisia”*, disponibile a <<https://www.asgi.it/media/comunicati-stampa/istituire-la-protezione-temporanea-e-la-sola-via-razionale-per-governare-oggi-lesodo-dalla-tunisia/>>. In quell'occasione, in assenza di intervento da parte dell'Unione Europea, il governo italiano provvide con decreto del 5 aprile 2011 ad attivare l'art. 20 del T.U.I., che permette di concedere una protezione straordinaria ed urgente ad interi gruppi di migranti «per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità».

CAPITOLO III

LA PROTEZIONE COMPLEMENTARE NEL DIRITTO ITALIANO

1. La protezione umanitaria

1.1 Le fonti della protezione umanitaria

La protezione umanitaria è un istituto previsto dall'ordinamento giuridico italiano che, pur dando attuazione anche ad obblighi internazionali, non deriva direttamente da norme di adeguamento a norme internazionali o dell'Unione Europea³¹³.

La protezione umanitaria costituisce una forma residuale di tutela rispetto allo *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria rivolta a quei soggetti che, pur non rientrando nelle categorie tipizzate dalla legge per il riconoscimento della protezione internazionale per carenza di requisiti o per cause di diniego, revoca, cessazione o esclusione dalla protezione, sono meritevoli di tutela per motivi umanitari³¹⁴.

La fonte normativa di riferimento per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari è l'art. 5, co. 6, del T.U.I (Testo Unico sull'Immigrazione), d.lgs. n. 286/98, mentre la sua applicazione nell'ambito della procedura di asilo è disciplinata dagli articoli 32, co. 2 e 33, co. 3 del d.lgs. n. 25/08 di attuazione della direttiva 2005/85/CE (cd. direttiva procedure).

Altra norma rilevante è l'art. 19, co. 1, T.U.I, dal momento che l'articolo 11, co. 1, lett. c) *ter* del regolamento di attuazione del T.U.I, d.p.r. 394/1999 (come modificato dal reg. approvato con d.p.r. n. 334/2004) stabilisce che il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari avvenga nei casi di cui agli articoli 5, co. 6 e 19, co. 1 del T.U.I.

Come vedremo in questo capitolo, il carattere generale dell'art. 5, co. 6, T.U.I e la mancanza di norme che ne integrino il contenuto hanno reso la protezione umanitaria una forma di protezione la cui applicazione dipende dall'interpretazione che viene data a tale "clausola aperta".

³¹³ ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/98. Scheda pratica a cura di Noris Morandi*, giugno 2017, p. 2.

³¹⁴ V. MARENGONI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2012, p. 64.

1.2 Il carattere generale dell'articolo 5, co. 6, T.U.I

L'art. 5, co. 6, del d.lgs. n. 286/98 stabilisce: «il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello stato italiano».

Si tratta di una norma di carattere generale, definita la “clausola di salvaguardia” dell'impianto generale previsto dal T.U.I³¹⁵, che non tipizza le ipotesi in cui va riconosciuta la protezione umanitaria, ma comprende una vasta categoria di situazioni concrete che, pur non essendo riconducibili alla protezione internazionale, necessitano di tutela in ragione di:

- *Obblighi imposti dalle norme costituzionali*

Richiamando gli obblighi costituzionali, l'art. 5, co. 6, d.lgs. n. 286/98 fa certamente riferimento all'art. 10 della Costituzione, in particolare al diritto di asilo previsto dal terzo comma.

Il Costituente ha voluto dare il massimo rilievo al diritto di asilo, inserendolo tra i principi fondamentali della Repubblica ed offrendo una tutela piuttosto ampia.

L'art. 10, co. 3, Cost. si riferisce alla situazione individuale del soggetto a cui sia di fatto impedito l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione e sembra includere anche le ipotesi in cui queste libertà siano formalmente riconosciute dalle norme in vigore nel Paese di origine, ma non tutelate nella pratica³¹⁶.

La protezione umanitaria costituisce uno strumento di protezione complementare agli *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria, così come deducibile dall'art. 32 del d.lgs. n. 25/08 in base al quale la Commissione territoriale deve trasmettere gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno «nei casi in cui *non* accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario».

³¹⁵ Cfr. ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 4 e ss.; UNHCR, ASGI, SPRAR (con il coordinamento di), Dipartimento per le Libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno (con la supervisione di), *La tutela dei richiedenti asilo. Manuale giuridico per l'operatore*, 2012, p. 30 e ss.

³¹⁶ A. COSSIRI, *Art. 10*, in BARTOLE S., BIN. R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008., p. 86.

In virtù del carattere generale dell'art. 5, co. 6, T.U.I. e del rimando che tale articolo fa agli obblighi costituzionali, la tutela dei soggetti esclusi dalla protezione internazionale e meritevoli di tutela in base al dettato costituzionale resta perciò demandata alla protezione umanitaria.

L'estensione effettiva della tutela offerta dall'art. 10, co. 3, Cost. è ancora oggi incerta a causa della mancanza di una legge organica di attuazione del precetto costituzionale.

Inizialmente considerato diritto soggettivo perfetto all'ingresso e al soggiorno nel territorio dello Stato, azionabile direttamente davanti all'autorità giudiziaria³¹⁷, il diritto di asilo costituzionale è stato poi ridotto dalla giurisprudenza e da parte della dottrina³¹⁸ a norma programmatica, completamente attuata dalla normativa in materia di *status* di rifugiato, protezione sussidiaria e permesso di soggiorno per motivi umanitari e priva di margine di applicazione al di fuori di tali istituti. Nelle parole della Suprema Corte, «il diritto di asilo è oggi interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione, ad opera dell'esauritiva normativa di cui al d.lgs. n. 251 del 2007 (adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE) e del d.lgs. n. 286 del 1998., art. 5, co. 6, sì che non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale»³¹⁹.

La giurisprudenza della Cassazione ha così accolto la tesi in base alla quale il diritto d'asilo ex art. 10, comma terzo, è il *genus* di cui lo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria costituiscono le *species*³²⁰. Tale interpretazione ha negato il carattere precettivo della norma costituzionale, contrapponendosi a coloro che considerano invece il diritto d'asilo un diritto soggettivo perfetto dello straniero, a cui è impedito l'accesso alle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ad essere ammesso e a soggiornare nel territorio dello Stato italiano, anche in assenza di una legge che ne disciplini l'esercizio³²¹.

³¹⁷ La Corte d'appello di Milano lo aveva affermato in una sentenza del 27 novembre 1964 chiarendo «il diritto d'asilo nell'ordinamento giuridico italiano integra un vero e proprio diritto soggettivo, azionabile ed invocabile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria». La Cassazione aveva poi affermato la natura dell'asilo quale diritto soggettivo perfetto con le sentenze n. 4674/1997 e 907/1999. Cfr. M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, Padova, CEDAM, 2007, p. 32 e ss.

³¹⁸ P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria* in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2008, p. 14.

³¹⁹ Cass. Civ, ord. 26 giugno 2012, n. 10686; Cfr. anche Cass., sez. VI, ordinanza 7 luglio 2014, n. 15466.

³²⁰ B. NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, Bozza della relazione, Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti *Lo statuto costituzionale del non cittadino* (Cagliari, 16-17 ottobre 2009), disponibile a < <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/Nascimbene.pdf> >, p. 46.

³²¹ Cfr. B. NASCIBENE, *op.cit.*, p. 43; F. RESCIGNO, *op.cit.*, p. 220, F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 177, A. CASSESE, *op.cit.*, p. 532, M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 35 e ss.

Se da un lato tale interpretazione nega qualsiasi margine di applicazione del diritto di asilo costituzionale al di là degli istituti previsti, dall'altro il riferimento agli obblighi costituzionali contenuto nell'art. 5, co. 6, T.U.I. può essere visto come un mandato di attuazione del diritto di asilo costituzionale all'istituto della protezione umanitaria.

Tra gli obblighi costituzionali rilevanti a proposito di stranieri rientra anche l'art. 10, co. 4, Cost., contenente il divieto di estradizione per reati politici, a cui lo Stato italiano non può derogare neanche attraverso Convenzioni internazionali (trattandosi di previsione di rango costituzionale, occorre una legge costituzionale per derogarla).

La nozione di reato politico comprende quelle situazioni in cui, per la "politicità" della condotta e per gli interessi giuridici lesi, lo straniero che lo ha commesso, se consegnato allo Stato richiedente, sarebbe esposto «ad un processo penale non equo o all'esecuzione di una pena discriminatoria o ispirata da iniziative persecutorie per ragioni politiche, che ledono diritti fondamentali dell'individuo»³²².

Sono tuttavia stati esclusi dalla nozione di reati politici e quindi dal divieto di estradizione ex art. 10, co. 4, Cost.: i delitti di genocidio, i crimini internazionali individuati dallo Statuto della Corte Penale Internazionale e tutti quegli atti qualificati dal diritto internazionale generale come *crimina juris gentium*³²³.

In questi casi resta tuttavia vigente il principio di *non-refoulement* che, come confermato dalla Cassazione, comporta il rigetto della richiesta di estradizione ove risulti, anche dai rapporti di organizzazioni non governative, che nel Paese estradando il cittadino subirebbe torture o maltrattamenti³²⁴.

Tra le previsioni costituzionali che vengono in rilievo quando si tratta di esigenze di protezione per motivi umanitari vi è il diritto alla salute, qualificato dall'art. 32 Cost. come diritto fondamentale della persona e interesse della collettività. Il concetto di salute deve intendersi nel significato datogli dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (di cui l'Italia è membro dal 1947 con la ratifica approvata con il d.lgs. n. 1068/1947), cioè "uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità".

³²² Cass. pen., sez. VI, sent. n. 5089/2014.

³²³ ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 7.

³²⁴ V. MARENGONI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2012, p. 68.

Come vedremo, il diritto alla salute assume rilevanza nell'individuazione delle esigenze umanitarie che interessano la persona affetta da gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente trattate nel Paese d'origine.

Al di là di queste ipotesi, raramente norme costituzionali diverse dall'art. 10 Cost. sono state poste a fondamento della protezione umanitaria. A tale riguardo merita però di essere citato il caso in cui il giudice ha utilizzato il principio costituzionale sancito dall'art. 35 Cost. per affermare che l'impegno sul piano del lavoro posto in essere dal ricorrente non doveva andare «abortito e sprecato» con il rinvio in Patria e che nel caso di specie era doveroso rilasciare il permesso di soggiorno di cui all'art. 5, co. 6, T.U.I. non solo per la presenza di motivi di carattere umanitario, ma anche di «motivi derivanti dal fondamentale precetto costituzionale che impone di tutelare il lavoro in ogni sua forma»³²⁵.

- *Obblighi previsti dalle Convenzioni internazionali di tutela dei diritti umani fondamentali*

Come abbiamo visto, alla protezione complementare è demandata l'attuazione del principio di *non-refoulement* derivante dal diritto internazionale dei diritti umani.

L'attuazione di questo principio, a livello normativo italiano, è realizzata attraverso l'art. 11, co.1, lett. c) *ter*, d.p.r. n. 394/1999, che prevede il riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui agli articoli 5, comma 6 e art. 19, co. 1, d.lgs. 286/98. Quest'ultimo inizialmente si limitava a garantire il rispetto del principio di *non-refoulement* nel significato datogli dalla Convenzione di Ginevra, prevedendo che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione».

Nel luglio 2017 la normativa italiana si è adeguata all'espansione del principio di *non-refoulement*, avvenuta grazie all'interpretazione dell'art. 3 della Cedu data dalla giurisprudenza di Strasburgo, aggiungendo all'art. 19 la disposizione che vieta «il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura» e che richiede che nella valutazione di questi motivi si tenga conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di «violazioni sistematiche e gravi di diritti umani»³²⁶.

³²⁵ Tribunale ordinario di Bologna, sez. civ. I, ord.14 novembre 2016.

³²⁶ ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 3.

La clausola d'apertura dell'art. 19 («in nessun caso») specifica il carattere assoluto del divieto, da cui deriva la sua inderogabilità anche in caso di diniego del riconoscimento di protezione internazionale³²⁷. Il rispetto del principio di *non-refoulement* può essere infatti garantito attraverso il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, ma nell'ipotesi in cui, pur in presenza del rischio di persecuzioni, torture o trattamenti disumani e degradanti, la protezione internazionale non venga riconosciuta - ad esempio per una clausola di esclusione³²⁸ o per la mancanza del nesso causale con uno dei motivi previsti dalla Convenzione di Ginevra o di uno dei requisiti della protezione sussidiaria - la protezione umanitaria funge da protezione complementare³²⁹ volta a tutelare la condizione di inespellibilità dell'individuo.

Con la Circolare del 30 luglio 2015³³⁰ il Ministero dell'Interno, oltre a richiamare il carattere assoluto dell'art. 3 della Cedu come previsto dall'art. 15 della Cedu, ha indicato le altre norme internazionali da cui deriva l'obbligo di riconoscere la protezione umanitaria in caso di esposizione a tortura o a trattamenti inumani e degradanti: l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Nè la Cedu, nè i trattati internazionali citati obbligano gli Stati ad accordare un titolo di soggiorno allo straniero, si può affermare tuttavia che il rilascio del permesso per motivi umanitari costituisca concreta attuazione del principio di *non-refoulement*: permettendo ai beneficiari il soggiorno sul territorio dello Stato impedisce il loro respingimento verso territori in cui sarebbero a rischio di tortura o trattamenti disumani e degradanti.

³²⁷ A. NATALE, *Il giudice e lo straniero. I diritti fondamentali presi sul serio*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 2/2015, p. 23.

³²⁸ L'articolo 15 b) della direttiva "qualifiche", che rispecchia il principio di *non-refoulement* nella protezione sussidiaria, non è infatti una previsione inderogabile ma soggetta alle clausole di esclusione previste dall'articolo 17. J. McADAM, *The European Qualification Directive*, cit., p. 493.

³²⁹ La complementarietà della protezione umanitaria rispetto alla sussidiaria nella tutela contro i trattamenti violati dall'articolo 3 è stata sottolineata dalla Cassazione, che ha statuito che il rischio effettivo di essere sottoposto a pena di morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti «non costituisce più una condizione idonea soltanto al rilascio di un permesso di natura umanitaria [...], ma dà diritto ad una misura di protezione sussidiaria, stabile, accompagnata da permesso di soggiorno triennale e dalla fruizione di un complesso quadro di diritti e facoltà». Cass. Civ, sez. VI, ord. 24 marzo 2011, n. 6879. Cfr. ASGI, *La protezione sussidiaria*, cit., p. 12.

³³⁰ Ministero dell'Interno - Commissione nazionale per il diritto di asilo, Circolare 30 luglio 2015, n. 3716, *Ottimizzazione delle procedure relative all'esame delle domande di protezione internazionale. Ipotesi in cui ricorrono i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, disponibile a <<http://www.immigrazione.biz/circolare.php?id=981>>.

- *Altre esigenze di carattere umanitario non legate a precisi obblighi costituzionali o internazionali*

In mancanza di ulteriori specificazioni da parte dell'art. 5, co. 6, T.U.I, i «seri motivi di carattere umanitario» costituiscono un “catalogo aperto”.

L'uso della disgiuntiva nel riferimento a «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» è stato interpretato come indicativo del fatto che i primi non debbano trovare fondamento necessariamente in obblighi specifici, ma eventualmente nella clausola generale dell'art. 2 della Costituzione³³¹ e che, come indicato dalla Corte Costituzionale, possano essere identificati «facendo riferimento alle fattispecie previste dalle Convenzioni universali che impongono di adottare misure protettive dei diritti umani fondamentali e che trovano espressione e garanzia nella Costituzione»³³².

Questa interpretazione ha portato ad identificare l'art. 5, co. 6, T.U.I. come «una clausola di salvaguardia del sistema volta a consentire che sia data tutela anche a situazioni non rientranti in alcuna delle disposizioni citate»³³³.

L'atipicità dei motivi umanitari e la loro autonomia dalle altre forme di protezione, confermata dalla giurisprudenza della Cassazione³³⁴, comporta la necessità di una valutazione individuale caso per caso³³⁵, anche quando le domande relative alla protezione internazionale siano state rigettate³³⁶, ed

³³¹ L'art. 5, co. 6, T.U.I. è stato descritto come «clausola di salvaguardia del sistema che consente l'autorizzazione al soggiorno in tutti quei casi concreti che non trovano una compiuta corrispondenza in fattispecie astratte previste dalla normativa, ma nei quali ricorrono situazioni meritevoli di tutela per ragioni umanitarie, protette, in via generale, dall'art. 2 Cost.» (Tribunale di Prato, ord. 21 dicembre 2013).

³³² Corte Cost., sent. n. 381 del 1999.

³³³ Tribunale ordinario di Perugia, sez. civ. II, sent. n. 2985/2016.

³³⁴ La Corte di Cassazione ha stabilito che la protezione umanitaria è «una misura *autonoma* i cui requisiti non sono integralmente sovrapponibili a quelli delle misure maggiori ed in particolare della protezione sussidiaria» (Cass. Civ., sez. VI, sent. n. 6879/2011).

³³⁵ «la protezione umanitaria, attraverso le recenti norme di attuazione delle direttive comunitarie, le conseguenti prassi amministrative e la giurisprudenza, è diventata una forma di tutela che si affianca alle prime due in casi meritevoli, che formalmente non rientra nella loro sfera applicativa e che va accertata *caso per caso*» (Corte d'appello di Napoli, sent. 2528/2017).

³³⁶ Nelle parole della Suprema Corte «l'indagine sull'esistenza di condizioni di vulnerabilità secondo i parametri sopra indicati (art. 10 comma terzo Cost; art 5, comma sesto e 19 comma secondo d.lgs. n. 286 del 1998) non può essere omessa dal giudice d'appello ove la domanda formulata in primo grado sia stata disattesa e deve essere svolta alla luce dei criteri indicati, non potendo il rigetto essere la conseguenza automatica della reiezione delle domande relative alle misure tipiche» (Cass. Civ., sent. 19 febbraio 2015, n. 3347).

il rilascio del permesso ex art. 5, co. 6, d. lgs. 286/98 qualora si riscontrino situazioni cd. vulnerabili³³⁷.

Il concetto di vulnerabilità idoneo a riconoscere la protezione umanitaria è di creazione giurisprudenziale ed è stata ricondotta a volte a condizioni soggettive della persona, a volte a condizioni oggettive relative al Paese di provenienza, comunque non coincidenti con i presupposti per il riconoscimento delle misure di protezione internazionale³³⁸, ma tali da pregiudicare l'esercizio dei diritti fondamentali³³⁹.

Con la Circolare del 30 Luglio 2015 il Ministero dell'Interno ha delineato alcuni casi specifici in cui ricorrono i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari³⁴⁰.

Tali ipotesi sono:

- esposizione alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti;
- gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente trattate nel Paese di origine;
- temporanea impossibilità di rimpatrio a causa dell'insicurezza del Paese o della zona di origine, non riconducibile alle previsioni dell'art. 14 lett. c) del d.lgs. n. 251/2007;
- gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza;
- situazione familiare del richiedente asilo che dev'essere valutata ai sensi di quanto previsto dall'art. 8 della Cedu concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

La lista riportata dalla Circolare non può comunque dirsi esaustiva: essendo l'art. 5, co. 6, T.U.I. norma volutamente "aperta", la giurisprudenza ha individuato esigenze umanitarie anche in altri casi.

³³⁷ Secondo la giurisprudenza di legittimità «le misure di carattere umanitario hanno carattere atipico e residuale da accertarsi caso per caso. In particolare tale natura si riscontra nelle *situazioni cd. vulnerabili* che possono avere l'eziologia più varia [...]» (Cass, sent. n. 26566/2013).

³³⁸ La Cassazione ha richiesto per il rilascio del permesso per motivi umanitari il «riconoscimento da parte delle Commissioni territoriali o del giudice del merito dell'esistenza di situazioni "vulnerabili" non rientranti nelle misure tipiche o perché non aventi il carattere della temporaneità o perché vi sia un impedimento al riconoscimento della protezione sussidiaria, o, infine, perché intrinsecamente diverse nel contenuto rispetto alla protezione internazionale ma caratterizzate da un'esigenza qualificabile come umanitaria (problemi sanitari, madri di minori etc.)» (Cass., sez. VI, ord. 7 luglio 2014, n. 15466).

³³⁹ ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 9 e 10.

³⁴⁰ Ministero dell'Interno - Commissione nazionale per il diritto di asilo, Circolare 30 luglio 2015, n. 3716 cit.

- *Esposizione alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti*

Come già detto, il riconoscimento della protezione in questo caso deriva dal principio di diritto internazionale generale di *non-refoulement* e ha carattere residuale rispetto all'accertamento di esigenze di protezione internazionale. La protezione umanitaria interviene a tutelare l'individuo dal rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti, ad esempio, nei casi in cui non ricorrano i presupposti per riconoscere lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria venga negata per la presenza di clausole di cessazione o esclusione. In base al regolamento di attuazione del T.U.I, il permesso di soggiorno per motivi umanitari va inoltre rilasciato allo straniero inespellibile ai sensi dell'art. 19, co.1, T.U.I, a prescindere dal fatto che egli abbia presentato domanda di protezione internazionale.

- *Gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente trattate nel Paese di origine*

In questo caso la vulnerabilità della persona dipende da una condizione di salute soggettiva, che può riferirsi ad una disabilità o ad una malattia, sia fisica che psichica, eventualmente anche transitoria, ma che dev'essere legata ad una situazione di oggettiva mancanza di risorse adeguate del sistema sanitario del Paese di origine tale che un eventuale rinvio comporterebbe la perdita di opportunità di cura³⁴¹.

La mancanza di trattamenti medici adeguati, purché legata alla sussistenza di evidenti motivi umanitari, è stata riconosciuta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo quale motivo per dichiarare l'eventuale rimpatrio in violazione dell'art. 3 della Cedu³⁴². È quindi possibile considerare la protezione umanitaria offerta in questi casi dallo Stato italiano, non solo come

³⁴¹ ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 13.

³⁴² Nel caso *D. c. Regno Unito* la Corte di Strasburgo aveva negato il rimpatrio di un malato terminale di AIDS nell'isola di St. Kittis, elaborando il principio in base al quale i rimpatri violano l'art. 3 Cedu «*where there is credible medical evidence that return, due to the medical facilities in the country concerned, would reduce the applicant's life expectancy and subject him to acute physical and mental suffering*» (Corte Edu, 2 Maggio 1997, *D. c. Regno Unito*). Successivamente, la Corte aveva tuttavia specificato che l'assenza di trattamenti medici adeguati costituisce ostacolo all'espulsione solo se accompagnata da altri motivi di carattere umanitario (Corte Edu, 27 Maggio 2008, *N. c. Regno Unito*).

riconoscimento di una situazione di estrema vulnerabilità, ma anche come adempimento degli obblighi derivanti dalla Cedu³⁴³.

- *Temporanea impossibilità di rimpatrio a causa dell'insicurezza del Paese o della zona di origine, non riconducibile alle previsioni dell'art. 14 lett. c) del d.lgs. n. 251/2007*

È questo uno dei casi in cui la vulnerabilità dell'individuo dipende da condizioni oggettive relative al Paese di provenienza - ad esempio, scontri o conflitti di diversa natura, attentati terroristici³⁴⁴, diffusa criminalità organizzata in mancanza di adeguata protezione³⁴⁵, instabilità politica o sociale³⁴⁶ - tali da non poter garantire al soggetto un rientro in assoluta sicurezza³⁴⁷. La non riconducibilità alle previsioni dell'art. 14 lett. c) d.lgs. 251/2007 (di recepimento dell'art. 15 lett. c) della direttiva qualifiche) indica la complementarietà rispetto alla protezione sussidiaria e la corrispondente necessità di accertare prima l'eventuale sussistenza del "pericolo di minaccia grave

³⁴³ Nel riconoscere la protezione umanitaria ad un cittadino del Marocco in gravi condizioni di salute il Tribunale di Milano ha infatti sottolineato che «il fatto che la necessità del mantenimento della terapia in atto sul ricorrente non potrebbe essere assicurata in caso di ritorno in Marocco[...] portano a ritenere che nel caso in esame sussista un'ipotesi di "non respingimento"» (Tribunale di Milano, ord. 13 giugno 2013).

³⁴⁴ Il Tribunale di Firenze ha ritenuto meritevole di considerazione ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari «l'attuale situazione di insicurezza della provincia del Punjab pachistano, essendo caratterizzata comunque dalla presenza di frequenti *attentati terroristici*, pur non sussistendo la fattispecie contemplata dall'art. 14 lett. c) d.lgs. 251/2007» (Tribunale ordinario di Firenze, sez. civ. I, ord. 3 marzo 2017).

³⁴⁵ La protezione umanitaria è stata ad esempio riconosciuta ad un ricorrente nigeriano per le probabili azioni di ritorsione violenta che avrebbe subito in caso di rientro in Nigeria da parte degli aderenti di una confraternita avente il carattere di *associazione di tipo mafioso*, non adeguatamente fronteggiate dalle forze di polizia locali (Tribunale ordinario di Perugia, sez. civ. II, sent. n. 2985/2016).

³⁴⁶ Nel caso di una ricorrente nigeriana è stato rilevato che «seppure non vi è certezza in ordine al fatto che se il ricorrente tornasse nel proprio paese correrebbe il rischio effettivo di subire un grave danno alla vita per via della violenza indiscriminata del suo Paese, ricorrono valide ragioni per la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, atteso il *quadro politico di generale instabilità* che coinvolge tutta la popolazione, perché si ritiene che se la ricorrente tornasse nel proprio paese precipiterebbe in una condizione di estrema vulnerabilità idonea a compromettere la sua possibilità di esercitare i diritti fondamentali legati anche solo alle scelte quotidiane» (Tribunale ordinario di Venezia, sez. civ. III, ord. 26 ottobre 2017).

³⁴⁷ ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari, cit.*, p. 14.

e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”³⁴⁸.

- *Gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza*

Come nell’ipotesi precedente, ci si riferisce qui a condizioni oggettive, in questo caso di carattere ambientale, che impediscono il rimpatrio dell’individuo in condizioni di sicurezza. Le condizioni ambientali in esame si ritiene possano derivare non solo da catastrofi ambientali, quali terremoti, cicloni, alluvioni, inondazioni o tempeste, ma anche da eventi a lenta insorgenza come la siccità, la desertificazione, lo scioglimento dei ghiacci³⁴⁹. Sono stati ritenuti fattori in base ai quali riconoscere la protezione umanitaria anche situazioni epidemiche, come l’epidemia di Ebola in Liberia, Guinea e Sierra Leone o le situazioni di grave degrado ambientale in Bangladesh.

Si tratta di situazioni difficilmente rientranti nella protezione internazionale, da un lato perché l’estensione della Convenzione di Ginevra ai migranti ambientali è stata considerata con sfavore dallo stesso Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, dall’altro perché la Commissione europea ha escluso che la nozione di “danno grave” contenuta nella direttiva 2011/95/UE possa essere interpretata in modo da includere tali situazioni.

Nemmeno la proposta di riforma del Sistema europeo comune di asilo, presentata dalla Commissione europea nel 2016, ha accennato alla possibilità di modificare la nozione di “danno grave” di cui all’art. 15 lett. c) della direttiva in modo da includere la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona derivante da un mutamento ambientale³⁵⁰.

Gli unici casi in cui le esigenze di protezione di chi è costretto a fuggire per motivi ambientali sono state fatte rientrare nelle ipotesi tutelate dallo *status* di rifugiato o dalla protezione sussidiaria hanno riguardato situazioni in cui all’evento naturale si aggiungevano atti di persecuzione collegati ai

³⁴⁸ La complementarietà della protezione umanitaria rispetto alla sussidiaria sotto questo profilo ha trovato confermata nella sentenza con cui la Cassazione ha affermato che «con la domanda di protezione internazionale, ancorché indistinta, il richiedente ha diritto all’esame delle condizioni di riconoscimento delle due misure di protezione internazionale, previste nella direttiva, ma senza escludere la possibilità del rilascio di un permesso sostenuto da ragioni umanitarie o da obblighi internazionali o costituzionali diversi da quelli derivanti dal citato art. 3 Cedu (ormai ricompreso espressamente nella protezione sussidiaria) o da quelli indicati nella lettera c) dell’art. 14 del dlgs. n. 251 del 2007 (la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale)» (Cass. Civ., sez. VI, ord, 24 marzo 2011, n. 6879).

³⁴⁹ Cfr. ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 14; A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell’ambito dell’ordinamento giuridico europeo e nazionale?* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017, p. 4 e ss.

³⁵⁰ A. BRAMBILLA, *op. cit.*, p. 21.

motivi di cui alla Convenzione di Ginevra o rischi di subire un grave danno così come qualificato dalla direttiva qualifiche.

Come descritto nel capitolo II, le fasce di popolazione maggiormente colpite da fenomeni ambientali rientrano nella definizione di particolare gruppo sociale ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato quando la condizione ambientale è associata ad una forma di persecuzione, individuata nell'omissione di protezione da parte delle autorità locali. È stato ad esempio identificato come PSG un gruppo appartenente alla popolazione della Somalia, i Rahanweyn e i Bantu, colpito in modo sproporzionato dagli effetti della siccità e della carestia perché la mancanza di protezione è stata ricondotta agli atti di discriminazione compiuti su di esso da agenti statali e non statali³⁵¹.

La protezione sussidiaria è stata invece riconosciuta quando all'evento naturale si è aggiunto il rischio di subire un grave danno così come qualificato dalla direttiva 2011/95/UE, individuato, nel caso di alcuni richiedenti protezione internazionale nigeriani, negli scontri armati che in quella zona della Nigeria sono legati al depauperamento ambientale e delle risorse del territorio causato dallo sfruttamento del petrolio ad opera delle multinazionali³⁵².

A lasciare aperta la possibilità di applicazione alle vittime di gravi calamità naturali è la definizione di "afflusso massiccio" contenuta nella direttiva 2001/55/CE sulla concessione della protezione temporanea, ma, come abbiamo visto, la Commissione europea non ha mai riconosciuto situazioni tali da attivare la procedura prevista dalla direttiva.

Il concetto è stato ripreso dall'art. 20 del T.U.I., che ha istituito uno speciale permesso con cui concedere protezione straordinaria ed urgente ad interi gruppi di migranti per rilevanti esigenze umanitarie dovute anche a «disastri naturali». La Circolare del Ministero non sembra tuttavia riferirsi solo al permesso di soggiorno previsto dall'art. 20 del T.U.I, vincolato alla presenza di un afflusso massiccio di persone e quindi volto ad una tutela di tipo diffuso, ma apre la strada al riconoscimento della protezione umanitaria anche quando la richiesta di tutela in ragione di gravi calamità naturali abbia carattere individuale³⁵³.

La linea è stata seguita dal Tribunale di Bologna che ha riconosciuto la protezione umanitaria alla vittima di un evento alluvionale in Pakistan, per la situazione di vulnerabilità sociale dovuta alla

³⁵¹ A. BRAMBILLA, *op. cit.*, p. 25.

³⁵² A. BRAMBILLA, *op. cit.*, p. 22.

³⁵³ A. BRAMBILLA, *op. cit.*, p. 16.

perdita di ogni bene materiale e di ogni affetto nel Paese di provenienza e per l'impossibilità di poter contare sul sostegno del governo pakistano³⁵⁴.

- *Situazione familiare del richiedente asilo che dev'essere valutata ai sensi di quanto previsto dall'art. 8 della Cedu concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare*

Si tratta in questo caso dell'attuazione dell'art. 8 della Cedu, che implica per gli Stati un obbligo negativo di non ingerenza nella sfera privata e familiare degli individui ed un obbligo positivo di adottare misure inerenti al rispetto della vita familiare³⁵⁵. In questo senso, la presenza di coniugi o parenti stretti in Italia può giustificare il rilascio di un permesso di soggiorno per evitare di rompere l'unità familiare³⁵⁶.

- *Esigenze umanitarie individuate dalla giurisprudenza*

Tra gli elementi indicativi di condizioni di particolare vulnerabilità la giurisprudenza ha preso in considerazione la scarsità di legami nel paese natale, la totale eradicazione dal Paese di origine³⁵⁷, la giovane età al momento della partenza³⁵⁸ e l'assenza prolungata dal Paese di provenienza³⁵⁹.

Questi rilievi hanno portato spesso all'accoglimento di richieste di protezione umanitaria, ma in questi casi erano accompagnati da altri elementi che confermavano la condizione di vulnerabilità dell'individuo. La protezione umanitaria è stata, ad esempio, riconosciuta per «l'assenza di riferimenti familiari e la situazione di guerriglia che interessa la regione»³⁶⁰ oppure per «la scarsità di legami nel paese natale, unitamente allo stato depressivo accertato da strutture sanitarie italiane e

³⁵⁴ Corte d'appello di Bologna, sent. 29 marzo 2016, n. 524.

³⁵⁵ ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 14 e 15.

³⁵⁶ È ciò che ha stabilito il Tribunale di Trieste riconoscendo la protezione umanitaria ad una richiedente asilo della Macedonia il cui compagno e la cui figlia vivevano in Italia. L'ordinanza afferma che, proprio in base alla Circolare del Ministero dell'Interno del 30 luglio 2015 e all'art. 8 della Cedu, «i legami familiari e personali non possono non rappresentare uno specifico motivo di valutazione nella decisione sul riconoscimento della cd. protezione umanitaria» (Tribunale ordinario di Trieste, sez. civ., ord. 4 luglio 2017).

³⁵⁷ Tribunale ordinario di Genova, sez. civ. XI, ord. 14 settembre 2017.

³⁵⁸ Corte d'appello di Napoli, sent. n. 2528/2017.

³⁵⁹ Tribunale ordinario di Genova, sez. civ. XI, ord. 8 giugno 2017.

³⁶⁰ Tribunale ordinario di Genova, sez. civ. XI, ord. 26 luglio 2017.

alle cattive condizioni di salute»³⁶¹. In un altro caso, il fatto che il ricorrente avesse perso i genitori e fosse espatriato ancora giovanissimo è stato considerato condizione di «*ulteriore particolare vulnerabilità*»³⁶².

La valutazione dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria ha talvolta avuto esiti positivi quando ad elementi indicativi della condizione di vulnerabilità si sono aggiunte prove dell'integrazione del soggetto nel territorio italiano, valutata sulla base del livello di apprendimento della lingua, della partecipazione ad attività di socializzazione e volontariato, dell'apprendimento di una professionalità, eccetera.

Ciò è avvenuto nel caso in cui il giudice ha ritenuto accoglibile la richiesta di concessione del permesso per motivi umanitari «considerato che - da un lato - attraverso la documentazione medica prodotta il ricorrente ha dimostrato di aver effettivamente subito in passato delle gravi lesioni [...] che lo hanno comunque reso vulnerabile e - dall'altro - che il ricorrente ha dimostrato di aver intrapreso in Italia un fattivo percorso di integrazione, avendo studiato con profitto la lingua italiana ed avendo svolto con dedizione attività di volontariato»³⁶³.

Similmente, il ricorso di un cittadino nigeriano è stato accolto perché «la situazione generale del Paese di origine delineata, la giovane età del richiedente, nonché l'impegno del medesimo in un percorso serio di integrazione impongono di riconoscere un permesso di soggiorno per motivi umanitari»³⁶⁴.

In molti casi, il giudizio di bilanciamento tra il contesto di vita creato nel Paese di accoglienza e quello in cui la persona si troverebbe se tornasse nel Paese di origine ha portato a considerare il rimpatrio come irragionevole e contrario al senso di umanità.

Su questa linea, l'allontanamento dal territorio italiano è stato ritenuto «una totale perdita di chance» nel caso di un ricorrente che aveva messo in atto notevoli sforzi per guadagnarsi una professionalità in Italia: in questo caso la protezione umanitaria è stata riconosciuta ammettendosi

³⁶¹ Tribunale ordinario di Genova, sez. civ. II, ord. 29 settembre 2017.

³⁶² Tribunale ordinario di Salerno, sez. civ. I, ord. 5 ottobre 2017.

³⁶³ Tribunale ordinario di Genova, sez. civ. XI, ord. 3 agosto 2017. Cfr. la sent. n. 2985/2016 in cui, similmente, l'accoglimento della richiesta si basa sull'accertamento di ragioni di carattere umanitario, in questo caso il rischio di ritorsione violenta da parte degli aderenti ad una confraternita nigeriana, e sull'evidenza che «il ricorrente si stia positivamente impegnando nell'ambito del progetto volto all'apprendimento della lingua ed all'esecuzione di attività di socializzazione e volontariato» (Tribunale ordinario di Perugia, sez. civ. II, sent. n. 2985/2016).

³⁶⁴ Tribunale ordinario di Bologna, sez. civ. II, ord. 7 settembre 2017.

che in caso di rimpatrio l'individuo si sarebbe trovato nuovamente a vivere in «un ambiente ostile da cui si è totalmente allontanato senza poter riutilizzare nulla di quanto acquisito in Italia»³⁶⁵.

In un altro caso, sempre unitamente alla considerazione del positivo percorso di integrazione compiuto dalla richiedente, il rilascio del permesso per motivi umanitari ed il riconoscimento di un «congruo periodo di permanenza nel nostro Paese» sono stati ritenuti ragionevoli per permettere alla cittadina nigeriana di «elaborare le drammatiche vicende vissute nel Paese d'origine», elaborazione che non appariva evidentemente possibile in caso di rimpatrio³⁶⁶.

Una sentenza “originale” ha invece considerato gli sforzi effettuati dal ricorrente per imparare la lingua italiana e ottenere un lavoro quale elemento indicativo di una situazione di vulnerabilità. La Corte ha rilevato in questo caso che il profilo individuale di particolare vulnerabilità del ricorrente lo aveva portato ad «impegnarsi spasmodicamente nelle attività volte all'integrazione nel nostro Paese» e che questi sforzi rispecchiavano «la profonda esasperazione da cui il giovane gambiano proveniva e da cui si è voluto tenacemente emancipare»³⁶⁷.

Ulteriore elemento indicativo della condizione di vulnerabilità personale del richiedente è stato individuato nell'effettuazione di un viaggio lungo, incerto e rischioso, che, secondo il giudice, «apparirebbe contraddittorio se nel Paese di origine il ricorrente potesse vedersi garantite condizioni di vita accettabili e consone all'esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo»³⁶⁸.

Le «gravi sofferenze subite per arrivare in Italia», incluse quelle inevitabilmente subite in Libia alla luce dei «gravi fatti che hanno interessato la nazione», sono state considerate indicative di condizioni di specifica estrema vulnerabilità anche in altri casi³⁶⁹.

In generale, nell'accertamento delle esigenze di carattere umanitario è riscontrabile la tendenza ad effettuare sempre una valutazione sulla situazione personale, anche nei casi in cui vengano prese in considerazione circostanze oggettive relative al Paese di provenienza. Ciò deriva dalla necessità di accertare la condizione di vulnerabilità dell'individuo che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto indicativa della presenza dei seri motivi di carattere umanitario³⁷⁰.

La Cassazione ha, ad esempio, accolto un ricorso contro una decisione della Corte d'appello ritenendo necessaria «una valutazione della Corte d'appello circa la gravità dell'attuale situazione

³⁶⁵ Tribunale ordinario di Genova, sez. civ. XI, ord. 14 settembre 2017.

³⁶⁶ Tribunale ordinario di Bologna, sez. civ. I, ord. 20 giugno 2017.

³⁶⁷ Tribunale ordinario di Bologna, sez. civ. I, ord. 14 novembre 2016.

³⁶⁸ Tribunale ordinario di Perugia, sez. civ. II, ord. 16 agosto 2016.

³⁶⁹ Tribunale ordinario di Genova, sez. XI civ., ord. 10 gennaio 2017.

³⁷⁰ Cass., sent. n. 26566/2013; Cass., sez. VI, ord. 7 luglio 2014, n. 15466.

del Pakistan correlandola alla situazione personale del richiedente nonché una valutazione degli stessi elementi ai fini della decisione sulla domanda di concessione della protezione umanitaria»³⁷¹. Un recente orientamento giurisprudenziale si è spinto a ritenere il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari necessario a dare attuazione al diritto individuale ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia che includa un'alimentazione, un vestiario ed un alloggio adeguati e al diritto fondamentale alla libertà dalla fame, previsti dall'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. In base a questo indirizzo, la protezione umanitaria dovrebbe essere riconosciuta allo straniero che in caso di rimpatrio si troverebbe in una situazione di difficoltà economica e sociale tale da limitare l'accesso al diritto inviolabile della persona all'alimentazione. Nel caso specifico il Tribunale aveva ritenuto, alla luce della situazione di gravissima e diffusa povertà del Gambia emergente da precisi documenti internazionali, compromessa la tutela del diritto all'alimentazione ed aveva ritenuto il ricorrente meritevole di protezione umanitaria «per il solo fatto di essere cittadino gambiano, a nulla valendo il rischio di un riconoscimento di massa della protezione umanitaria, perché i diritti universali non sono a numero chiuso».³⁷² Questo indirizzo individua la condizione di estrema vulnerabilità che giustifica il rilascio del permesso per motivi umanitari nella situazione di estrema difficoltà economica in cui il ricorrente si troverebbe in caso di rimpatrio, rendendo ancor più indefinita la linea di demarcazione tra i soggetti ritenuti meritevoli di protezione e i “migranti economici”.

1.3 Il contenuto della protezione umanitaria

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari permette al titolare di:

- esercitare per il periodo di validità dello stesso il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e l'esercizio di attività in qualità di socio lavoratore di cooperative (art. 14 co. 1 lett. c) d.p.r. n. 394/1999);
- iscriversi al Servizio Sanitario Nazionale (art. 34, co.1, lett. b) T.U.I);
- accedere alle misure di assistenza sociale al pari dei cittadini italiani (artt. 40 e 41 T.U.I);
- iscriversi ai corsi di formazione per lavoratori e ai corsi scolastici in condizione di parità con i cittadini italiani (artt. 22, co.15, 38 e 39, co. 5, T.U.I)

³⁷¹ Cass., sez. VI, ordinanza 10 settembre 2015, n. 17951.

³⁷² Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. 31 marzo 2016. ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 9.

- richiedere il rilascio di un titolo di viaggio³⁷³.

In base agli articoli 28 co.1 e 29 co.10 d.lgs. 286/98, i titolari del permesso di soggiorno per motivi umanitari sono esclusi dall'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare³⁷⁴.

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è comunque convertibile, qualora ve ne siano i requisiti, in permesso di soggiorno per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari o di lavoro³⁷⁵.

La durata del permesso di soggiorno per motivi umanitari è correlata alle necessità che ne hanno determinato il rilascio e può variare da sei mesi a due anni; per quanto disposto dall'art. 14, comma 4 del dpr. n. 21/2015, se viene rilasciato in seguito della procedura di protezione internazionale ha durata biennale.

Il rinnovo è subordinato alla valutazione della permanenza dei motivi che ne hanno permesso il rilascio, spettante alla Commissione Territoriale che ne ha determinato l'originario rilascio o al Questore laddove si tratti di titolo di soggiorno rilasciato direttamente da quest'ultimo³⁷⁶.

³⁷³ L'art. 24 del d.lgs. 251/2007 co. 2 prevede che gli stranieri titolari di protezione sussidiaria debbano ottenere il titolo di viaggio qualora sussistano «fondatte ragioni che non consentano al titolare dello *status* di protezione sussidiaria di chiedere il passaporto alle autorità diplomatiche del Paese di cittadinanza». La circolare del Ministero dell'Interno del 24 febbraio 2003 ha esteso il principio ai titolari del permesso di soggiorno per motivi umanitari. Tuttavia, si è diffusa la prassi nelle questure di rigettare le istanze di rilascio del titolo di viaggio adducendo l'invalidità delle ragioni poste a fondamento dell'impossibilità di ottenere il passaporto dalle autorità consolari del proprio Paese di cittadinanza. Molte questure hanno anche iniziato a richiedere una certificazione rilasciata dalle autorità consolari del Paese d'origine contenente il rifiuto di rilasciare il passaporto. Queste prassi sono state delegittimate dal Tar Lazio, che ha precisato che il richiedente potrebbe non volere o non poter entrare in contatto con le autorità per timore di subire ritorsioni o di porre a rischio la propria incolumità o quella dei propri familiari (Tar Lazio, ord. n. 9105/2015). Cfr. L. GENNARI, *Il titolo di viaggio per i titolari di protezione umanitaria: alcune considerazioni a margine di recenti pronunce del giudice amministrativo* di in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2015, p. 178 e ss.

³⁷⁴ Cfr. ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 22.

³⁷⁵ V. MARENGONI, *op. cit.*, p. 71.

³⁷⁶ ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 20.

1.4 Gli aspetti procedurali, la natura di diritto soggettivo e la giurisdizione

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari può essere rilasciato:

- a) a seguito di un rigetto della domanda di protezione internazionale da parte della Commissione territoriale, con trasmissione degli atti al Questore, in presenza di gravi motivi di carattere umanitario (come previsto dall'art. 32 co. 3 d.lgs. 25/2008);
- b) a seguito di revoca o cessazione di uno *status* di protezione internazionale da parte della Commissione nazionale per il diritto di asilo, con trasmissione degli atti al Questore, in presenza di gravi motivi di carattere umanitario (come previsto dall'art. 33 co. 3 d.lgs. 25/2008);
- c) a seguito del parere di inespellibilità dello straniero (valutata sulla base del divieto previsto dall'art. 19 co.1 del T.U.I), privo del titolo di soggiorno, da parte della Commissione territoriale, con trasmissione degli atti al Questore;
- d) a seguito di istanza di un cittadino straniero, anche sprovvisto di altro titolo di soggiorno, al Questore competente per il luogo ove dimora con documentate, oggettive e gravi situazioni personali che non ne consentano l'allontanamento dal territorio nazionale (come previsto dall'art. 11, co, 1, lett. c) *ter* del regolamento di attuazione del T.U.I, d.p.r. 394/1999)³⁷⁷.

Nei primi tre casi il Questore ha un compito di mera attuazione delle decisioni prese sulla posizione dello straniero dalla Commissione, decidendo in autonomia solo laddove l'istanza gli sia pervenuta direttamente dal cittadino straniero³⁷⁸.

Le Sezioni Unite hanno infatti affermato che dal dettato dell'art. 32 del d.lgs. n. 25 del 2008 si deduce «l'attribuzione alla Commissione di tutte le competenze valutative della posizione del richiedente asilo, da quella diretta all'ottenimento della protezione maggiore a quella generante una protezione sussidiaria sino a quella, residuale e temporanea, di cui al più volte richiamato art. 5 comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998, con un organica previsione che [...] lascia residuare al

³⁷⁷ Tra i documenti da considerarsi impeditivi all'allontanamento vi è la pronuncia della Corte d'appello che rigetti la richiesta di estradizione per reati politici o per violazione dei diritti alla difesa o per rischi di torture o che per gli stessi motivi rigetti la richiesta di esecuzione di un mandato di arresto europeo. Il Questore è tenuto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari altresì nei casi in cui sia intervenuta una pronuncia della Corte europea dei diritti umani che dichiara che l'eventuale allontanamento viola uno dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu oppure una sentenza di un giudice che annulli il provvedimento del Questore di rifiuto al rilascio, al rinnovo o di revoca di un permesso di soggiorno. Cfr. V. MARENGONI, *op. cit.*, p. 77; ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, *cit.*, p. 17.

³⁷⁸ Le domande che vengono presentate direttamente al Questore sono generalmente quelle che non hanno alcuna possibilità di essere ricondotte nell'alveo della protezione internazionale. Nella prassi applicativa, il permesso è stato rilasciato ad esempio a soggetti in condizione di cd. "apolidia di fatto" ovvero a giovani stranieri maggiorenni, nati in Italia o giunti in giovane età, e sempre vissuti sul territorio italiano ma privi di permesso di soggiorno a causa di inadempienze dei genitori. Cfr. ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, *cit.*, p. 16.

Questore nulla più che un compito di mera attuazione dei deliberati assunti sulla posizione dello straniero dalla Commissione stessa»³⁷⁹.

D'altra parte la Commissione, dopo aver valutato la sussistenza di esigenze di protezione internazionale, ha il potere-dovere di indagare e valutare l'esistenza delle condizioni poste alla base della misura residuale del permesso per motivi umanitari. L'eventuale accertamento negativo della Commissione dev'essere motivato, mentre l'omessa valutazione può costituire oggetto di accertamento giudiziale. Come chiarito dalla Cassazione, «sia la Commissione territoriale, alla quale spetta la prima valutazione della domanda di protezione internazionale, sia gli organi della giurisdizione ordinaria di merito, sono tenuti a valutare l'esistenza delle condizioni poste a base delle misure tipiche e della misura residuale del permesso umanitario»³⁸⁰.

Per quanto riguarda la natura della situazione giuridica dello straniero che richiede il rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, le Sezioni Unite l'hanno qualificato come «diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti fondamentali», come tale coperto dalla garanzia dell'art. 2 Cost. che «esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo».

La Suprema Corte ha aggiunto che l'inserimento tra i diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. esclude che l'eventuale bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo essere al contrario effettuato solo dal legislatore³⁸¹. Dalla natura di diritto soggettivo deriva che tutte le controversie riguardanti il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari siano di competenza del giudice ordinario³⁸².

³⁷⁹ Cass., Sez. Un., ord. 21 aprile 2009, n. 11535.

³⁸⁰ Cass. Civ, Sez. VI, sent. 24 settembre 2012, n. 16221.

³⁸¹ Cass. Civ, Sez. Un., ord. 9 settembre 2009, n. 19393 in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 1/2010, p. 142.

³⁸² Diverso è il caso delle controversie aventi ad oggetto il mancato rilascio o rinnovo del titolo di viaggio ai titolari di protezione umanitaria, spettanti invece al giudice amministrativo sulla base dell'art. 133, co.1, lett. u) del Codice del processo amministrativo (d.l. n. 104/2010) che gli attribuisce competenza in materia di "controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di passaporti" e dell'art. 21 l. n. 1185/67 che si riferisce ai documenti equipollenti al passaporto rilasciati in favore di stranieri e apolidi. ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, cit., p. 24.

1.5 Analisi comparata della protezione umanitaria

Uno studio realizzato da ECRE (*European Council on Refugees and Exiles*)³⁸³ ha comparato gli istituti di protezione complementare, intesa come protezione ulteriore rispetto agli *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria, di dieci Stati: Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Svezia, Regno Unito e Svizzera.

La protezione complementare copre generalmente questi ambiti di operatività:

- il rispetto di obblighi internazionali;
- la sussistenza di *discretionary grounds*.

Sul primo punto talvolta le normative contengono, come in Italia, clausole aperte che si riferiscono in generale agli obblighi internazionali, in altri casi invece vi sono rimandi specifici all'art. 8 della Cedu per la tutela della vita privata e familiare, all' art. 3 della Cedu per la tutela della salute e agli strumenti internazionali e regionali che impongono forme specifiche di tutela per i minori.

Per il resto, tutti gli Stati analizzati, tranne la Svizzera, adottano clausole umanitarie generali che citano circostanze eccezionali o motivi umanitari, la cui applicazione è rimessa alla discrezionalità dei decisori (giudici, funzionari della Pubblica Amministrazione, autorità politiche).

Occorre rilevare, tuttavia, che mentre in Italia i “motivi umanitari” citati nell'art. 5, co. 6, T.U.I. non sono accompagnati da norme integrative, altri Stati hanno previsto norme più dettagliate che spesso associano alle diverse ipotesi diverse condizioni di permanenza.

Il Belgio, ad esempio, ha previsto uno specifico permesso di soggiorno per motivi di salute, mentre la Finlandia rilascia un permesso “basato su necessità di protezione” a chi fugge da conflitti armati o disastri ambientali. Inoltre, mentre in Italia l'elemento dell'integrazione sociale, anche se di fatto viene tenuto in considerazione dai decisori, non è citato né dal T.U.I, né da circolari ministeriali, sei sui dieci Stati oggetto di studio lo hanno previsto a livello normativo come motivo di rilascio di un permesso di soggiorno.

La protezione complementare si presenta anche come strumento per far fronte a impedimenti all'espulsione. In Austria e Germania sono previsti permessi di soggiorno che prendono rispettivamente il nome di *Inadmissibility of Deportation* e *Temporary Suspension of Deportation*. Quest'ultimo comporta la sospensione temporanea dell'espulsione quando essa sia impedita da considerazioni di diritto umanitario e internazionale o riguardanti importanti interessi pubblici della Germania oppure ove risulti impossibile per ragioni fattuali o giuridiche. In Danimarca la

³⁸³ ECRE, *Complementary Protection in Europe*, luglio 2009, disponibile a <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Complementary-Protection-in-Europe_July-2009.pdf>.

protezione può scattare se dopo 18 mesi le autorità non sono riuscite ad espellere il soggetto, a condizione che egli abbia cooperato con le autorità e che il rimpatrio sia considerato in quel momento futile. Funzione simile è svolta in Italia dall'art. 19, co.1, T.U.I che prevede il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari allo straniero inespellibile, questa norma però si riferisce sostanzialmente ai casi in cui vige il divieto di *refoulement* e non anche ai casi in cui il rimpatrio non sia realizzabile per altri motivi.

2. Altre tipologie di permessi di soggiorno

2.1 I permessi di soggiorno rilasciati in base all'art. 5, co. 6, T.U.I.

L'articolo 11, co.1 lett. c) *ter* del d.p.r 394/1999 (come modificato dal reg. approvato con d.p.r. n. 334/2004) prevede il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari nei casi di cui agli articoli 5, comma 6 e 19, comma 1 del T.U.I.

Se l'art. 5, co. 6, T.U.I è norma di carattere generale che crea un catalogo aperto dei motivi che giustificano il rilascio del relativo permesso di soggiorno, vi sono altri articoli del Testo Unico sull'Immigrazione che descrivono invece situazioni specifiche, indicative di condizioni di vulnerabilità dello straniero, e rimandano all'art. 5, co. 6, T.U.I per il rilascio del relativo permesso di soggiorno.

L'art. 22, co. 12 *quater*, T.U.I. prevede che tale permesso di soggiorno debba essere rilasciato al lavoratore straniero in situazione irregolare e sottoposto a condizioni lavorative di particolare sfruttamento. È necessario in questo caso che lo straniero denunci e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro. L'art 22, co. 12 *quinquies*, T.U.I. stabilisce che il permesso abbia la durata di sei mesi e che possa essere rinnovato per un anno o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale.

La norma è stata introdotta dal d. lgs. n. 109/2012, in recepimento della direttiva 2009/52/CE³⁸⁴ avente lo scopo di contrastare il fenomeno dello sfruttamento di lavoratori di Paesi terzi privi di titolo di soggiorno. Il decreto è stato criticato per non aver recepito importanti disposizioni contenute nella direttiva europea, come quelle contenenti misure volte a favorire la denuncia nei confronti del datore di lavoro e l'obbligo di informare «sistematicamente e oggettivamente i cittadini di Paesi terzi circa i loro diritti ai sensi del presente paragrafo e dell'articolo 13³⁸⁵ prima dell'esecuzione di qualsiasi decisione di rimpatrio». Il mancato recepimento dell'ultima disposizione comporta che spesso, in occasione di interventi ispettivi o di polizia giudiziaria presso i luoghi di lavoro, i lavoratori individuati vengano denunciati per il reato di ingresso e soggiorno

³⁸⁴ Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 *che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.*

³⁸⁵ L'articolo 13 della direttiva 2009/52/CE, rubricato *Agevolazione delle denunce*, richiede agli Stati di provvedere a istituire «meccanismi efficaci per consentire ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente di presentare denuncia nei confronti dei loro datori di lavoro, sia direttamente sia attraverso terzi designati dagli Stati membri, quali sindacati o altre associazioni o un'autorità competente dello Stato membro, qualora previsto dalla legislazione nazionale».

illegale nel territorio italiano previsto all'art. 10 *bis* T.U.I., senza essere informati sulla possibilità di denunciare situazioni di sfruttamento e di richiedere il permesso di soggiorno per motivi umanitari³⁸⁶. Altre critiche sono state sollevate in riferimento al recepimento della direttiva europea, in particolare, l'ineffettività della tutela degli stranieri sottoposti a sfruttamento lavorativo è stata dedotta dall'esiguo numero di permessi rilasciati ex art. 22, co. 12 *quater*, T.U.I.³⁸⁷.

Ulteriore rimando al permesso di soggiorno ex art 5, co. 6, T.U.I. è contenuto nell'art. 18-*bis*, T.U.I. aggiunto dalla legge n. 119/2013³⁸⁸, che ne ha previsto il rilascio allo straniero vittima di violenza domestica³⁸⁹ e la cui incolumità sia posta in concreto pericolo come conseguenza della scelta di sottrarsi alla medesima violenza o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio.

2.2 Il permesso di soggiorno per motivi religiosi

Allo straniero titolare di un visto di ingresso per motivi religiosi che sia stato richiesto e ottenuto al fine dell'esercizio in Italia dell'attività religiosa o pastorale può essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi religiosi o per l'esercizio delle funzioni di ministro di culto.

Se il visto di ingresso per motivi religiosi è stato rilasciato solo per la partecipazione ad una manifestazione religiosa svoltasi in Italia, lo specifico permesso di soggiorno può ottenersi soltanto se dal visto risulti un soggiorno di durata superiore ai 30 giorni.

³⁸⁶ M. PAGGI, *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 4/2012, p. 100.

³⁸⁷ L'ASGI ha denunciato che, in base ai dati del Ministero dell'Interno, nell'anno 2013 sono stati rilasciati solo 8 permessi di soggiorno ex art. 22, comma 12 *quater*, T.U.I. L'Associazione ha esposto le sue critiche nel documento *Sintesi delle violazioni alla direttiva 2009/52/CE rilevate dall'Associazione Studi Giuridici Immigrazione (ASGI)* disponibile all'indirizzo <<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/07/sintesi-denuncia.pdf>>. Ulteriori criticità sull'efficacia della normativa di contrasto allo sfruttamento lavorativo sono state sollevate da Medu (Medici per i Diritti Umani), che in particolare ha rilevato lo scarso impatto della direttiva sullo sfruttamento nel settore del lavoro agricolo. Medu ha esposto le sue osservazioni nel documento *Terra in giusta. Rapporto sulle condizioni di vita e di lavoro dei braccianti stranieri in agricoltura* disponibile all'indirizzo <<http://www.mediciperidirittiumani.org/pdf/Terraingiusta.pdf>>.

³⁸⁸ Legge n. 119/2013 di conversione del decreto-legge n. 93/2013 *recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*.

³⁸⁹ L'art 18-*bis*, T.U.I. chiarisce che per violenza domestica si intendono «uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

Tale permesso è menzionato dall'art. 5 co. 2, T.U.I., in base al quale «il regolamento di attuazione può prevedere speciali modalità di rilascio [...] per l'esercizio delle funzioni di ministro di culto». L'articolo dispone poi che il permesso di soggiorno debba essere richiesto al Questore della provincia in cui lo straniero si trova.

La disciplina degli ingressi e soggiorni per motivi religiosi deriva anche dal tipo di rapporto esistente tra la Repubblica italiana e le diverse confessioni religiose.

I Patti lateranensi del 1929³⁹⁰, ad esempio, stabiliscono all'art. 21 che «l'Italia provvede in modo speciale a che non sia ostacolato il libero transito ed accesso dei Cardinali attraverso il territorio italiano al Vaticano».

In mancanza di un'intesa in vigore con lo Stato italiano, resta invece applicabile la normativa adottata in epoca fascista, la legge n. 1159/1929, in base alla quale la nomina dei ministri di culto di tali confessioni religiose dev'essere approvata con decreto del Ministero dell'Interno. La richiesta di approvazione della nomina è stata tuttavia interpretata dalla giurisprudenza come verifica di mera regolarità formale, conformemente alla necessità di non interferire con la libertà di organizzazione interna di ogni confessione religiosa ai sensi dell'art. 8 Cost .

Il permesso di soggiorno per motivi religiosi consente al titolare di svolgere l'attività lavorativa strettamente collegata al proprio ministero religioso, quale ad esempio l'attività dei religiosi cattolici nell'ambito della propria parrocchia, escludendo, tuttavia, l'esercizio di altre attività lavorative. Una sentenza del TAR Lazio ha tuttavia stabilito la possibilità di conversione del permesso di soggiorno per motivi religiosi in permesso di soggiorno per motivi di lavoro³⁹¹.

L'art. 28, comma 1, T.U.I., conferisce espressamente agli stranieri titolari del permesso di soggiorno per motivi religiosi il diritto a mantenere o riacquistare l'unità familiare alle condizioni previste dal Testo Unico: è possibile perciò presentare domanda di ricongiungimento familiare nei confronti di familiari che si trovano all'estero, i quali possono ottenere il permesso di soggiorno per motivi familiari³⁹².

³⁹⁰ *Trattato fra la Santa sede e l'Italia*, firmato l'11 febbraio 1929 ed eseguito con legge n. 810/1929, disponibile a <http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html>.

³⁹¹ TAR Lazio, Sez. II, 6 febbraio 2009, n. 1206.

³⁹² ASGI, *Ingresso e soggiorno per motivi religiosi*, disponibile a <http://old.asgi.it/public/parser_download/save/ingresso_e_soggiorno_per_motivi_religiosi.pdf>.

2.3 Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale

Il Testo Unico sull'Immigrazione prevede poi un altro permesso di soggiorno, non collegato all'art. 5, co. 6, ma rilasciato a stranieri in condizioni di vulnerabilità: il permesso di soggiorno “per motivi di protezione sociale” disciplinato dall'articolo 18.

La norma ha la finalità di offrire protezione allo straniero vittima di violenza o di grave sfruttamento e prevede il rilascio di un permesso di soggiorno «per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale».

Lo scopo di inserimento sociale dello straniero in condizioni vulnerabili implica che, per ottenere il permesso di soggiorno, il richiedente debba aderire a tale programma³⁹³. La partecipazione effettiva è condizione necessaria per usufruire della protezione sociale: in caso di interruzione o di condotta incompatibile con le finalità del programma il permesso viene infatti revocato.

Il permesso ha la durata di sei mesi, rinnovabile per un anno e consente l'accesso ai servizi assistenziali e allo studio, l'iscrizione nelle liste di collocamento e lo svolgimento di lavoro subordinato e, alla scadenza, può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di studio o di lavoro.

Come confermato dalla giurisprudenza³⁹⁴ e chiarito dalle circolari del Ministero dell'Interno³⁹⁵, l'articolo 18 non condiziona la protezione sociale alla denuncia della vittima o alla sua collaborazione con l'Autorità giudiziaria.

Ciononostante, si è registrata la tendenza di alcune Questure a dare rilevanza al contributo offerto dalla vittima nell'ambito del procedimento penale: la prassi è evidentemente contraria alla *ratio* dell'art. 18 - che è quella di tutelare le vittime, più che di reprimere i reati - e alle disposizioni contenute nell'art. 14 della Convenzione del Consiglio d'Europa n. 197 sulla lotta alla tratta di esseri umani (ratificata dall'Italia con l. n. 108/2010) e nell'art. 11 par. 3 della direttiva 2011/36/

³⁹³ I programmi di assistenza e integrazione sociale fanno parte del “Sistema anti-tratta” italiano, articolato su diversi livelli (emersione, consulenza, accoglienza, accompagnamento all'autonomia e all'inclusione sociale), realizzati congiuntamente da enti pubblici e privati sotto il coordinamento del Dipartimento per le pari opportunità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Cfr. F. NICODEMI, *La tutela delle vittime della tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime di trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 2/2015, p. 86.

³⁹⁴ Il Consiglio di Stato ha precisato che «l'autorizzazione alla permanenza in Italia per le ragioni di cui all'art. 18 d.lgs. 286/98 non ha valore premiale di un contributo dato al corso delle indagini di polizia giudiziaria proseguite in sede penale» (Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 6023/2006).

³⁹⁵ Ministero dell'Interno, Circolari n. 1025 del 2 gennaio 2006 e n.11050 del 28 maggio 2007. Cfr. F. NICODEMI, *op. cit.*, p. 100.

UE³⁹⁶. Quest'ultima disposizione impone infatti agli Stati di adottare «misure necessarie affinché l'assistenza e il sostegno alla vittima non siano subordinati alla volontà di quest'ultima di collaborare nelle indagini penali, nel procedimento giudiziario e nel processo», segnando una netta inversione rispetto alla precedente direttiva 2004/81/CE³⁹⁷ che subordinava invece la protezione alla volontà di collaborare con le autorità competenti³⁹⁸.

L'art. 18 T.U.I. prevede dunque un “doppio binario” per l'individuazione dei presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno, la quale può essere basata sulla denuncia della vittima e l'avvio di un procedimento penale relativamente ai fatti di violenza o grave sfruttamento (cd. percorso giudiziario) oppure sull'intervento predisposto in favore della persona che non possa o non voglia rivolgersi all'Autorità Giudiziaria da parte dei servizi sociali degli enti locali o di organizzazioni private accreditate (cd. percorso sociale)³⁹⁹. Oggi l'applicazione del percorso sociale è purtroppo residuale a causa della citata prassi di alcune Questure che continuano a richiedere la denuncia per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, nonostante l'illegittimità di tale richiesta sia stata richiamata anche dalla Circolare del Ministero dell'Interno del 4 agosto 2000⁴⁰⁰.

Spesso coloro che necessitano di protezione sociale sono anche in possesso dei requisiti per l'ottenimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria: il pericolo legato a situazioni di violenza o grave sfruttamento in Italia non esclude infatti la sussistenza di un rischio nel Paese di origine. Vi sono infatti persone che sono state portate in Europa a scopo di sfruttamento e che sono a rischio di “vittimizzazione secondaria”, cioè di essere nuovamente vittime di tratta o di subire ulteriori persecuzioni in caso di rimpatrio; in altri casi, persone che fuggono dal loro Paese si affidano a trafficanti di esseri umani che li sottopongono nel Paese di transito e/o di destinazione a

³⁹⁶ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 Aprile 2011 *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*.

³⁹⁷ Direttiva 2004/81/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 *riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti*.

³⁹⁸ D. GENOVESE, *La direttiva europea sulla tratta di esseri umani. Problematiche applicative nell'ordinamento italiano*, 2014 in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità* disponibile a <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/tratta/genovese/index.htm>>.

³⁹⁹ UNHCR - Commissione Nazionale per il Diritto d'Asilo (realizzato da), *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*, Linee guida elaborate nell'ambito del progetto “Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta”, agosto 2017, disponibile a <<https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/09/Vittime-di-tratta-Linee-guida-compresso.pdf>>, p. 22.

⁴⁰⁰ Circolare del Ministero dell'Interno del 4 agosto 2000 - Protezione sociale, disponibile a <http://www.meltingpot.org/Circolare-del-Ministero-dell-Interno-del-4-agosto-2000.html#.Whvo3baZM_U>.

sfruttamento sessuale, lavorativo o di altro genere⁴⁰¹. Diventa molto sottile in questi casi la distinzione tra *trafficking* e *smuggling*, rispettivamente, tratta e traffico di esseri umani. Quest'ultimo consiste nel trasporto illegale di persone dal loro Paese di origine a quello di destinazione e la relazione con il trafficante cessa con l'arrivo del migrante a destinazione o con l'abbandono dell'individuo nel corso del viaggio. Le vittime della tratta di essere umani, invece, anche se inizialmente possono aver fatto ricorso ai trafficanti per compiere un viaggio, si distinguono per la natura protratta dello sfruttamento che devono sopportare⁴⁰². Il reato della tratta di persone, in base all'art. 601 c.p., si caratterizza infatti per lo scopo del trasferimento o trasporto della persona, che dev'essere volto allo sfruttamento della vittima in prestazioni lavorative, sessuali, all'accattonaggio, al compimento di attività illecite, al prelievo di organi o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento.

In riferimento a queste situazioni, il legislatore ha previsto al secondo comma dell'art. 1 del d.lgs. 24/2014 la cd. clausola di salvaguardia, in attuazione di quanto previsto dalla Direttiva 2011/36/UE al considerando 10 e dall'art. 14 del Protocollo sulla tratta del 2000⁴⁰³. La clausola stabilisce che il decreto legislativo 24/2014, volto al contrasto del crimine della tratta e dei reati ad essa connessi e alla protezione delle vittime, «non pregiudica i diritti, gli obblighi e le responsabilità dello Stato e degli individui, ai sensi del diritto internazionale, compresi il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti umani e, in particolare, laddove applicabili, la Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, di cui alla legge 24 luglio 1954, n. 722, e il Protocollo relativo allo statuto dei rifugiati di cui alla legge 14 febbraio 1970, n. 95, relativi allo statuto dei rifugiati e al principio di non respingimento».

Per agevolare l'individuazione delle ipotesi in cui va riconosciuto alle vittime di tratta lo *status* di rifugiato l'UNHCR ha redatto delle linee guida sull'applicazione dell'articolo 1 A(2) della Convenzione di Ginevra alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta⁴⁰⁴. L'Alto Commissariato rileva che atti considerati persecutori, quali il reclutamento forzato, la minaccia alla

⁴⁰¹ UNHCR - Commissione Nazionale per il Diritto d'Asilo (realizzato da), *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*, cit., p. 29.

⁴⁰² UNHCR, *Linee guida di protezione internazionale*, cit., p. 3.

⁴⁰³ *Protocollo delle Nazioni Unite sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini* (noto anche come il *Protocollo sulla tratta degli esseri umani* o *Protocollo UN TIP*) del 2000, entrato in vigore il 25 dicembre 2003 e ratificato in Italia con la legge 16 marzo 2006, n. 146.

⁴⁰⁴ UNHCR, *Linee guida di protezione internazionale. L'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta*. Disponibile all'indirizzo <<http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/pendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513c7834>>.

vita o alla libertà, altri trattamenti in violazione dei diritti umani e gravi danni o situazioni intollerabili, accompagnano quasi sempre i fenomeni di tratta. Il fondato timore di persecuzione richiesto ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, può presentarsi sia nel caso in cui l'individuo sia stato vittima di tratta all'estero e sia fuggito dai suoi sfruttatori, sia nel caso in cui l'individuo non sia stato vittima di tratta ma abbia timore di diventarlo se tornasse nel Paese di origine. Inoltre, anche nel caso in cui l'esperienza di tratta si sia già conclusa, va riconosciuto lo *status* di rifugiato se la persecuzione subita è stata talmente atroce da produrre ancora effetti psicologici sull'individuo che renderebbero intollerabile il suo ritorno⁴⁰⁵ oppure se vi è il rischio di possibili ritorsioni, eventualmente anche sui membri della famiglia della vittima, e/o di possibili nuove esperienze di tratta nel territorio dal quale sono fuggiti (cd. vittimizzazione secondaria o *re-trafficking*) o ancora se vi è il rischio di emarginazione, discriminazione o punizione della vittima da parte della propria famiglia e/o della comunità di appartenenza⁴⁰⁶.

Nelle situazioni di tratta spesso gli agenti di persecuzione sono agenti non statali, come trafficanti, organizzazioni criminali o anche membri della famiglia o della comunità di provenienza: in questi casi il timore di persecuzione è fondato se si dimostra che le autorità del Paese di origine non vogliono o non sono in grado di assistere le vittime⁴⁰⁷. La verifica deve avere ad oggetto la protezione effettiva delle vittime: la presenza di un legge che proibisce la tratta potrebbe non essere sufficiente perché, ad esempio, non implementata⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ L'UNHCR ha infatti riconosciuto un principio generale di natura umanitaria in base al quale non si può rimpatriare un individuo che è stato colpito, in prima persona o attraverso i suoi familiari, da atroci forme di persecuzione di cui stia ancora soffrendo il trauma. UNHCR, *Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*, doc. HCR/IP/4/Eng/REV.1, gennaio 1992, par. 136.

⁴⁰⁶ Ciò accade spesso in Nigeria dove, non essendo la prostituzione accettata sul piano morale, le ragazze che fanno ritorno dopo essersi prostitute in Europa e non portano denaro vengono emarginate e talvolta rifiutate dalla loro stessa famiglia. Diverso è il caso delle donne rimpatriate che hanno fatto "fortuna": in Nigeria, infatti, sebbene la prostituzione sia condannata, chi ha raggiunto il successo e la ricchezza gode di grande rispetto ed elevata considerazione sul piano socioeconomico, a prescindere dal modo in cui se la sia procurata. Cfr. EASO, *Informazioni sui paesi di origine. Nigeria, la tratta di donne a fini sessuali*, Ottobre 2015, DOI:10.2847/6541, p. 38 e ss; OIM, *Rapporto sulle vittime di tratta nell'ambito dei flussi migratori misti in arrivo via mare*, aprile 2014 - ottobre 2015.

⁴⁰⁷ UNHCR, *Linee guida di protezione internazionale*, cit., p. 10.

⁴⁰⁸ In Nigeria, per esempio, nonostante esistano una legge sulla tratta di persone e un'agenzia anti-tratta specializzata (Naptip - *National Agency for Prohibition of Traffic in Persons and Other related Matters*) e sia stato adottato un piano d'azione nazionale sulla tratta di persone, la relazione dell'EASO fa emergere che la spesa pubblica in quest'area è ancora insufficiente e che il lavoro della Naptip è stato contestato per presunta corruzione. Pur in mancanza di dati statistici attendibili in questo campo l'UNODC (Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine) ha rilevato che nel 2014 la tratta di giovani donne dalla Nigeria in Europa a scopo di sfruttamento sessuale era ancora uno dei flussi di tratta più persistenti. EASO, *Informazioni sui paesi di origine. Nigeria, la tratta di donne a fini sessuali*, cit.

Infine, per aversi il riconoscimento dello *status* di rifugiato, il fondato timore di persecuzione dev'essere legato ad uno dei motivi elencati nella Convenzione di Ginevra.

La tratta di persone ha generalmente quale principale motivazione quella del profitto, tuttavia, le vittime rientrano certamente nello *status* di rifugiato quando le opinioni politiche o religiose, l'appartenenza etnica, nazionale o ad un particolare gruppo sociale costituiscono le ragioni per cui sono state prese di mira.

Nel caso delle persecuzioni di genere, come descritto nel capitolo I, le donne sono state ritenute appartenenti ad un PSG in quanto parte di un insieme sociale definito da caratteristiche innate e immutabili e trattate frequentemente in modo diverso dagli uomini⁴⁰⁹.

Inoltre, in base alle linee guida dell'UNHCR, la passata esperienza di tratta potrebbe essere considerata caratteristica immutabile, comune e storica idonea a considerare coloro che sono state vittime di tratta in passato come un particolare gruppo sociale⁴¹⁰.

Alla luce dell'ampia possibilità che le vittime o potenziali vittime di tratta rientrino nella definizione dell'art. 1 A(2) della Convenzione di Ginevra, va evidenziato che l'istituto previsto dall'art. 18 non costituisce uno strumento alternativo allo *status* di rifugiato, ma una forma di protezione che ha il diverso scopo di proteggere lo straniero dal concreto pericolo che corre in Italia derivante dal tentativo di sottrarsi a situazioni di violenza o grave sfruttamento.

Al richiedente asilo riconosciuto come vittima di tratta dovrà perciò essere offerta la protezione predisposta dal sistema anti-tratta senza dover rinunciare alla domanda di protezione internazionale. A tal fine l'art. 17, comma 2 del d.lgs. 142/15, in recepimento della Direttiva 2013/33/UE, prevede che «ai richiedenti protezione internazionale identificati come vittime della tratta di esseri umani si applica il programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale di cui all'articolo 18, comma 3bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

Essendo la protezione sociale l'unico istituto che permette oggi l'inserimento delle vittime di tratta in progetti di assistenza e integrazione sociale appositi è importante che anche i titolari di protezione internazionale ne possano usufruire. Gli *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria infatti, pur avendo una durata più lunga e un contenuto più ampio sotto il profilo dei diritti attribuiti, non prevedono alcun inserimento in progetti simili, con il rischio che la vittima rientri nel circuito criminale della tratta. Al contempo, tuttavia, il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale comporta meno tutele e garanzie rispetto alla protezione internazionale, perciò

⁴⁰⁹ M. BALBONI, *op. cit.*, p. 106.

⁴¹⁰ UNHCR, *Linee guida di protezione internazionale, cit.*, p. 15.

l'identificazione del richiedente come vittima di tratta non deve interrompere il procedimento di riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria.

Diverso è il caso del richiedente a cui non venga riconosciuta protezione internazionale, ma nei cui confronti emergano fondati motivi per ritenere che sia stata vittima dei delitti di cui agli articoli 600 e 601 del codice penale: in base al comma 3bis dell'art. 32 d.lgs. 25/08, «la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per le valutazioni di competenza». Spetta in questo caso al Questore procedere alla verifica della sussistenza dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, i quali dovrebbero tuttavia emergere dagli atti trasmessi, cioè dalla decisione della Commissione territoriale.

Quest'ultima, infatti, in base alle linee guida emanate dal Ministero dell'Interno e dall'UNHCR⁴¹¹, dovrebbe effettuare l'identificazione preliminare delle vittime di tratta sulla base di indicatori emergenti durante l'audizione o dai documenti che il richiedente stesso presenta e, per il meccanismo che prende il nome di *referral*, procedere alla segnalazione del soggetto ad un ente anti-tratta accreditato funzionale all'identificazione formale della vittima di tratta necessaria per l'inserimento in un programma di emersione, assistenza e integrazione sociale di cui all'art. 18, co. 3bis, T.U.I. e l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno per protezione sociale.

Il meccanismo di *referral* consiste da un lato nella segnalazione, da parte delle Commissioni Territoriali, delle possibili vittime di tratta individuate nell'ambito della procedura di protezione internazionale agli enti preposti alla loro tutela e assistenza, dall'altro nell'invio da parte degli enti di relazioni contenenti gli elementi emersi durante i colloqui svolti con gli stranieri vittime di tratta⁴¹². Alla segnalazione deve infatti seguire una sospensione del procedimento funzionale all'integrazione dell'istruttoria con la relazione dell'ente anti-tratta, che dev'essere acquisita agli atti nell'ambito del procedimento presso la Commissione territoriale. La relazione può contenere infatti elementi rilevanti per la decisione sulla richiesta di protezione internazionale, soprattutto nei casi in cui è prevista l'applicazione dell'art. 1 A(2) della Convenzione di Ginevra alle vittime di tratta. Inoltre, gli elementi emersi dai colloqui con l'ente anti-tratta dovrebbero essere riportati nella decisione della Commissione anche in caso di diniego della protezione internazionale e di invio degli atti al Questore ex art. 32 d.lgs. 25/08, comma 3bis, poiché quest'ultimo deve basarsi su tali

⁴¹¹ UNHCR - Commissione Nazionale per il Diritto d'Asilo (realizzato da), *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*, Linee guida elaborate nell'ambito del progetto "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta", agosto 2017, disponibile a <<https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/09/Vittime-di-tratta-Linee-guida-compresso.pdf>>.

⁴¹² UNHCR - Commissione Nazionale per il Diritto d'Asilo (realizzato da), *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*, cit., p. 41.

atti per valutare il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale. In questo senso, la Commissione territoriale dovrebbe svolgere un ruolo di raccordo tra ente anti-tratta e Questura competente, in particolare in quelle ipotesi in cui, in mancanza di denuncia da parte della vittima, si segua il percorso sociale.

Va sottolineato che l'eventuale rifiuto a partecipare ai colloqui con l'ente anti-tratta o ad entrare in un programma di assistenza e integrazione sociale non può costituire di per sé motivo per una decisione negativa della Commissione sulla richiesta di protezione internazionale. L'insussistenza del pericolo derivante da situazioni di violenza o sfruttamento non esclude che il richiedente rientri nella definizione di rifugiato o sia a rischio di subire un grave danno nel Paese di origine che giustifichi il riconoscimento della protezione sussidiaria o ancora che sussistano gravi motivi di carattere umanitario tali da riconoscere la protezione umanitaria.

L'istituzione del meccanismo di *referral* deriva dall'art. 10 del d.lgs. 24/2014, il quale richiede che le amministrazioni che si occupano di tutela e assistenza delle vittime di tratta e quelle che hanno competenza in materia di asilo individuino forme di coordinamento «anche al fine di determinare meccanismi di rinvio, qualora necessari, tra i due sistemi di tutela».

Sono coinvolti nel *Meccanismo Nazionale di Referral per le Vittime di Tratta*⁴¹³ predisposto dal Governo tutti gli attori impegnati nella lotta contro la tratta che vengono in contatto con la vittima durante le fasi di identificazione, protezione, assistenza, procedimenti penali e civili, rientro nel paese d'origine o inclusione sociale.

Un ruolo importante nel meccanismo di *referral* è svolto dall'OIM (Organizzazione Internazionale per le Migrazioni) che esercita in particolare un'azione di prevenzione occupandosi dell'identificazione delle vittime allo sbarco e nei centri di prima accoglienza per richiedenti asilo e dell'informativa sulle possibilità di protezione offerta dalla normativa italiana per le vittime di tratta prima che lo sfruttamento abbia avuto luogo in Italia. Per il rilascio del permesso di soggiorno ex art. 18 T.U.I. non è infatti necessario che lo sfruttamento in Italia sia già avvenuto, essendo richiesta dalla norma in forma alternativa la sussistenza di violenza o grave sfruttamento e potendosi individuare il pericolo per l'incolumità anche nel pericolo di ritorsioni violente derivanti dal tentativo di sottrarsi allo sfruttamento fin dall'inizio. Se l'OIM individua una vittima di tratta allo

⁴¹³ *Meccanismo Nazionale di Referral per le Persone Trafficate in Italia*, disponibile a <<http://www.pariopportunita.gov.it/media/2875/allegato-1-meccanismo-nazionale-referral.pdf>>.

sbarco, si attiva per separarla dai suoi connazionali e possibili sfruttatori ed inserirla in un programma di protezione⁴¹⁴.

La necessità di sviluppare un maggior coordinamento e collaborazione tra tutte le parti interessate al fine da un lato di far emergere il fenomeno della tratta e dall'altro di garantire ai rifugiati la protezione riconosciuta dalla Convenzione di Ginevra è stata sollevata da più parti⁴¹⁵. A tale scopo è stata sottolineata l'importanza di realizzare e implementare le azioni previste dal *Piano Nazionale di Azione contro la tratta e il grave sfruttamento di esseri umani*, adottato dal Consiglio dei Ministri nel febbraio 2016⁴¹⁶.

Ad oggi il meccanismo di *referral* non ha ancora raggiunto livelli ottimali di efficacia sia per la mancanza di un protocollo di lavoro comune alle diverse Commissioni territoriali⁴¹⁷, sia per la mancanza di collegialità durante l'intervista ai richiedenti asilo, che rende più complicata l'identificazione preliminare delle vittime di tratta da parte di singoli membri della Commissione, sia infine per l'esiguità dei finanziamenti diretti al sistema anti-tratta⁴¹⁸.

Un'ultima considerazione sulla protezione sociale riguarda il sesto comma dell'articolo 18 T.U.I.

⁴¹⁴ OIM, *Rapporto sulle vittime di tratta nell'ambito dei flussi migratori misti in arrivo via mare*, aprile 2014 - ottobre 2015, p. 13.

⁴¹⁵ Cfr. Report nazionale Italia, *Safer Path - System Action for the Empowerment of Refugees and Protection against Trafficking in Human Beings*, cod. HOME/2009/ERFX/CA/1044, p. 65; OIM, *Rapporto sulle vittime di tratta nell'ambito dei flussi migratori misti in arrivo via mare*, aprile 2014 - ottobre 2015, p. 21.

⁴¹⁶ Cfr. Ministero Dell'Interno - Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, *Piano Nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale*, disponibile a <http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/piano_nazionale_integrazione.pdf> p. 17; Consiglio dei Ministri, 26 febbraio 2016, *Piano Nazionale di Azione contro la tratta e il grave sfruttamento di esseri umani* disponibile a <<http://www.pariopportunita.gov.it/media/2687/piano-nazionale-di-azione-contro-la-tratta-e-il-grave-sfruttamento-2016-2018.pdf>>.

⁴¹⁷ Sono stati redatti solo a livello locale dei "protocolli di identificazione e supporto per le vittime di sfruttamento e tratta" a disposizione di forze dell'ordine, magistratura e operatori sociali nei quali si stabiliscono criteri di identificazione e meccanismi di coordinamento delle diverse fasi di approccio alle potenziali vittime. Tra gli altri, il "Protocollo d'intesa tra la Commissione territoriale di Torino per il riconoscimento della protezione internazionale e l'ufficio anti tratta - ufficio stranieri del Comune di Torino", disponibile a <<http://www.prefettura.it/FILES/docs/1233/Protocollo%20%20Antitratta.pdf>> e il "Protocollo d'intesa tra la Commissione territoriale di Salerno per il riconoscimento della protezione internazionale e la cooperativa sociale Dedalus" disponibile a <<http://www.osservatoriointerventitratta.it/wp-content/uploads/2016/01/Protocollo-Antitratta-Napoli.pdf>>. Cfr. Report nazionale Italia, *Safer Path - System Action for the Empowerment of Refugees and Protection against Trafficking in Human Beings*, cod. HOME/2009/ERFX/CA/1044, p.37; BRAGLIA M. (intervento di), *Prostituzione e tratta in Italia e in Europa: dall'evoluzione del fenomeno alle strategie transnazionali innovative*, Associazione LULE onlus, Abbiategrasso, 18 ottobre 2016, disponibile a <<http://www.luleonlus.it/wp-content/uploads/2016/11/Dott.-Maurizio-BRAGLIA---Collaboratore-del-Progetto-Oltre-la-strada-Regione-Emilia-Romagna.pdf>>, p. 6.

⁴¹⁸ Nell'anno 2015 i finanziamenti al sistema anti-tratta ammontavano a € 8.000.000, a fronte di € 212.500.000 disposti per il sistema SPRAR e € 918.500.000 disposti per i Centri di Accoglienza Straordinaria. BRAGLIA M. (intervento di), *cit.*, p. 6.

La protezione sociale offerta dal Testo Unico sull'Immigrazione non si limita alle vittime di tratta: presupposto per il rilascio del relativo permesso di soggiorno è infatti più in generale l'accertamento di «situazioni di violenza o di grave sfruttamento».

Alla luce di questo presupposto e dello scopo dell'istituto, che è quello di sottrarre lo straniero alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale, il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale è stato esteso dal comma 6 dello stesso articolo 18 allo straniero che abbia terminato l'espiazione di una pena detentiva, inflitta per reati commessi durante la minore età e che abbia dato prova concreta di partecipazione ad un programma di assistenza e integrazione sociale. La norma presume che la commissione di un reato da parte di un minorenne sia indice di una condizione di disagio minorile dello stesso: viene così individuata una situazione di debolezza, accompagnata dal rischio di subire successivi condizionamenti da parte di organizzazioni criminali, analoga a quella che nella prima parte dell'articolo permette a chi ha subito un grave sfruttamento o una violenza di accedere alla protezione sociale.

La *ratio* dell'art. 18, co. 6, T.U.I è anche quella di rendere praticabile la rieducazione del condannato prevista dall'articolo 27 della Costituzione: la possibilità di rimanere sul territorio risulta in questo senso necessaria per portare a termine la rieducazione dello straniero autore di reati durante la minore età⁴¹⁹.

⁴¹⁹ S. FACHILE, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ex. art. 18, co. 6, T.U. 286/98: un importante strumento di tutela per le persone che scontano una pena* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2005, p. 66.

CONCLUSIONE

Oggi il fenomeno della migrazione è un fenomeno di massa che va ben oltre le ragioni individuate dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951. La “sete” di diritti porta migliaia di persone ogni giorno a lasciare i propri territori, spinti da un insieme di fattori che impedisce il più delle volte di individuare un’unica ragione di fuga⁴²⁰.

L’interpretazione che è stata data all’inizio degli anni ’90 alle norme sul divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti contenute nei trattati sui diritti umani ha permesso di riconoscere il principio di *non-refoulement* come norma consuetudinaria di diritto internazionale generale e di *jus cogens*, di natura assoluta, la cui applicazione non si limita alla categoria dei rifugiati definiti dalla Convenzione, ma va estesa *ratione materiae* a tutti coloro che sono a rischio di subire torture o trattamenti disumani o degradanti.

Il principio di *non-refoulement* definito dal diritto internazionale dei diritti umani è divenuto così la base giuridica della protezione complementare: il rispetto di questo principio ha imposto agli Stati di prevedere meccanismi per tutelare dal divieto di *refoulement* i soggetti non rientranti nella definizione di rifugiato prevista dalla Convenzione di Ginevra.

Alla luce della situazione attuale, la tutela dal divieto di *refoulement* non può purtroppo dirsi ancora realizzata. Il divieto continua ad essere sistematicamente violato sia attraverso i respingimenti alle frontiere esterne, che attraverso la creazione di frontiere interne che impediscono l’accesso alle procedure di riconoscimento della protezione.

Le politiche di esternalizzazione messe in atto dall’Unione Europea tramite accordi di riammissione e di cooperazione di polizia conclusi con i Paesi d’origine e di transito dei migranti - il cui contenuto è spesso volutamente tenuto segreto e la cui stipula avviene senza il controllo democratico della ratifica parlamentare⁴²¹ - si sono dimostrate non solo illegittime per le modalità con cui sono state realizzate, ma anche produttive di evidenti violazioni del principio di *non-refoulement*. L’applicabilità extraterritoriale del principio, sancita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, implica che ogni politica volta ad esternalizzare il controllo dell’immigrazione dovrebbe assicurarne il rispetto anche al di fuori dei confini dello Stato.

⁴²⁰ SORGONI B., *Pratiche ordinarie per presenze straordinarie. Accoglienza, controllo e soggettività nei centri per richiedenti asilo in Europa*, in *Lares, quadrimestrale di studi demoeoantropologici* n. 1/2011, p. 3.

⁴²¹ P. CUTTITA, F. VASSALLO PALEOLOGO (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli: edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 8.

Le violazioni del principio di *non-refoulement* in corrispondenza delle frontiere interne si realizzano invece attraverso l'impedimento all'accesso alle procedure stesse di riconoscimento della protezione che in Italia, così come in altri Paesi, deriva dall'ampio potere discrezionale di cui gode la polizia di frontiera nel negare tale accesso⁴²² e dalle criticità del sistema processuale di protezione internazionale così come disciplinato dalla recente normativa, accusato di non garantire il diritto di difesa e del contraddittorio nel processo⁴²³.

Ulteriore ostacolo sarà aggiunto a livello di Sistema europeo comune di asilo se verrà approvata l'ultima proposta di riforma, presentata dalla Commissione europea nel 2016, che dovrebbe trasformare da direttiva in regolamento l'elenco dei cd. "Paesi di origine sicuri", imponendo agli Stati membri di dichiarare inammissibili le domande di coloro che provengono da tali Paesi senza procedere ad una valutazione nel merito.

Quelli elencati sono *vulnus* causati in gran parte da scelte politiche.

Dal punto di vista giuridico, gli istituti di protezione complementare allo *status* di rifugiato, costituiti a livello europeo dalla protezione sussidiaria e a livello nazionale italiano dalla protezione umanitaria, sono potenzialmente in grado di garantire il rispetto del principio di *non-refoulement* nel significato datogli dal diritto internazionale dei diritti umani.

Ciò che il diritto non ha ancora previsto è una forma di tutela più ampia e complessiva dei diritti umani, cui tutti gli Stati dovrebbero aspirare per adempiere agli obblighi assunti a livello internazionale.

Come abbiamo visto, le procedure di riconoscimento degli *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria sono legate alla presenza di requisiti specifici che non lasciano margini di applicazione ulteriore rispetto alle ipotesi previste. Per quanto riguarda la tutela dei diritti umani, tali istituti si limitano ad una tutela "negativa" che consiste nel divieto di allontanamento verso territori in cui sussiste il rischio di subire persecuzioni e trattamenti vietati dai trattati sui diritti umani, non prevedendo invece una tutela "positiva" finalizzata ad offrire protezione a coloro ai quali sia impedito nel loro Paese il godimento dei diritti umani fondamentali.

La Convenzione di Ginevra e la direttiva qualifiche non si spingono a tutelare quelle situazioni in cui il mancato godimento dei diritti umani fondamentali non dipende da azioni poste in essere dagli

⁴²² L. TRUCCO, *Asilo: quale tutela giurisdizionale?*, in P. CUTTITA, F. VASSALLO PALEOLOGO (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli: edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 270.

⁴²³ ASGI, *Il d.l. 13/2017: le principali ragioni di illegittimità* (documento presentato in sede di audizione il 7 marzo 2017 davanti alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia), disponibile a <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/03/2017_3_17_ASGI_DL_13_17_analisi.pdf>.

Stati di origine, per le quali essi possono essere ritenuti responsabili in base al diritto internazionale, ma da un insieme di condizioni che ne impediscono il riconoscimento o l'attuazione.

Come efficacemente espresso da Norberto Bobbio «l'attuazione di una maggiore protezione dei diritti dell'uomo è connessa con lo sviluppo globale della civiltà umana. [...] Non si può porre il problema dei diritti dell'uomo astraendolo dai due grandi problemi del nostro tempo, che sono i problemi della guerra e della miseria»⁴²⁴.

In quelle situazioni in cui gli effetti della guerra, dello sfruttamento delle risorse del luogo o del progressivo aumento di territori invivibili a causa dei cambiamenti climatici condannano grandi masse umane alla miseria e alla fame è evidente che vengono meno le condizioni stesse del godimento dei diritti umani fondamentali⁴²⁵.

In questa trattazione si è visto come il carattere di “clausola aperta” dell'art. 5, co. 6, T.U.I., in riferimento ai «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», renda la protezione umanitaria uno strumento potenzialmente idoneo a tutelare i diritti riconosciuti dai trattati internazionali che l'Italia ha ratificato e, in virtù dell'art. 10, co. 3, Cost., le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana.

Se, come indicato dalla Corte Costituzionale, i seri motivi risultanti da obblighi internazionali fonte di riconoscimento della protezione umanitaria vanno identificati «facendo riferimento alle fattispecie previste dalle Convenzioni universali che impongono di adottare misure protettive dei diritti umani fondamentali e che trovano espressione e garanzia nella Costituzione»⁴²⁶, sembra esserci spazio nella protezione umanitaria per una tutela che vada oltre il principio di *non-refoulement* e che sia volta a garantire più in generale il godimento dei diritti umani fondamentali.

Sembra accogliere questa tesi la sentenza con cui la Cassazione afferma «con la domanda di protezione internazionale, ancorché indistinta, il richiedente ha diritto all'esame delle condizioni di riconoscimento delle due misure di protezione internazionale, previste nelle direttiva, ma senza escludere la possibilità del rilascio di un permesso sostenuto da ragioni umanitarie o da obblighi internazionali o costituzionali *diversi* da quelli derivanti dal citato art. 3 della Cedu (ormai ricompreso espressamente nella protezione sussidiaria) o da quelli indicati nella lettera c) dell'art. 14 del dlgs. n. 251 del 2007 (la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile

⁴²⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 43.

⁴²⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 73.

⁴²⁶ Corte Cost., sent. n. 381 del 1999.

derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno od internazionale)»⁴²⁷.

La tutela dei diritti umani imporrebbe di rivedere, ad esempio, l'esclusione dei cd. migranti "economici", non potendosi negare che la mancanza di fonti di sostentamento impedisca l'esercizio del fondamentale diritto alla vita, e delle «nuove figure di rifugiati che si stagliano sull'orizzonte planetario», come i cd. ecoprofughi, cioè coloro che sono costretti a fuggire a causa di gravi calamità naturali o altri gravi fattori ambientali⁴²⁸.

La Cassazione ha sostenuto che la protezione umanitaria condivide «l'identità della natura giuridica» con le altre misure di protezione internazionale «in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali»⁴²⁹.

Se però si ammette che il riferimento agli obblighi costituzionali contenuto nell'art. 5, co. 6, Cost. conferisca all'istituto della protezione umanitaria il mandato di attuare il diritto di asilo costituzionale, l'identità della natura giuridica degli istituti dipende dal significato che si dà al concetto di libertà democratiche e dal suo rapporto con quello di diritti umani. Se indubbiamente i diritti umani rientrano nelle libertà garantite dalla Costituzione in forza dell'art. 2 Cost., la nozione di libertà *democratiche* sembra riferirsi a tutti i diritti che rappresentano il fondamento dell'assetto costituzionale della Repubblica. Alla luce di queste considerazioni, la protezione umanitaria può essere vista come potenziale strumento di tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione.

Il raggiungimento di questa tutela "ideale" è ostacolato dal contesto europeo in cui l'Italia si trova ad operare - che si è dimostrato refrattario ad ampliare il riconoscimento di protezione a nuove categorie di soggetti e al *burden sharing* con i Paesi di primo arrivo dei flussi migratori per quanto riguarda le operazioni di accoglienza ed integrazione di coloro ai quali è riconosciuta la protezione - e, nondimeno, dal contesto nazionale, caratterizzato da un approccio "emergenziale" del fenomeno a livello statale e da spinte contrarie alle politiche di integrazione a livello territoriale.

La stessa rilevanza del giudizio prognostico sull'integrazione e l'inserimento sociale del richiedente al fine del riconoscimento della protezione umanitaria appare più una giustificazione nei confronti della politica e dell'opinione pubblica che non un'esigenza derivante dagli obblighi costituzionali o internazionali. Nessuna norma costituzionale o internazionale vincola infatti il riconoscimento del

⁴²⁷ Cass. Civ., sez. VI, ord. 24 marzo 2011, n. 6879.

⁴²⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 45.

⁴²⁹ Corte Cass., Sez. Un., ord. 9 settembre 2009, n. 19393 in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 1/2010, p. 142.

diritto di asilo al livello di integrazione dell'individuo sul territorio dello Stato, tantomeno può sostenersi che tale vincolo sussista per l'individuazione dei "seri motivi di carattere umanitario" citati dall'art. 5, co. 6, T.U.I, essendo questi legati, al contrario, a situazioni di estrema vulnerabilità dell'individuo che ne impediscono il rimpatrio. Come osservato in una recente ordinanza del Tribunale di Bologna⁴³⁰, la natura atipica e di catalogo aperto della protezione umanitaria sottende il rischio che la discrezionalità dei decisori transiti verso la scelta politica che corrisponde alla decisione e alla gestione dei flussi migratori, che dev'essere invece lasciata al legislatore.

Nonostante questi ostacoli, è riscontrabile in giurisprudenza qualche margine di apertura nella direzione di un ampliamento della protezione umanitaria verso la tutela dei diritti umani.

In riferimento ai cd. ecoprofughi è stato rilevato che, per quanto riguarda la protezione umanitaria, le possibilità di ampliare le ipotesi di riconoscimento per rafforzare la protezione offerta a chi è costretto a fuggire per motivi ambientali sembrano essere abbastanza solide⁴³¹, così come deducibile dall'inclusione di questa categoria nella Circolare del Ministero dell'Interno del 30 luglio 2015⁴³² e dalle decisioni prese in questo senso dalla giurisprudenza ordinaria⁴³³.

La possibilità di estendere la tutela a chi invece fugge da situazioni di miseria e fame emerge dal recente indirizzo della giurisprudenza ordinaria, che ha basato il rilascio del permesso per motivi umanitari sul diritto ad un'alimentazione, un vestiario ed un alloggio adeguati e alla libertà dalla fame, previsti dall'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e citando il principio in base al quale «i diritti universali non sono a numero chiuso»⁴³⁴.

Se è vero che questi indirizzi non hanno ancora trovato conferma nella giurisprudenza di legittimità, il giudice ordinario ha quantomeno aperto la possibilità di utilizzare lo strumento della protezione umanitaria per offrire tutela a quei soggetti che nel loro Paese non possono godere dei diritti umani ampiamente proclamati dai trattati internazionali.

In conclusione, se il rispetto effettivo del principio di *non-refoulement* cui aspirano gli strumenti di protezione complementare dipende in gran parte dall'eliminazione degli ostacoli posti alle frontiere

⁴³⁰ Tribunale di Bologna, II sez. civ., ord. 4435/2017.

⁴³¹ A. BRAMBILLA, *op. cit.*, p. 22.

⁴³² Ministero dell'Interno - Commissione nazionale per il diritto di asilo, Circolare 30 luglio 2015, n. 3716, *Ottimizzazione delle procedure relative all'esame delle domande di protezione internazionale. Ipotesi in cui ricorrono i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, disponibile a <<http://www.immigrazione.biz/circolare.php?id=981>>.

⁴³³ Cfr. Corte d'appello di Bologna, sent. 29 marzo 2016, n. 524; Tribunale di Bologna, ord. 17 novembre 2014.

⁴³⁴ Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. 31 marzo 2016.

esterne e interne, la tutela dei diritti umani attraverso forme di protezione complementare allo *status* di rifugiato dipende da come agiranno gli Stati per rendere effettivi i diritti che hanno riconosciuto sulla carta.

In Italia l'istituto della protezione umanitaria è ancora in evoluzione, ma è uno strumento potenzialmente in grado di offrire tutela a chi nel proprio Paese vede ostacolato il godimento dei diritti umani e della libertà fondamentali garantite dalla Costituzione italiana.

BIBLIOGRAFIA

AMNESTY INTERNATIONAL, *Fear and Fences - Europe's approach to keeping refugees at bay*, 2015, disponibile a <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur03/2544/2015/en/>>.

AMIRANTE C., PASCALI M., *Alien. Immigrazione clandestina e diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

ASGI, *Respingimenti. Scheda a cura di Sergio Romanotto e Paolo Bonetti*, 14 Settembre 2009, disponibile a <<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/scheda.pratica.respingimenti.romanotto.bonetti.agg.14.settembre.2009.pdf>>.

ASGI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/98. Scheda pratica a cura di Noris Morandi*, giugno 2017.

ASGI, *La protezione sussidiaria, scheda pratica a cura di Noris Morandi e Paolo Bonetti*, 11 Marzo 2012, disponibile a <<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/protezione.sussidiaria.morandi.bonetti.11.marzo.2012.pdf>>.

ASPRONE M., *Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato*, Roma, Aracne Editrice, 2012.

BALBONI M., *La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere: aspetti di diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012.

BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2012.

BENVENUTI M., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, Padova, CEDAM, 2007.

BENVENUTI P., "La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati", in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi.*, Milano, Giuffrè, 2006.

BEYANI C. *Introduction to WEIS P., The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge University Press, 1995.

BONETTI P., *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria* in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2008.

BRAMBILLA A., *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017, disponibile a <<https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-2/78-migrazioni-indotte-da-cause-ambientali-qual-tutela-nell-ambito-dell-ordinamento-giuridico-europeo-e-nazionale/file>>.

CASSESE A., *Commento all'art. 10*, in BRANCA, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna – Roma, Nicola Zanichelli Editore, 1975.

CASSESE A., *Umano-disumano. Commissariati e prigionie nell'Europa di oggi*, Bari, Laterza, 1994.

CHERUBINI F., *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci Editore, 2012.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)*, 22 Dicembre 2011, in *Diritto penale contemporaneo*, numero 1/2011, disponibile a <<https://www.penalecontemporaneo.it/rivista-trimestrale/1-numero-2011-1>>.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, 22 Dicembre 2011, in *Diritto penale contemporaneo*, numero 1/2011, disponibile a <<https://www.penalecontemporaneo.it/rivista-trimestrale/1-numero-2011-1>>.

COSSIRI A., *Art. 10*, in BARTOLE S., BIN. R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008.

EASO, *Informazioni sui paesi di origine. Nigeria, la tratta di donne a fini sessuali*, Ottobre 2015, DOI:10.2847/65411.

EVANS M., *International law*, third edition, Oxford University Press, 2010.

FACHILE S., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art. 18, co. 6, T.U. 286/98: un importante strumento di tutela per le persone che scontano una pena in Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2005.

FERRARI G., *La Convenzione sullo status dei rifugiati. Aspetti storici.*, disponibile a <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/10giovanni_ferrari_convenzione_rifugiat_1951_.pdf>.

FERRARI G., *L'asilo nel diritto internazionale*, disponibile all'indirizzo <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/9giovanni_ferrari_lasilo_diritto_internazionale.pdf>.

GAMBINO S., D'IGNAZIO G. (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali: fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Università degli studi della Calabria - dipartimento di scienze giuridiche area giuspubblicistica, Giuffrè Editore, 2010.

GENNARI L., *Il titolo di viaggio per i titolari di protezione umanitaria: alcune considerazioni a margine di recenti pronunce del giudice amministrativo* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2015.

GENOVESE D., *La direttiva europea sulla tratta di esseri umani. Problematiche applicative nell'ordinamento italiano*, 2014 in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità* disponibile a <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/tratta/genovese/index.htm>>.

GOODWIN-GILL G., McADAM J., *The Refugee in International Law*, 3[^] edition , OXFORD, 2007.

GOODWIN-GILL G., *The Dynamic of International Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2014, Vol.25, No. 4, DOI: <http://doi.org/10.1093/ijrl/eeu003>.

HATHAWAY J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, University Press, 2005.

HATHAWAY J.C., FOSTER M., *The Law of Refugee Status*, second edition, Cambridge University Press, 2014.

IMPARATO E.A., *L'asilo tra diritto e concessione nei principi costituzionali e nelle norme di attuazione: alcune note per una ricostruzione in chiave comparata*, in *Osservatorio costituzionale n. 03/2014* - Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Novembre 2014, disponibile a <<http://www.osservatorioaic.it/03-2014-ii-del-1-09-2014.html>>.

ILPA (Immigration Law Practicioners' Association), *Article 3 ECHR and UNCAT and humanitarian protection in selected countries, Supplementary report 1*, Londra, Agosto 1997.

ILPA (Immigration Law Practicioners' Association) and University of Liverpool Law Clinic, *Statelessness and applications for leave to remain: a best practice guide*, Londra, Novembre 2016.

KÄLIN W., *Limits to expulsion under the ICCPR* in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'Uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, CEDAM, 2003.

LAMBERT-ABDELGAWARD E., *The Execution Of Judgement Of The European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2008.

LAUTERPACHT E., BETHLEHEM D., *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion* in E. FELLER, F. TURK e F. NICHOLSON, eds., *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, University Press, 2003.

LENZERINI F., *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2009.

LOCCHI M. C., *I limiti all'espulsione dello straniero tra lotta al terrorismo e diritti fondamentali non derogabili*, Università degli studi di Perugia - dipartimento di diritto pubblico, 7 Gennaio 2010, disponibile a <<http://diritti-cedu.unipg.it>>.

MALINVERNI G., *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione Europea* in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'Uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, CEDAM, 2003.

MARENGONI V., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2012.

- MASTROMARTINO F., *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*. Torino, Giappichelli Editore, 2012.
- McADAM J., *The Enduring Relevance of the 1951 Refugee Convention*, in *International Journal of Refugee Law*, 2017, Vol. 29, No.1, DOI: <<http://doi.org/10.1093/ijrl/eex017>>.
- McADAM J., *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, No.3, DOI: <<https://doi.org/10.1093/ijrl/eei018>>.
- MOLE N., MEREDITH C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 2010.
- NASCIMBENE B., *Asilo e statuto di rifugiato*, Bozza della relazione, Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti *Lo statuto costituzionale del non cittadino* (Cagliari, 16-17 ottobre 2009), disponibile a < <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/Nascimbene.pdf> >.
- NASCIMBENE B., *Il futuro della politica europea di asilo*, ISPI working paper, Giugno 2008.
- NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano, Appendice di aggiornamento*, Milano, Giuffrè Editore, 1990.
- NASCIMBENE B., *Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero* in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, CEDAM, 2003.
- NATALE A., *Il giudice e lo straniero. I diritti fondamentali presi sul serio*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 2/2015.
- NICODEMI F., *La tutela delle vittime della tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime di trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 2/2015.
- ODELLO M., *Il diritto dei rifugiati. Elementi di diritto internazionale, europeo e italiano*, Milano, Edizioni Franco Angeli, 2013.
- OIM, *Rapporto sulle vittime di tratta nell'ambito dei flussi migratori misti in arrivo via mare*, aprile 2014 - ottobre 2015.
- OMIZZOLO M., SODANO P.(a cura di), *Migranti e territori. Lavoro diritti accoglienza*, Roma, Ediesse Editore, 2015.
- OZMANCZYK E., *Encyclopedia of the United Nations and International agreements*, III edition, Volume 1: A-F, Routledge, 2003.
- PAGGI M., *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 4/2012.

RESCIGNO F., *Il diritto d'asilo*, Roma, Carrocci Editore, 2011.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, Editori Laterza, 2012.

SORGONI B., *Pratiche ordinarie per presenze straordinarie. Accoglienza, controllo e soggettività nei centri per richiedenti asilo in Europa*, in *Lares, quadrimestrale di studi demotnoantropologici* n. 1/2011.

UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007, disponibile a <<http://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>>.

UNHCR, *Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*, doc. HCR/IP/4/Eng/REV.1, Gennaio 1992.

UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Membership of a Particular Group" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention*, doc. HCR/GIP/02/02 , Maggio 2002.

UNCHR, *Guidelines on international protection: Gender-related persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, doc: HCR/GIP/02/01, del 7 maggio 2002.

UNHCR, *Guiding principles on internal displacement*, doc: OCHA/IDP/2004/01, Giugno 2001.

UNHCR, *Handbook on Voluntary Repatriation: International Protection*, Ginevra, 1996, disponibile a <<http://www.unhcr.org/uk/3bfe68d32.pdf>>.

UNHCR, *La protezione sussidiaria secondo la 'Direttiva Qualifiche' nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, Gennaio 2008.

UNHCR, *Linee guida di protezione internazionale. L'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta*. Disponibile all'indirizzo <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513c7834>>.

UNHCR (in collaborazione con), *Protezione dei rifugiati: guida al diritto internazionale del rifugiato*, pubblicato dall'Unione Interparlamentare, 2001, disponibile a <<https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/7manualeparlamentari.pdf>>.

UNHCR, *Manual on Refugee Protection and the ECHR, Part 2.1 - Fact Sheet on Article 3*, 1 Agosto 2006, disponibile a <<http://www.unhcr.org/3ead2d262>>.

UNHCR, *Note on the Mandate of the High Commissioner for Refugees and His Office*, Division of Internal Protection, Ottobre 2013, disponibile a <<http://www.unhcr.org/526a22cb6.pdf>>.

UNHCR, ASGI, SPRAR (con il coordinamento di), Dipartimento per le Libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno (con la supervisione di), *La tutela dei richiedenti asilo. Manuale giuridico per l'operatore*, 2012.

UNHCR - Commissione Nazionale per il Diritto d'Asilo (realizzato da), *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*, Linee guida elaborate nell'ambito del progetto "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta", agosto 2017, disponibile all'indirizzo <<https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/09/Vittime-di-tratta-Linee-guida-compreso.pdf>>.

VASSALLO PALEOLOGO F., CUTTITA P., *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli: edizioni scientifiche italiane, 2006.

WEIS P., *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge University Press, 1995.

XHANARI E., *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, 31 agosto 2014 in *Forum di quaderni costituzionali*, disponibile a <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/diritto-asilo.pdf>>.

ZIMMERMANN A., *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, OUP, 2011.

SITOGRAFIA

Amnesty International

<https://www.amnesty.org/en/>

Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione

<https://www.asgi.it>

Asilo in Europa

<http://asiloineuropa.blogspot.it>

Consiglio Italiano per i Rifugiati

<http://www.cir-onlus.org>

Corte di Cassazione

<http://www.cortedicassazione.it>

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

<https://www.dirittoimmigrazioneecittadinanza.it>

European Court of Human Rights

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

European Commission - Migration and Home affairs
https://ec.europa.eu/home-affairs/index_en

European Database of Asylum Law
<http://www.asylumlawdatabase.eu/en>

Human Rights Watch
<https://www.hrw.org>

Melting Pot
<http://www.meltingpot.org>

Normattiva, il portale della legge vigente
<http://www.normattiva.it>

Office of the High Commissioner of Human Rights
<http://www.ohchr.org>

Refworld, United Nations High Commissioner for Refugees
<http://www.refworld.org>

Refugee Studies
<http://refugeestudies.org>

UK Human Rights Blog
<https://ukhumanrightsblog.com>

UK Home Office
<https://www.gov.uk/government/organisations/home-office>

UNHCR - Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati
<http://www.unhcr.it>

UNHCR - United Nations High Commissioner for Refugees
<http://www.unhcr.org>

RINGRAZIAMENTI

Vorrei ringraziare il prof. Marco Balboni per avermi dato la possibilità di completare il mio percorso di studi con una tesi su un argomento per me di così grande interesse.

Ringrazio i miei genitori, che mi hanno trasmesso la passione per lo studio e che mi hanno sempre spinto a dare il massimo.

I coinquilini di casa Bondi, che hanno reso la mia esperienza universitaria indimenticabile.

Le mie amiche e i miei amici, che sono sempre stati al mio fianco con il loro affetto.

Un ringraziamento particolare va a mia nonna, che mi ha trasmesso quella passione che mi ha spinto a intraprendere questo percorso universitario.

Ringrazio infine tutte le persone che ho incontrato nelle esperienze di volontariato che ho svolto in questi anni, che hanno dato un volto alle situazioni di cui ho parlato in questa tesi.