



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE,
GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI - SPGI

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO INTERNAZIONALE, PRIVATO E DEL LAVORO

Indirizzo in Diritto Internazionale
CICLO XVII

**IL DIRITTO D'ACCESSO AL TERRITORIO
FRA TUTELA DELL'INDIVIDUO MIGRANTE E
SOVRANITÀ DELLO STATO: ANALISI DI UN
CONFLITTO**

Direttore della Scuola: Prof. ssa Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo: Prof. ssa Alessandra Pietrobon

Supervisore: Prof. ssa Serena Forlati

Dottoranda: Lucia Carrara

Il governo ha detto: "Presto il napoletano non dovrà più emigrare in Svizzera".

No, no 'o governo italiano, il governo svizzero l'ha detto.

(Massimo Troisi, dallo spettacolo "Napoli")



Migranti a Monaco di Baviera, da: www.ilpost.it, 6.9.2015

RIASSUNTO

La decisione statale inerente il soggiorno di un individuo non cittadino sul territorio è oggetto di norme di diritto internazionale con beneficiari ed obiettivi differenti; questi ultimi sono spesso in competizione tra loro, di modo che la soddisfazione di uno non può che comportare la parziale o totale frustrazione dell'altro. Da un lato, lo Stato è ammesso dal diritto internazionale a liberamente determinare la propria popolazione, dall'altro, il migrante è individuo beneficiario di diritti la cui tutela si impone allo Stato spesso a limite del proprio potere discrezionale. Il bilanciamento tra interesse del migrante e (della società) statale non ha sempre la medesima sorte ed è dall'esito tutt'altro che scontato in molti casi.

Nel lavoro presentato si intende analizzare questa tensione, per studiarne i possibili sviluppi futuri. La questione viene affrontata alla luce del dibattito in materia di "conflitti tra norme" di diritto internazionale. Per fare ciò, dopo aver ancorato la questione al conflitto tra principio di tutela della dignità umana e principio di sovranità, si prendono in esame le teorie che interpretano la struttura attuale del diritto internazionale, attraversando la discussione sulla sua unitarietà di scopi e coesione normativa, senza però perdere di vista l'angolo privilegiato dello studio del diritto internazionale delle migrazioni. Molti di coloro che sostengono una visione unitaria dell'ordinamento internazionale ritengono i criteri interpretativi di soluzione dei conflitti normativi contenuti nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (criterio di prevalenza della *lex specialis*, della *lex posterior*, principio di gerarchia, di armonizzazione) sufficienti alla composizione del conflitto tra le norme in gioco; questa è la posizione anche della CDI ed è la direzione in cui tenta di muoversi la giurisprudenza internazionale. Eppure il risultato non sembra soddisfacente. Si passano così ad analizzare le teorie alternative, sia quella che sostiene la frammentazione, che le teorie che propugnano un progressivo mutamento nello scopo del diritto internazionale in favore della tutela della dignità umana, da operarsi mediante una modifica, un ridimensionamento od una eliminazione del principio di sovranità: cosicché quest'ultimo si ritrova subordinato al principio di tutela dei diritti umani fondamentali.

Dopo averle presentate tutte in maniera critica, nel lavoro si tenta di individuare la teoria che più correttamente descrive la relazione tra norme a tutela dell'individuo migrante e principio di sovranità statale, e che meglio prevede i suoi eventuali sviluppi futuri. Il tentativo è perseguito dapprima analizzando le caratteristiche del potere statale di esclusione dello straniero dal territorio (la sua natura, le forme ed il luogo del suo esercizio, la possibilità di una sua delega) e poi investigandone i limiti. Lo *ius excludendi* è limitato in primo luogo da norme internazionali quali il principio di buona fede, il divieto di abuso di diritto, il divieto di atti arbitrari, il principio di ragionevolezza, che possono essere invocate dagli Stati interessati qualora il potere sia illecitamente esercitato e non consideri adeguatamente l'interesse dell'individuo straniero (anche mediante l'esercizio di protezione diplomatica, qualora Stati di cittadinanza dell'individuo destinatario). Tuttavia nella prassi ciò è avvenuto raramente. Più spesso, gli obblighi di accoglienza di stranieri ed apolidi vengono ricondotti al diritto internazionale dei diritti umani, che trae le mosse da principi internazionali differenti (il principio di tutela della dignità umana) e verte a scopi connessi al benessere della persona. In

generale si osserva una tendenziale crescita del numero di casi in cui gli Stati sono internazionalmente vincolati a scegliere beneficiando l'individuo migrante, a causa dell'aumento del campo di applicazione di norme di diritto internazionale dei diritti umani, ottenuto anche in via interpretativa dai tribunali internazionali. Allo stesso tempo, permangono forti spinte politiche in favore di una rafforzata discrezionalità degli Stati riguardo alla scelta di ammettere o meno migranti sul proprio territorio, di cui vi è prova anche nella cronaca attuale.

Ciò contribuisce ad alimentare la continua tensione tra interesse del migrante e sovranità statale ed induce a propendere per soluzioni che spingano per una "verticalizzazione" della sovranità, ancorandola sul piano esterno alla presa in considerazione dell'interesse anche degli individui stranieri che interloquiscono con lo Stato.

ABSTRACT

The decision of a State regarding the stay of an individual who is not a citizen in its territory is subject to norms of International Law; nevertheless, those norms can have different recipients and ratio, and they may often end up being in mutual competition, so that one's satisfaction means the other's partial or total detriment. On one hand, States are allowed by International Law to freely determine their own population; on the other hand, migrants are beneficiaries of rights whose protection, due by the State, often limits its discretionary power: the difficult balance between interests of migrants and of the State's (society) is hard to strike, and does not always result in the same outcome.

This work mainly focuses on analyzing this tension, in order to study its possible future developments. The issue is dealt considering also the debate regarding "conflicts of norms" of International Law. After setting out the theoretical framework for this discussion, in light of the conflict between principle of protection of human dignity and principle of state sovereignty, we take into account those theories on the current structure of International Law, especially its unity and normative cohesion, and address them in the privileged perspective of International Migration Law. Many of those who endorse a unitary vision of International Law consider that the interpretive criteria for normative conflict resolution expressed in the Vienna Convention on the law of treaties (*lex specialis*, *lex posterior*, principles of hierarchy and of harmonization) are suited to solve the above-mentioned conflicts of norms; this is chiefly also the stance of the ILC, as well as of international jurisprudence. Nevertheless, this conclusion doesn't appear to be fully satisfying/satisfactory. Alternative theories have been therefore examined; namely, those purporting the fragmentation of International Law, and those suggesting a gradual change of focus in International Law, favouring the protection of human dignity at the expenses of State sovereignty. This would imply either the modification of sovereignty or, more radically, its reduction or elimination – which consequently would result in subordinating sovereignty to the principle of human rights protection.

After a critical analysis of all those theories, this work attempts to identify the one that best describes the relation among norms of migrant protection and principle of State sovereignty, and best forecast its future developments. The attempt is pursued, firstly, by analysing the characteristic of a State's power to exclude foreigners from its own territory (its nature, its forms and the place where it may be applied, possible exceptions), and by investigating its limits. The *ius escludendi* is limited by international norms as the principle of good faith, the prohibition of abuse of rights and of arbitrary acts and the principle of reasonableness, which may be invoked by interested States (notably, by the State of nationality of the individual in the exercise of diplomatic protection). However it hasn't frequently happened in practice. More often, the obligation to admit foreigners or stateless persons stems from International Human Rights Law, which is related to the fulfilment of different international principles (the principle of protection of human

dignity) and focuses on the wellness of human being. In general, we can observe an increase in the number of cases in which the State is internationally bound to choose in favour of the migrant's interest, owed to the broadening scope of international human rights norms, as interpreted by international tribunals. Meanwhile, current events confirm the strong political pressure to broaden State discretion regarding the choice on the entrance and stay of migrants on their territories. All this contributes to the growth of the tension described above.

In the light of the foregoing, the author favours solutions promoting the “verticalization” of State sovereignty, which should be exercised by fully considering the interests of the non-nationals who deal, in any way whatsoever, with States' organs.

INTRODUZIONE	1
PARTE PRIMA	9
CAPITOLO PRIMO LA RELAZIONE TRA POTERE STATALE DI ALLONTANAMENTO DELLO STRANIERO DAL TERRITORIO E DIRITTO DEL MIGRANTE A FARVI ACCESSO O A PERMANERVI.....	11
SEZIONE 1. La tensione tra diritto dell'individuo e prerogative statali	13
1. Introduzione.....	13
2. I conflitti fra norme nell'ordinamento internazionale.....	16
a. Il significato di "conflitto"	18
3. La questione dell'unitarietà del diritto internazionale	22
4. Principio di dignità dell'individuo e principio di sovranità statale.....	27
5. Il contenuto dei principi fondamentali in materia del diritto del migrante	33
a. La dignità	34
b. L'uguaglianza	36
c. Dignità ed uguaglianza degli individui in relazione con il contenuto del principio di sovranità.	39
6. L'impatto delle norme sui diritti umani sul diritto internazionale generale	40
SEZIONE 2. La ricerca di una soluzione alla tensione tra prospettive universalistiche e particolaristiche	45
7. L'approccio universalistico: i criteri di composizione del conflitto tra norme appartenenti allo stesso sistema.....	45
a. Il principio di specialità	45
b. Il principio di successione delle leggi nel tempo.....	50
c. Il principio di gerarchia.....	53
d. Il principio di armonizzazione	59
8. L'approccio particolaristico: la proposta di soluzioni dei conflitti tra norme aventi fondamento e scopi differenti.....	63
9. La tesi che sostiene il superamento del principio di sovranità statale a favore del principio di dignità umana	68
10. Verso un nuovo universalismo: la tesi che sostiene un progressivo mutamento nel concetto e significato di sovranità.....	72

PARTE SECONDA	79
CAPITOLO SECONDO IL POTERE STATALE DI ESCLUSIONE DELLO STRANIERO DAL TERRITORIO	81
SEZIONE 1. Le caratteristiche del potere	83
11. Il fondamento: la sovranità statale.....	83
12. La natura discrezionale del potere e l'esistenza di limiti.....	88
13. La forma di esercizio: espulsione, non ammissione, respingimento	91
a. Definizioni	91
b. Il principio di <i>non refoulement</i>	94
c. Applicazione extraterritoriale del principio di <i>non refoulement</i>	96
14. Il luogo di esercizio: la giurisdizione extraterritoriale sullo straniero.	101
15. La delega all'esercizio: l'esternalizzazione del controllo sull'ingresso dello straniero	105
SEZIONE 2. I limiti al potere.....	113
16. I limiti tradizionalmente riconosciuti al potere: il principio di buona fede... ..	113
17. ...il divieto di abuso del diritto.....	116
18. ...il principio di ragionevolezza	119
19. ...il divieto di arbitrio	121
20. ...il trattamento degli stranieri: lo standard di trattamento.....	124
21. I limiti derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani	127
22. La protezione diplomatica	129
CAPITOLO TERZO IL DIRITTO DEL MIGRANTE ALL'ACCESSO AL TERRITORIO	135
23. Introduzione.....	137
24. I rifugiati.....	137
25. I beneficiari di altri tipi di protezione	144
a. Le forme di protezione complementare: l'esempio della protezione sussidiaria nell'Unione Europea.....	144
b. La protezione temporanea come risposta al problema delle " <i>displaced persons</i> "	148
c. La protezione umanitaria offerta dallo Stato di rifugio sulla base della propria discrezionalità.	154
26. Gli apolidi.....	157
27. Il divieto di allontanamento di "stranieri" in senso esclusivamente formale.....	163
28. La tutela del diritto alla vita e le sue declinazioni	168
a. Il divieto di esporre una persona al rischio di perdere la vita	168
b. Il divieto di esporre una persona al rischio di pena capitale	169

c. L'obbligo di salvataggio della vita umana in mare imposto dal diritto internazionale marittimo	172
29. La tutela del diritto all'integrità fisica e psichica	176
a. Il divieto di sottoposizione dell'individuo a tortura o a trattamenti inumani o degradanti	176
b. La protezione di individui vulnerabili: le vittime di tratta di esseri umani	181
c. ...la tutela della salute.....	187
d. ...i minori non accompagnati	189
30. Il diritto al rispetto dell'integrità familiare e della vita privata.....	193
31. Il divieto di espulsioni e respingimenti collettivi nelle convenzioni regionali a tutela dei diritti dell'uomo, e nella relativa giurisprudenza.....	200
32. Le garanzie nel procedimento di espulsione.....	207
33. La conformità del provvedimento alla legge	211
34. Il diritto ad un ricorso effettivo.....	214
CONCLUSIONI	219
35. Inadeguatezza dei criteri interpretativi tradizionali rispetto alla soluzione del conflitto tra diritto del migrante e <i>ius excludendi</i>	219
36. La progressione nella tutela del diritto del migrante: una tensione evolutiva nel diritto internazionale?.....	223
37. Proposte per una rilettura in senso "verticale" della sovranità, anche a beneficio degli individui stranieri.	225
SIGLE ED ACRONIMI.....	231
FONTI	235
GIURISPRUDENZA	235
ATTI E DOCUMENTI.....	247
BIBLIOGRAFIA	255
SITOGRAFIA	277
RINGRAZIAMENTI	279

INTRODUZIONE

Secondo i dati delle Nazioni Unite¹, il numero di migranti internazionali su scala globale ha continuato a crescere rapidamente negli ultimi quindici anni, raggiungendo i 244 milioni nel 2015, dopo aver toccato i 222 milioni nel 2010 ed i 173 milioni nel 2000. Attualmente, quasi due terzi dei migranti internazionali vivono in Europa (76 milioni) od in Asia (75 milioni). Il 67% vive in appena venti Paesi, di cui 47 milioni solo negli Stati Uniti, che ospitano, quindi, circa un quinto del totale mondiale di migranti internazionali. Pertanto, non stupisce che oggi l'astratto concetto di globalizzazione si manifesti concretamente nei vissuti, spesso drammatici, dei migranti e nelle forme che assume la loro integrazione nei continenti più ricchi.

In particolare in Europa, l'immigrazione raggiunge cifre elevate. Secondo i dati FRONTEX², nel 2014 le rotte del Mediterraneo centrale e orientale sono state le più utilizzate per l'attraversamento irregolare

¹ UN, "Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2016). International Migration Report 2015: Highlights", p. 1, disponibile on line all'indirizzo:

http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015_Highlights.pdf

² L'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea è stata istituita con il regolamento (CE) n.2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 (in GU L. 349 del 25.11.2004). Nell'aprile 2014 l'Accordo istitutivo dell'agenzia è stato oggetto di una proposta di modifica, presentata ufficialmente con un comunicato disponibile al seguente link: <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/newsroom/content/20140411IPR43463/html/Migrations-le-Parlement-approuve-des-mesures-pour-%C3%A9viter-les-d%C3%A9c%C3%A8s-en-mer>. FRONTEX ha il compito di coordinare la cooperazione operativa tra gli Stati membri in materia di gestione delle frontiere esterne; assistere gli Stati membri nella formazione di guardie nazionali di confine, anche elaborando norme comuni in materia di formazione; preparare analisi dei rischi; seguire l'evoluzione delle ricerche in materia di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne; aiutare gli Stati membri che devono affrontare circostanze tali da richiedere un'assistenza tecnica e operativa rafforzata alle frontiere esterne; fornire agli Stati membri il sostegno necessario per organizzare operazioni di rimpatrio congiunte. L'agenzia assicura il coordinamento delle iniziative degli Stati membri intese ad attuare le misure comunitarie per la gestione delle frontiere esterne. Le critiche a FRONTEX generalmente si concentrano soprattutto sull'assenza di regole chiare relative all'attribuzione di responsabilità per eventuali violazioni del diritto internazionale nelle operazioni guidate o coordinate da FRONTEX, e su riflessioni organiche e strutturali in merito agli scopi dell'Agenzia: spesso quest'ultima viene accusata di nascondere, dietro l'auspicio di una più intensa "cooperazione" con Paesi terzi di provenienza dei flussi migratori, una sregolata esternalizzazione del controllo sulle frontiere, così favorendo ogni sorta di politica repressiva da parte degli Stati di provenienza, in violazione dei diritti dei migranti. In riferimento invece all'accordo di cui alle cronache recenti, le perplessità riguardano l'assenza di trasparenza nelle fonti utilizzate da FRONTEX nella propria attività, e nella ridondanza del richiamo all'obbligo di salvataggio dei migranti intercettati, stante la già obbligatorietà per l'Agenzia delle norme di diritto internazionale marittimo. Inoltre, ci si domanda in che modo verranno giustificati gli interventi unilaterali da parte di uno Stato membro in acque territoriali altrui, anche senza autorizzazione né previo accordo con gli Stati costieri. (Migreurop: <http://www.migreurop.org/article2500.html?lang=fr>) Si veda anche: A. Spagnolo, "La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di FRONTEX", in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, Voll. 3-4, 2014, pp. 32-63.

delle frontiere dell'Unione Europea. Lo stesso è avvenuto nel 2015: in Europa sono entrate irregolarmente più di un milione di persone, di cui la quasi totalità (97%) attraverso il Mar Mediterraneo. Le cifre continuano a crescere: nel 2014 erano arrivati via mare 219.000 migranti, mentre nei soli primi 20 giorni di gennaio 2016 l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) stima l'arrivo di più di 36.500 persone³.

Le proporzioni del fenomeno migratorio sono sicuramente estese, così come è indubbiamente forte l'impatto dell'immigrazione sulle società di accoglienza; i mezzi impiegati nella salvaguardia dei confini territoriali sono ugualmente ingenti. Le iniziative degli Stati membri in materia di migrazione e di affari interni possono contare sul sostegno del Fondo Asilo, migrazione e integrazione e del Fondo Sicurezza interna. Per il periodo 2014-2020, la Commissione europea elargisce agli Stati membri 7 miliardi di euro nell'ambito del Fondo Asilo, migrazione e integrazione (AMIF⁴, che finanzia le azioni nazionali volte a rafforzare le capacità di accoglienza, di integrazione o di rimpatrio), e del Fondo Sicurezza interna (ISF, che finanzia due tipi di iniziative nazionali, quelle finalizzate a un livello elevato e uniforme di controlli delle frontiere esterne e quelle volte a lottare contro la criminalità organizzata e il terrorismo transfrontalieri). In totale i programmi nazionali finanziati sono 58, con lo stanziamento di una somma di 3,8 miliardi, di cui 2,76 miliardi solo in interventi sui controlli di frontiera e visti⁵. Per le operazioni sulle coste italiane *Hermes* ed *Aeneas*, l'agenzia FRONTEX ha destinato 7,1 milioni di euro tra maggio e settembre 2014, l'operazione *Triton* costa invece 2,8 milioni di euro al mese⁶. Dopo la tragedia data dalla morte vicino alle coste di Lampedusa di circa 360 migranti dello scorso ottobre, FRONTEX aveva ricevuto una somma aggiuntiva di 8,2 milioni⁷, mentre il 19 febbraio 2015 l'operazione *Triton*, prolungata fino alla fine del 2015, ha ricevuto 13,7 milioni di euro aggiuntivi per l'emergenza, attinti dall'AMIF. In quanto primi diretti interessati, gli Stati fanno naturalmente la loro parte: il ministro italiano per la Difesa ha comunicato che il pattugliamento da parte della Marina italiana nel Mediterraneo con l'operazione *Mare Nostrum* è costato all'Italia 9 milioni di euro al mese. Le cifre testimoniano l'entità dello sforzo che gli Stati europei compiono nel contenere le migrazioni irregolari,

³ OIM "Migrant Arrivals in Europe by Sea Reached 36,556 in First 21 Days of 2016": IOM, 22 January 2016, disponibile on line sul sito www.iom.org

⁴ Regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio (GU L. 150 del 20/5/2014, p. 168). Le cifre del sostegno europeo all'Italia in materia di lotta all'immigrazione irregolare sono elencate dall'ASGI (Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione) all'indirizzo <http://www.asgi.it/ultime-notizie/la-commissione-europea-annuncia-il-potenziamento-di-triton/>

⁵ Regolamento (UE) n. 515/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che istituisce, nell'ambito del Fondo sicurezza interna, lo strumento di sostegno finanziario per le frontiere esterne e i visti e che abroga la decisione n. 574/2007/CE, in GUUE L 150/168 del 20.5.2014. Si veda anche European Commission, "EU funding for migration and security: how it works", disponibile on line: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/20150814_funds_amif_fsi_it.pdf

⁶ FRONTEX, *Concept of reinforced joint operation tackling the migratory flows towards Italy: JO EPN-Triton, to better control irregular migration and contribute to SAR in the Mediterranean Sea*, Warsaw, 28/08/2014, pp. 1-13, disponibile all'indirizzo: [http://www.avvenire.it/Cronaca/Documents/JOU%20Concept%20on%20EPN-TRITON%20\(2\).PDF](http://www.avvenire.it/Cronaca/Documents/JOU%20Concept%20on%20EPN-TRITON%20(2).PDF)

⁷ *Il Sole 24ore*, "Da Frontex all'Italia fondi per 7,1 milioni", 18 aprile 2014.

destinando alla protezione dei propri confini territoriali rilevanti risorse economiche, giustificate dalla diffusa preoccupazione che il fenomeno provoca nell'opinione pubblica, tanto da far parlare di sé come *Fortress Europe*⁸.

Eppure, a causa di alcuni *reportage* di recente trasmessi sui mezzi di informazione, la pubblica opinione europea è oggi chiamata ad una riflessione che può aprire un dibattito di diffusione mondiale. L'attenzione dei giornalisti si è concentrata negli ultimi mesi sul fenomeno dell'immigrazione, sotto due aspetti.

Da un lato è stata documentata l'apertura di una nuova rotta via terra, attraverso, nell'ordine, Turchia, Grecia, Macedonia, Serbia, Ungheria, Austria e Germania, utilizzata soprattutto dai profughi in fuga dalla guerra civile in Siria. Le immagini mostrate sui teleschermi sono particolarmente forti: si è visto nel dettaglio come gruppi di persone con bambini in braccio e per mano, adolescenti, donne, cerchino di aprirsi dei varchi nelle barriere di filo spinato e lamiera che alcuni Stati, tra cui l'Ungheria e la Croazia, hanno costruito a tutela dei propri confini. I migranti dapprima fanno inchinare i bambini, che si trascinano velocemente sotto le recinzioni, poi gettano gli zaini, passano a loro volta e cominciano a correre, inseguiti (a volte) dagli agenti della Polizia di frontiera, prima di disperdersi in campi di pannocchie. Il tutto provoca un senso di infinita tristezza e squallore; lo spettatore si ritrova a sperare che gli uomini, e le donne che corrono con i figli al collo riescano infine a seminare la guardia che sta alle loro calcagna, in realtà senza troppa convinzione, almeno sembra. Perché ci vuole convinzione da parte degli Stati europei per scegliere di presidiare in questo modo le proprie sicurezze, ed i blocchi alle frontiere devono sorreggersi su solide scelte politiche di esclusione. Gli impedimenti costruiti di fronte al movimento di queste persone sono scelte deliberate, non danni collaterali, e la responsabilità di esse pesa come un macigno⁹. La convinzione sottesa a queste scelte oggi traballa. Fino ad ora non si erano mai viste immagini di questo tipo: i migranti li avevamo sempre visti fermi, con coperte addosso e già ordinatamente catalogati dalla Guardia Costiera, oppure li avevamo visti morti, coperti da un telo bianco ed adagiati sulla spiaggia, ma comunque fermi. Nel 2015 sono morte nel Mar Mediterraneo 3.771 persone, con una media di dieci persone al giorno¹⁰, eppure il viaggio nel Mediterraneo è sempre stato per noi spettatori un limbo che ci siamo permessi di trascurare, accettando come ineluttabile il fatto che solo alcuni riescano ad arrivare a destinazione, ed occupandoci dei sopravvissuti.

Nelle nuove immagini delle rotte via terra è la cronaca del dinamismo della migrazione che sconvolge, è la forza prorompente del desiderio di queste persone, la loro determinazione, il loro affollarsi sulle banchine od il camminare in fila lungo chilometri di strada statale la novità che ci fa improvvisamente apparire la loro migrazione come inevitabile ed inarrestabile. L'opinione pubblica, a seguito di queste fotografie e video, sembra aver in parte cambiato atteggiamento, seguita a ruota dalle dichiarazioni dei politici più di rilievo: “in spite of our fragility, our weaknesses, our self perceived weaknesses, today it is Europe that is sold worldwide as a place of refuge and exile. It is Europe today that is presented as a place of heaven stability in

⁸ L'omonimo blog di Gabriele Da Grande è attivo dal 1988: <http://fortresseurope.blogspot.be/>

⁹ I toni critici verso l'Europa sono espressi, tra l'altro, da Sylvie Kauffmann, su *Le Monde*, “Migrants, notre faillite collective”, 5 settembre 2015.

¹⁰ Si veda la tabella al termine del paragrafo.

the eyes women and men of the Middle East and Africa. This is something to be proud of and not something to fear¹¹”. Anche fuori dall’Europa si registrano alcuni cambiamenti: il 9 settembre 2015 il *Prime Minister* australiano Tony Abbot ha annunciato che darà asilo a 12 mila migranti siriani ed iracheni¹², oltre ai 13.750 profughi già previsti per il 2015, ed anche gli Stati Uniti si sono detti pronti ad accoglierne diecimila¹³. La foto di Aylan Kurdi, 3 anni, riverso sulla spiaggia di Kos in Turchia, morto insieme al fratellino di 5 anni ed alla madre, mentre cercava di raggiungere in barca l’Europa, ha sconvolto l’intero globo¹⁴. Dopo aver scoperto che la zia del piccolo aveva tentato invano di ricongiungere la propria famiglia a sé in Canada, il governo del Canada ha annunciato che darà asilo a 23 mila iracheni e 11 mila siriani.

Ma vi è un’altra faccia nella medaglia. Al momento in cui si scrive la cronaca internazionale è ancora sconvolta dagli episodi avvenuti la notte di Capodanno a Colonia, dove, nella piazza centrale della città, diverse centinaia di donne sono state aggredite, molestate e rapinate da giovani di etnia araba, in quello che *prima facie* ad alcuni è sembrato una sorta di “attacco” organizzato alla concezione paritaria della donna in Europa¹⁵. Numerosi tra assalitori erano richiedenti asilo di religione mussulmana e la circostanza ha dato il via a sonore riflessioni, proteste, manifestazioni contro l’accoglienza di profughi di religione mussulmana, financo motivando violenze nei confronti della popolazione straniera in Germania¹⁶. Ma oltre alla difficoltà di integrare culture differenti, l’accoglienza di richiedenti asilo è stata messa in discussione a causa della crescente percezione dell’immigrazione quale viatico per il terrorismo internazionale, soprattutto a seguito delle terribili stragi avvenute a novembre nella capitale francese¹⁷. Tutto ciò porta persone e governi ad alzare barriere all’integrazione di persone di culture diverse e a chiudere anche fisicamente i propri confini. I

¹¹ Discorso di fronte al Parlamento di Strasburgo, il 9 settembre 2015, del Presidente della Commissione europea Juncker; si veda anche il discorso della Cancelliera tedesca Angela Merkel: entrambi all’indirizzo on line del *Corriere della Sera*: http://www.corriere.it/esteri/15_settembre_09/juncker-1-europa-non-sta-bene-si-deve-cambiare-priorita-affrontare-l-emergenza-profughi-5778dfba-56c1-11e5-a580-09e833a7bdab.shtml

¹² Tuttavia vi è alta preoccupazione, da parte delle organizzazioni non governative che si occupano di diritti umani, per le condizioni di detenzione in cui sono costretti i richiedenti asilo in Australia, spesso detenuti in centri off-shore su isole semi-disabitate, quale Nauru: *The Saturday Paper*, *Editorial*, “Close Nauru”, 22 agosto 2015.

¹³ Sull’inadeguatezza della risposta americana alla crisi dei profughi siriani si veda l’articolo di Adam Tylor, “Europe’s refugee crisis is America’s problem, too”, su *The Washington Post* del 4 settembre 2015, in cui si lamenta un’accoglienza di appena 1.541 profughi.

¹⁴ Indimenticabile il titolo del *Manifesto* del 2 settembre 2015, che gioca sull’ambiguità dei termini, ricordando come i bambini dovrebbero occuparsi solo di giocare: “Niente asilo”.

¹⁵ Si rimanda all’inchiesta del settimanale tedesco *Der Spiegel*: “La trappola di Colonia”, trad. italiana in *Internazionale*, 15 gennaio 2015, p. 15 ss.

¹⁶ “Colonia: scontri tra polizia e manifestanti. Merkel: “No diritto asilo se commessi reati”, 9 gennaio 2016, “Colonia, caccia all’immigrato: 12 feriti. Per Capodanno indagati 19 stranieri”, 11 gennaio 2016, su www.repubblica.it.

¹⁷ Si veda la cronaca degli avvenimenti e le opinioni di esperti pubblicate su testate giornalistiche di vari Paesi nella rassegna dedicata da *Internazionale* alle stragi avvenute a Parigi il 13 novembre 2015, per mano di terroristi islamici, all’indirizzo <http://www.internazionale.it/storia/nuovi-attentati-a-parigi>.

governi di Svezia, Danimarca, Norvegia, Austria e Slovenia hanno scelto di sospendere l'applicazione del "codice frontiere Schengen"¹⁸, provocando reazioni preoccupate tra gli altri Stati e nelle istituzioni europee¹⁹.

Le due diverse reazioni dell'opinione pubblica alle conseguenze delle migrazioni internazionali rispecchiano la tensione che si cercherà di analizzare nel corso del lavoro. Le migrazioni sono inevitabili e sono inarrestabili perché il loro motore è la speranza, "e anche coloro che non hanno più nulla la possiedono ancora"²⁰. Operando nel campo, ci si rende facilmente conto di quanto sia vano cercare soluzioni tecniche al "problema" dell'immigrazione, semplicemente perché circondare gli Stati di destinazione dei flussi di una grande muraglia non rappresenta un'alternativa possibile²¹. Lo dimostrano i fallimentari tentativi di cui sono farcite la storia e la prassi attuale, a partire dal muro di Berlino, passando per la barriera eretta tra l'enclave spagnola di Ceuta e di Melilla ed il Regno del Marocco e per la recinzione tra Messico e Stati Uniti, per il

¹⁸ Convenzione del 19.6.1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14.6.1985 tra i governi degli Stati del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo alla eliminazione graduale delle frontiere comuni, in GUCE n. L239 del 22.9.2000. La Convenzione è stata in seguito "comunitarizzata" con il Regolamento 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15.3.2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), in GUUE n. L 105 del 13.4.2006, su cui anche *infra*, par. 15. La procedura prevede che lo Stato membro ne faccia richiesta alla Commissione europea, che valuta le motivazioni e decide se siano sufficienti per giustificare una sospensione del trattato e quindi il ripristino di regolari controlli alla frontiera. Questa sospensione non può durare per più di sei mesi e deve essere motivata da una situazione di emergenza per la sicurezza nazionale: un aumento dei flussi migratori non può essere utilizzato come motivazione per sospendere il trattato. Una sospensione collettiva di Schengen può essere approvata dal Consiglio dell'Unione europea, che riunisce tutti i capi di Stato e di governo dell'Unione, per un periodo massimo di due anni. Schengen, però, prevede per la polizia di qualunque paese europeo di effettuare controlli alla frontiera, senza bisogno di richiedere alcuna autorizzazione, purché questi controlli siano a campione, cioè non sistematici. Questo "escamotage" è stato utilizzato da quasi tutti i paesi europei che negli ultimi mesi hanno ripristinato più o meno temporaneamente i controlli alle loro frontiere per regolare e limitare i flussi migratori. Raramente gli Stati hanno fatto esplicita richiesta di sospensione alla Commissione, che probabilmente sarebbe stata costretta a respingerla o comunque a concederla soltanto per una decina di giorni. In realtà diversi Stati si sono comportati come se avessero ottenuto l'autorizzazione – senza però nemmeno richiederla – ripristinando dei controlli che erano tutto fuorché a campione. Cfr. *Il Post*, 23 gennaio 2016, "Si può abolire il trattato di Schengen?", www.ilpost.it Sul procedimento previsto per la sospensione del Reg.to Schengen si veda Steve Peers sul blog <http://eulawanalysis.blogspot.it/> del 2 dicembre 2015, "Can Schengen be suspended because of Greece? Should it be?".

¹⁹ Per riferimenti agli episodi di cronaca si veda l'*Introduzione*. Il dibattito sulla sospensione degli accordi di Schengen ha sviluppi quotidiani: una descrizione del dibattito tra le più recenti è fornita da Gideon Rachman in Davos e Andrew Byrne in Budapest, dal *Financial Times*, "EU told it has 6 weeks to save Schengen border-free travel", January 21, 2016. Le preoccupazioni della Direttrice del Fondo Monetario Internazionale, Christine Lagarde sono riportate sul *Corriere on line*, 23 gennaio 2016: "Ue, Lagarde: "Sulla crisi dei rifugiati si gioca la sopravvivenza di Schengen" all'indirizzo www.corriere.it.

²⁰ Aforisma attribuito a Talete di Mileto, uno dei "sette savi" della civiltà greca.

²¹ Sul complesso meccanismo costruito in sede all'Unione europea nel tentativo di censire, controllare, combattere l'immigrazione illegale verso gli Stati membri, è possibile consultare l'ingente materiale messo a disposizione dalla Direzione generale *Home affairs* della Commissione europea, sul sito http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/index_en.htm, in particolare del rapporto *Practical Measures to Reduce Irregular Migration*, ottobre 2012:

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/irregular-migration/0a_emn_synthesis_report_irregular_migration_publication_april_2013_en.pdf

muro sul confine israeliano-palestinese²² e giungere alle recenti barricate costruite dal governo ungherese e del governo croato al confine con la Serbia. Il numero delle vite sacrificate nel tentativo di superare tali, e molti altri, mezzi di protezione²³, pur essendo elevatissimo, sembra non essere dissuasivo, e gli ingressi illegali non si arrestano²⁴.

In questi anni di lavoro e di studio ho incontrato centinaia di migranti ed ho ascoltato le loro storie mentre cercavo di aiutarli ad ottenere quanto più desideravano, ovvero rimanere in Italia e vivere in maniera degna. Ciascuno di loro nel decidere di lasciare lo Stato di cui è cittadino e tentare la fortuna in Europa ha le sue buone ragioni, a cui l'ordinamento, come vedremo, accorda diversa importanza, attribuendo o meno un diritto all'ingresso ed al soggiorno. Oggi si accolgono solo i migranti che, si ritiene, non abbiano altra scelta che abbandonare il proprio Paese. In questo modo si dimentica, però, che agli occhi di chiunque emigri, sia perché in fuga da conflitti o solo allo scopo di cercare un futuro migliore per i propri figli, emigrare è l'unica alternativa ragionevole. A torto o a ragione, il diritto internazionale attuale tramite le norme a tutela del diritto dell'individuo, stabilisce una sorta di gerarchia tra le cause di migrazione, così sovrapponendo alla realtà delle cose un quadro sfasato. Tenta di fornire risposte ad un fenomeno che non è analizzato dall'interno: per forza di cose le risposte sono inadeguate, le migrazioni non si arrestano, i problemi che ne derivano sono affrontati in modo parziale ed emergenziale, rischiando di peggiorarli.

La decisione statale inerente il soggiorno dello straniero sul territorio è oggetto di norme di diritto internazionale con beneficiari ed obiettivi differenti; questi ultimi sono spesso in competizione tra loro, di modo che la soddisfazione di uno non può che comportare la parziale o totale frustrazione dell'altro. Da un lato, lo Stato è ammesso dal diritto internazionale a liberamente determinare la propria popolazione, dall'altro, il migrante è beneficiario di un obbligo internazionale che spesso si impone allo Stato a limite del proprio potere discrezionale.

Il bilanciamento tra interesse del migrante ed interesse (della società) statale non ha sempre la medesima sorte ed è dall'esito tutt'altro che scontato in molti casi. La complessità è riflessa dalla formulazione dei precetti internazionali, formulati seguendo una difficile dialettica in cui abbondano deroghe ed eccezioni. I divieti di esclusione dell'individuo dal territorio (od obblighi di accoglienza) appartengano per lo più al diritto internazionale dei diritti umani. Tanto significa che le eccezioni alla discrezionalità statale traggono linfa da principi differenti e vertono a scopi nuovi nel diritto internazionale, connesse al benessere della

²² Della cui costruzione la Corte Internazionale di Giustizia ha sancito l'illegittimità rispetto al diritto internazionale nel noto parere del 2004: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136.

²³ Per una mappatura dell'attuale presenza di barriere a contenimento dell'immigrazione irregolare nel mondo si dia un'occhiata al grafico predisposto dall'associazione Migreurop: http://www.migreurop.org/IMG/pdf/map_4.5_murs_dans_le_monde.pdf

²⁴ http://politica.elpais.com/politica/2014/03/18/actualidad/1395129173_038641.html, e il più recente episodio del 1 maggio 2014, riportato su Repubblica del 2 maggio: <http://www.repubblica.it/esteri/2014/05/01/news/melilla-84993510/?ref=HREC1-7>. Si veda anche il comunicato diffuso da una rete di organizzazioni per la protezione dei migranti sul sito Migreurop: <http://www.migreurop.org/article2464.html?lang=fr> in seguito al primo avvenimento.

persona e non dello Stato. In alcuni casi, la tensione tra i diversi interessi spinge a scelte a beneficio dell'individuo, mentre in altri privilegia la sovranità statale.

Nel presente lavoro si intende analizzare questa tensione, per studiarne i possibili sviluppi futuri. La questione verrà affrontata alla luce del dibattito in materia di “conflitti tra norme” di diritto internazionale. Per fare ciò, si prendono in esame le teorie che interpretano la struttura attuale del diritto internazionale, attraversando la discussione sulla sua unitarietà di scopi e coesione normativa, senza però perdere di vista l'angolo privilegiato dello studio del diritto internazionale delle migrazioni. Molti di coloro che sostengono una visione unitaria dell'ordinamento internazionale ritengono i criteri interpretativi di soluzione dei conflitti normativi contenuti nella Convenzione di Vienna sufficienti alla composizione del conflitto tra le norme in gioco; questa è la posizione anche della Commissione di Diritto Internazionale (CDI) ed è la direzione in cui tenta di muoversi la giurisprudenza internazionale. Eppure il risultato non sembra soddisfacente. Si passeranno così ad analizzare le teorie alternative, sia quella che sostiene la frammentazione, che le teorie che propugnano un progressivo mutamento nello scopo del diritto internazionale in favore della tutela della dignità umana, da operarsi mediante una modifica, un ridimensionamento od una eliminazione del principio di sovranità. Quest'ultimo si ritrova subordinato al principio di tutela dei diritti umani fondamentali.

Dopo averle presentate tutte in maniera critica, nel lavoro si tenterà di individuare la teoria che più correttamente descrive la relazione tra norme a tutela dell'individuo migrante e principio di sovranità statale, e che meglio prevede i suoi eventuali sviluppi futuri. Il tentativo è perseguito attraverso una disamina delle opinioni della dottrina e dell'applicazione nella prassi dei concetti sviluppati, dapprima in relazione alle caratteristiche del potere statale di esclusione dello straniero dal territorio (la sua natura, le forme ed il luogo del suo esercizio, la possibilità di una sua delega ed, infine, i suoi limiti verranno illustrati nel secondo capitolo), e poi investigando i confini applicativi delle norme di diritto internazionale sui diritti del migrante che, invece, impongono l'accesso di questi al territorio.

Non è interamente comprensibile oggi la complessità del cambiamento che lo sviluppo dei diritti dell'uomo sta provocando nel diritto internazionale, e forse non lo sarà per lungo tempo. D'altronde, occupandosi di migranti si percepisce la palpabile tensione tra potere dello Stato e tutela del diritto dell'individuo; non è da escludere che l'operazione di individuazione del problema, di mappatura e critica dei diversi modelli solutori proposti possa arrecare qualche beneficio. La ragione concreta che ci spinge ad affrontare il tema è quella di comprendere le ragioni e cercare di allentare la tensione in questo tiro alla fune che ha spesso conseguenze funeste per chi è meno forte. Tanto, si è convinti, corrisponde solo a mettere il diritto internazionale a servizio delle esigenze del mondo attuale:

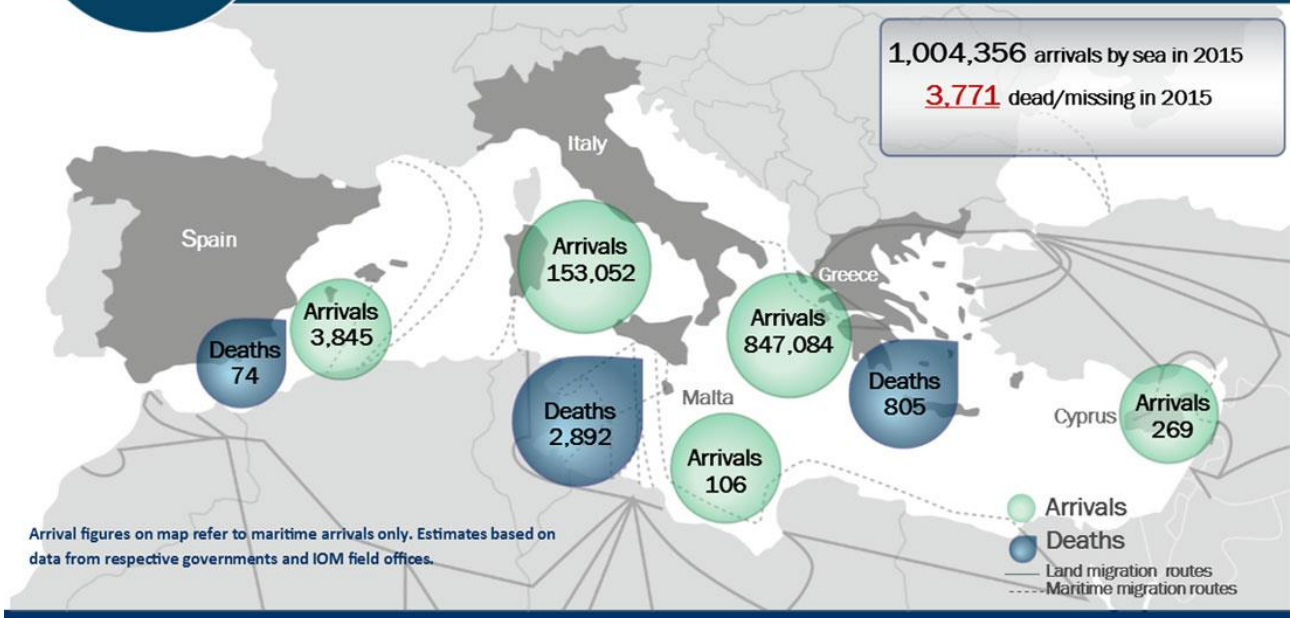
“The measure of success which is achieved in eliminating and resolving conflicts in law-making treaties will have a major bearing in the prospect of developing, despite the imperfection of the international legislative process, a coherent law of nation adequate to modern needs²⁵”.

²⁵ C.W. Jenks, ‘The Conflict of Law-Making Treaties’, in *BYBIL*, Vol. 30, 1953, pp. 401 ss., p. 453.

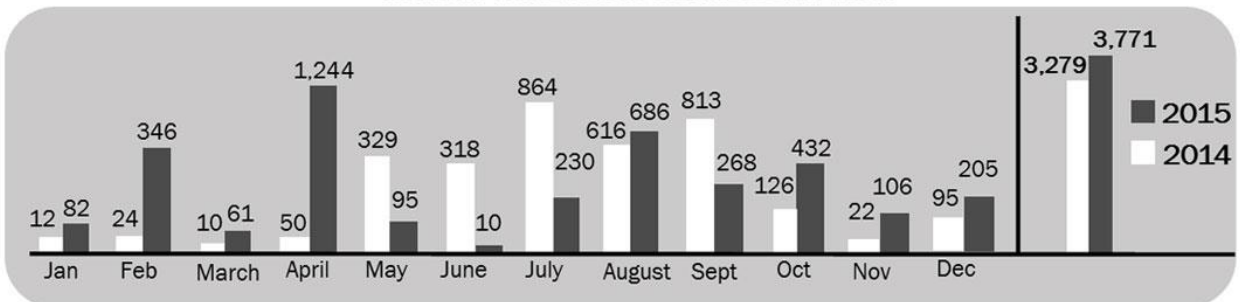


Mediterranean Update

Migration Flows Europe: Arrivals and Fatalities



MIGRANT FATALITIES IN THE MEDITERRANEAN



TOP FIVE COUNTRIES OF ORIGIN Jan–Nov 2015

Origin Country	Italy		Greece	
	Origin	Destination	Origin	Destination
Eritrea	37,882		Syria	455,363
Nigeria	20,171		Afghanistan	186,500
Somalia	11,242		Iraq	63,421
Sudan	8,766		Pakistan	23,318
Syria	7,387		Iran	19,612

Missing Migrants Project

Missing Migrants Project is a global database tracking data on deceased and missing migrants along migratory routes worldwide.

Download a copy of [Fatal Journeys: Tracking Lives Lost During Migration](#) from the IOM bookstore: publications.iom.int

Migration Flows Europe

Migration Flows Europe is an initiative of IOM's Preparedness and Response Division (PRD) / Department of Emergencies (DOE).

Missing Migrants Project is a joint initiative of IOM's Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC) and Media and Communications Division (MCD).

#MissingMigrants Missingmigrants.iom.int #MigrationEurope Migration.iom.int

PARTE PRIMA

CAPITOLO PRIMO

LA RELAZIONE TRA POTERE STATALE DI ALLONTANAMENTO DELLO STRANIERO DAL TERRITORIO E DIRITTO DEL MIGRANTE A FARVI ACCESSO O A PERMANERVI

SEZIONE 1. La tensione tra diritto dell'individuo e prerogative statali

1. Introduzione

Faceva presente ormai molti anni fa Philip Alston come la dottrina si sia sempre lamentata della difficile relazione tra diritto internazionale e norme sui diritti umani, ma abbia nel tempo perlopiù mantenuto un approccio “descrittivo” più che “diagnostico”, preferendo reiterare e rielaborare le preoccupazioni sull'esistenza di una tensione tra i due gruppi di norme, invece di provare a risolverle²⁶. In tempi recenti, però, sembra che alcuni tentativi di soluzione siano stati avanzati. Fornire un modello teorico coerente può essere utile per identificare e studiare i numerosi problemi pratici nella gestione del fenomeno migratorio. D'altro canto, è vero anche il contrario: osservare come gli Stati e gli altri soggetti di diritto internazionale si comportino con i migranti può aiutare a selezionare l'approccio più convincente tra quelli che si andranno ad esporre.

Nei paragrafi che seguono si procederà in entrambi i detti sensi: dapprima si ricostruiranno i termini teorici del conflitto tra norme giuridiche aventi fondamento e scopi differenti, segnatamente le norme a tutela del diritto del migrante di fronte al principio di sovranità statale, per elencare le soluzioni interpretative suggerite dalla dottrina e verificarne, infine, il loro impiego nella prassi. Nei capitoli che seguono, invece, le teorie esposte verranno “messe alla prova” rispetto alla complessa relazione tra *ius escludendi* statale e diritto del migrante.

Per cominciare, si intende dar conto della discussione in ordine alla definizione di “conflitto tra norme”, verificando la possibilità che esso interessi anche il contrasto tra norme e principi, con specifico riferimento alla problematica della nostra ricerca. In altre parole, ci si chiederà se possa dirsi, in astratto, che un principio di diritto confligga con norme convenzionali o consuetudinarie e se, in effetti, il principio di discrezionalità statale rispetto all'ammissione dello straniero confligga con le norme inerenti la tutela dei diritti del migrante. Nel fare ciò ci si propone di chiamare in causa le fonti di diritto internazionale generale alla base del potere di esclusione dello Stato, da un lato, e, dall'altro, della protezione del diritto dell'individuo.

Verrà prestata particolare attenzione ai lavori della Commissione di Diritto Internazionale in materia di frammentazione del diritto internazionale, oltre che all'opinione sviluppata in merito da dottrina e giurisprudenza; infatti l'analisi non può ignorare il dibattito in ordine all'esistenza o meno di un sistema giuridico internazionale che persegua un unico obiettivo al quale votare ogni norma giuridica.

“International law is a legal system²⁷”. Questo è l'incipit della prima delle 42 *Conclusions* formulate dal gruppo di studio della CDI. La frase sembra più un assioma che una conclusione: in realtà gli autori sono

²⁶ “Introduction”, in: P. Alston (ed.), *Human Rights Law*, Dartmouth, Aldershot, 1996, p. XII.

²⁷ Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, par. 14.1, p. 7, in ILC, 58th Session, Report of the Study Group of the ILC, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, UN Doc.

ancora divisi su questo punto. In dottrina, in effetti, si sostiene che il diritto internazionale possa mantenere effettività anche qualora inteso come composto semplicemente dalla somma delle norme internazionali che vi è possibile rinvenire²⁸. In tale visione, due o più norme possono essere e restare in un conflitto di carattere normativo senza che per questo la coerenza logica del sistema venga frustrata: la medesima viene preservata mediante l'utilizzo di regole tecniche fondate appunto sulla logica²⁹. Al netto di valutazioni sull'efficienza del sistema di norme così concepito, anche i sostenitori di tale teoria riconoscono che adottando una siffatta prospettiva il sistema di norme internazionale viene inteso come portatore al suo interno di una frattura insanabile, ovvero frammentato in essenza. All'adesione alla teoria della frammentazione segue ineluttabilmente la rinuncia ad un unico ordinamento internazionale, rinuncia che molta altra, autorevole, dottrina non è disposta a compiere³⁰. Assumendo tale ottica dovrebbe concludersi che, seppur l'esigenza di tutela del diritto del migrante porta all'affermazione di norme che provocano una tensione nel diritto internazionale, non c'è alcun bisogno di porre l'accento su tale tensione, di cui si prende semplicemente atto. Di fatto, come si vedrà alcuni autori propongono una classificazione dei conflitti tra le norme in diritto internazionale in due diversi insiemi intitolati "conflitti infra-sistema" e "conflitti extra-sistema". Questi ultimi non sono ricomponibili mediante criteri normativi, perché le relative norme appartengono a due sistemi ontologicamente diversi e paralleli, quali possono essere, ad esempio, l'ordinamento belga e l'ordinamento italiano. Lo stesso tentativo di individuare quello tra i due sistemi a cui accordare prevalenza non ha alcun senso, resta solamente la scelta in merito a quale sistema preferire³¹.

In che tipologia di conflitto si inserisce la tensione tra diritto del migrante e principio di sovranità statale di cui ci stiamo occupando? Dalla risposta dipende anche la possibilità di utilizzare un metodo di risoluzione od

A/CN.4/L.682, April 13, 2006 (d'ora in avanti riportato come ILC Report on Fragmentation). Efficacemente, il relatore speciale Koskeniemi afferma altrove nel suo report: "It is often said that law is a "system". By this, no more need be meant than that the various decisions, rules and principles of which the law consists do not appear not randomly related to each other", ILC Report on Fragmentation, par. 33, p. 23.

²⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 208-231.

²⁹ R. Michaels, J. Pauwelyn, "Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law", in T. Broude, Y. Shany (eds.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 19-44, p. 20. In senso contrario, P. Foriers, "Les Antinomies en Droit", in Ch. Perelman (ed.), *Les Antinomies en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 20-38, ove egli ritiene che un conflitto di norme costituisca "situation anormale dans un système où le principe de non-contradiction est essentiel et où la cohérence logique est une exigence"; tale conflitto "[met] en péril la cohérence logique du système tout entier" (pp. 22-23). Similmente, C. Huberlant, "Antinomies et Recours aux Principes Généraux", in *ibid.*, pp. 204-236, parla di una "cohérence excluant la contradiction" (pp. 204, 212). Si veda *infra*, par. 8.

³⁰ Rosalyn Higgins così si esprime nelle prime due frasi del suo corso tenuto all'Académie de Droit International de la Haye: "International law is not rules. It's a normative system... harnessed to the achievement of common values", R. Higgins, "International trade law and the avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law", in *RCADI*, 230, 1991, pp. 9-341, p. 23. Si veda anche *infra*, parr. 3 e 7.

³¹ R. Michaels, J. Pauwelyn, "Conflict of Norms...", cit. pp. 19-44. Il conflitto di norme, nell'opinione illustrata nel libro, verrebbe trattato e risolto al pari che un conflitto tra leggi provenienti da ordinamenti diversi: verrebbe accordata di volta in volta prevalenza all'uno o all'altro sistema. Presupposto e conseguenza sarebbe, per l'appunto, la negazione dell'unitarietà dell'ordinamento internazionale.

un altro. In alternativa, si può provare ad utilizzare un metodo e verificare se funziona: le norme (o principi di diritto, o principi logici) di soluzione di conflitti, quali i criteri enunciati nella Convenzione di Vienna per l'interpretazione dei trattati e dal progetto di articoli della CDI sulla responsabilità degli Stati, sono sempre stati utilizzati per comporre i contrasti tra norme. Ci si chiederà con quale successo. Il principio di specialità, di gerarchia, il criterio della *lex posterior derogat priori* ed il principio di armonizzazione, sono sufficienti a regolare il dinamismo del diritto internazionale dei diritti umani nell'ambito del diritto internazionale in generale? Vi sono molti dubbi sul fatto che conflitto tra principio di discrezionalità dello Stato sull'ammissione degli stranieri e diritto di ingresso del migrante possa essere risolto con tali strumenti interpretativi.

Il problema, come ovvio, si inserisce nel quadro dell'influenza sull'ordinamento internazionale dello sviluppo progressivo del diritto internazionale dei diritti umani. Parte della dottrina ritiene che l'ordinamento internazionale, postulando la sua esistenza, ne venga scosso alle fondamenta e che, pertanto, sia in atto un cambiamento che interessa globalmente la sua struttura o, quantomeno, il modo di intendere i suoi pilastri. Martti Koskenniemi, nel suo celebre *From Apology to Utopia*³², rileva come il diritto internazionale dei diritti dell'uomo sorga e si sviluppi proprio allo scopo di mettere in discussione il sistema stato-centrico del diritto internazionale, e come la sua ragione d'essere abbia vita lunga esattamente quanto la distanza tra il diritto internazionale in generale ed il diritto dei diritti umani. La sua finalità è la sovversione, altrimenti i suoi obiettivi sarebbero frustrati.

E' evidente che, allora, il tentativo di interpretare la tensione tra *ius excludendi* dello Stato e diritto del migrante mediante l'utilizzo di strumenti quali il principio di specialità o di gerarchia, per esempio, sarebbe del tutto inadeguato alla portata del fenomeno. Molti autori ritengono che il diritto internazionale dei diritti umani ed il diritto internazionale generale attuale costituiscano due sistemi ordinamentali diversi e alla pari: l'uno si regge sul principio di pari dignità umana e l'altro sul principio di sovrana uguaglianza tra gli Stati. E' questo lo schema che più di tutti si avvicina alla descrizione del conflitto tra principio di discrezionalità statale sull'ingresso dello straniero nel territorio e diritto all'ingresso del migrante? Si verificherà l'esistenza di dati nella prassi a sostegno anche di questa ricostruzione teorica.

Si anticipa già che anche quest'ultima lettura non sembra fornire una chiave risolutiva della tensione. Infatti, in tale ottica di frammentazione, come verrebbe trattato il problema? Ci si potrebbe forse affidare a criteri di scelta tra "sistemi" diversi di diritto internazionale. E' possibile di volta in volta risolvere il conflitto tra le norme secondo criteri di collegamento logici simili ai criteri internazionali privatistici che, almeno in linea di principio, considerino i diversi ordinamenti su un piano di parità? Anche in questa prospettiva resta il dubbio che il diritto internazionale dei diritti umani possa o meno sopportare il compromesso, accettando che la propria applicazione possa essere subordinata di volta in volta all'applicazione di un diverso "sistema", promotore di altri valori.

³² M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

In realtà, il diritto internazionale dei diritti umani trascende anche la teoria della frammentazione perché, oltre a non sopportare di essere relegato in un sotto sistema normativo, non ha neppure la vocazione di essere trattato come uno tra tanti; difatti, fioriscono proposte per una rivisitazione del diritto internazionale nella sua interezza. In conseguenza della crescente attenzione all'individuo in quanto tale, sia esso cittadino o straniero, è lo Stato stesso ad essere messo in discussione nel suo ruolo o, altrimenti, addirittura nella sua soggettività. Il principio di dignità umana si sostituisce, in queste teorie, al principio di sovranità statale.

Le dette teorie hanno portata più o meno rivoluzionaria a seconda che propongano di sostituire il principio di sovrana uguaglianza tra gli Stati con il principio di uguale dignità di ogni individuo, o "semplicemente" di riscrivere il primo alla luce del secondo, tramite una sorta di "umanizzazione" della sovranità³³. Per valutare tali posizioni sarà necessario quantomeno un accenno alle diverse teorie a proposito della struttura dell'ordinamento internazionale³⁴. Infatti, ci si prefigge meglio di indagare se la prassi in materia di trattamento dello straniero migrante possa coadiuvare l'esposta opinione.

2. I conflitti fra norme nell'ordinamento internazionale

Il diritto internazionale contemporaneo subisce gli effetti di una serie di fattori che portano ad un aumento esponenziale del numero di norme da cui è formato e, quindi, alla possibilità di conflitti tra le medesime³⁵. Tra di essi, un ruolo rilevante ha l'inarrestabile processo di globalizzazione di idee, persone e problemi, che necessariamente richiede una propria disciplina e a livello internazionale. Inoltre, il passaggio da un'ottica di coesistenza tra Paesi ad un'inevitabile cooperazione tra i medesimi, spiana la strada allo sviluppo di nuove aree di intervento per il diritto internazionale, ciascuna regolata da norme specializzate nel settore. Anche sul fronte dei meccanismi di soluzione delle controversie, il sempre più frequente ricorso a soluzioni arbitrali autorevoli ed imparziali moltiplica le interpretazioni delle norme giuridiche esistenti, contribuisce alla precisazione di norme speciali nel settore di intervento della giurisdizione. Ciò riguarda anche le norme secondarie volte a far valere la responsabilità per violazione di norme primarie, con l'interessante risultato che, aumentando i modi di soluzione delle controversie, aumentano i conflitti sul come risolverle³⁶.

³³ Tra i molti: E. Benvenisti, "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders", in *AJIL*, Vol. 107, No. 2, April 2013, pp. 295-333.

³⁴ Dall'antica contrapposizione tra positivismo e naturalismo, ai tentativi moderni di creare un ordinamento costituzionalmente basato su alcuni valori universali, tra i quali potrebbero prendere posto i diritti dell'uomo, fino alle teorie sociali di Scelle e McDouglas e alle proposte per una *global governance* sul modello dei diritti amministrativi interni. Cfr. M. Koskeniemi, "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics", in *MLR*, Vol. 70, Issue 1, January 2007, pp. 1-30.

³⁵ Più di 50.000 trattati sono stati registrati presso l'ONU: J.C. Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", in *GWILR*, Vol. 37, 2005, pp. 573-648.

³⁶ Non a caso i più ampi contributi recenti allo studio dei conflitti tra norme provengono da studiosi specializzati in settori specifici del diritto internazionale, quali il diritto del commercio internazionale, che presenta propri meccanismi di soluzione delle

Alle dette ragioni, tipicamente riferibili al mondo contemporaneo, si aggiungono anche ormai tradizionali considerazioni inerenti la natura stessa del diritto internazionale. Quest'ultimo scaturisce direttamente dal consenso degli Stati, che ne è la sua fonte prima. E', quindi, privo di un unico Legislatore che crei le sue norme, come è privo di un unico Giudice che le interpreti. Tutti gli Stati sono formalmente uguali, pertanto le loro scelte, almeno teoricamente, hanno pari influenza sulla formazione di norme. La struttura normativa gerarchica dello *ius cogens* non è rigida nel tempo, giacché gli attori sulla scena del diritto internazionale sono in continuo cambiamento, così come sono in continua modifica le spinte politiche preponderanti interne agli Stati, e con essi il consenso politico di fondo³⁷.

D'altronde, già nel 1953, con un'ammirevole chiarezza, C. Wilfred Jenks riconosceva il problema dei conflitti di norme, individuandone come causa principale la mancanza di un unico organo legislativo. Perciò:

“law-making treaties are tending to develop in a number of historical, functional and regional groups which are separate from each other and whose mutual relationships are in some respects analogous to those of separate systems of municipal law³⁸”.

Jenks osservava che “the conflict of law-making treaties... must be accepted as being in certain circumstances an inevitable incident of growth” del diritto internazionale, ma invitava, allo stesso tempo, gli internazionalisti a “to formulate principles for resolving such conflict when it arises³⁹”.

Spesso, seguendo l'invito di Jenks, la tematica del conflitto tra norme è affrontata mediante tentativi di prevenire conflitti. D'altra parte, la presenza di più norme in contraddizione tra loro ha ripercussioni negative sulla certezza del diritto internazionale, con riferimento all'individuazione delle norme applicabili e, soprattutto, in relazione al bilanciamento dei contrapposti precetti che vi si ritrovino. Secondo la Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite, il rapido sviluppo di differenti e non coordinati sistemi giuridici può essere causa di “conflicts between rules or rules-systems, deviating institutional practices and, possibly, the loss of an overall perspective on the law⁴⁰”. Nell'opinione dello *Special Rapporteur* Martti Koskenniemi e del gruppo di lavoro della CDI, tanto è tutt'altro che auspicabile.

La rilevanza pratica della questione viene alla luce allorché si tenti di descrivere un fenomeno per ragionevolmente prevederne gli sviluppi futuri, come avviene con il fenomeno delle migrazioni. La maniera in cui verrà identificato e progressivamente risolto il conflitto tra norme sul diritto del migrante ad entrare nel

controversie particolarmente avanzati ed efficienti: J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; G. Marceau, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties”, in *JWT*, Vol. 35, Issue 6, 2001, pp. 1081-1131, p. 1081; E. Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory”, in *EJIL*, Vol. 17, No. 2, 2006, pp. 395-418.

³⁷ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, cit., pp. 13 ss.

³⁸ C.W. Jenks, “The Conflict...”, cit., p. 403. L'altra ragione del fenomeno, secondo Jenks, era la mancanza di coordinazione nella revisione degli strumenti giuridici multilaterali.

³⁹ *Ibid*, p. 405.

⁴⁰ ILC Report on Fragmentation, cit., par. 8, p. 11.

territorio e *ius escludendi* dello Stato nei confronti dello straniero, porterà ad uno sviluppo del diritto internazionale in un senso piuttosto che in un altro, o perlomeno, ad una diversa velocità di sviluppo, con conseguenze pratiche soprattutto per i migranti stessi.

a. Il significato di “conflitto”

Ci si deve innanzitutto chiedere cosa sia un conflitto fra norme, parallelamente verificando la possibilità di utilizzare il concetto nell’ambito di cui ci si occupa. Nel fare ciò si palesa da subito un doppio ordine di problemi.

In primo luogo, nell’individuare l’esistenza di un “conflitto”, desta alcune perplessità la condizione di vertere “*on the same matter*”, che la disposizione dell’art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati richiede espressamente nel regolare gli effetti di una disposizione convenzionale successiva su una precedente, ma che rileva nell’applicazione di tutti i criteri interpretativi di soluzione dei conflitti tra norme.⁴¹ Ci si è chiesti al riguardo se il requisito di occuparsi della “stessa materia” sia necessario perché si possa parlare di conflitti tra disposizioni successive; è stato detto, per esempio, che l’art. 30 della Convenzione di Vienna non fosse applicabile in caso di conflitto tra un trattato commerciale ed un trattato sull’ambiente, in quanto vertenti su questioni differenti⁴². In realtà, il dubbio si risolve facilmente: in tutti i casi in cui sorge effettivamente un problema nell’applicazione pratica di due disposizioni non ha alcun senso domandarsi se la materia è la stessa⁴³.

In secondo luogo, vi sono dubbi sull’esatta delimitazione da dare al concetto di “conflitto”: ci si domanda quali norma possano considerarsi incompatibili⁴⁴. Una definizione di “conflitto” è stata fornita ormai sessant’anni fa, sempre da Jenks, il quale distingueva tra “conflitti” *stricto sensu* e mere divergenze:

⁴¹ Art. 30, c. 1 della CdV: “Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs”.

⁴² J.C. Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, cit., pp. 603-604.

⁴³ Se proprio ci si vuole porre la questione, non può non osservarsi come la risposta dipenda dall’angolo di prospettiva in cui ci si posiziona: “Most international instruments may be described from various perspectives: a treaty dealing with trade may have significant human rights and environmental implications and vice versa. A treaty on, say, maritime transport of chemicals, relates at least to the law of the sea, environmental law, trade law, and the law of maritime transport. The characterizations have less to do with the “nature” of the instrument than the interest from which it is described”, ILC Report on Fragmentation, cit., par. 21, p. 17. Nello stesso senso: E.W. Vierdag, “The Time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions”, in *BYBIL*, Vol. 59, 1988, pp. 75-111, p. 100.

⁴⁴ La discussione è ripercorsa in: J. Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, cit.; J.B. Mus, “Conflicts between Treaties in International Law”, in *NILR*, Vol. 45, Issue 2, August 1998, pp. 208-232, pp. 214, 217, il quale riprende ed in parte critica la teoria esposta da Kelsen e da Hart che categorizzano come conflitti solamente apparenti quelli che è possibile comporre mediante “derogation norms”; S.A. Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 5-7.

“a conflict in the strict sense of direct incompatibility arises only where a party to the two treaties cannot *simultaneously comply* with its *obligations* under *both* treaties.”⁴⁵”

Dunque, solamente nel caso in cui il rispetto di una norma imponga la violazione dell'altra, e sia impossibile per una parte rispettarle entrambe (Jenks si riferisce alle norme convenzionali), esiste un conflitto. Jenks non riconosce le altre divergenze tra norme come conflitti, anche se “(they) defeat the object of one or both of the divergent instruments”. In ogni caso, l'autore è ben consapevole del fatto che profonde divergenze negli scopi possano essere “as serious as a conflict”, impedendo al soggetto vincolato da entrambi gli strumenti di trarre vantaggio da alcune disposizioni di uno di essi. Inoltre, dal punto di vista pratico, le divergenze possono ben privare una norma dello spazio di flessibilità necessario affinché essa trovi compimento pratico. Tuttavia, egli sostiene tale definizione restrittiva: non vi è conflitto quando uno strumento giuridico si limiti ad eliminare le eccezioni previste da un altro, anche se in questo modo quest'ultimo perde grande rilevanza⁴⁶. Una definizione restrittiva è anche invocata da Wolfram Karl⁴⁷, ma in molte altre trattazioni il medesimo condivide la più ampia nozione del teorico del diritto internazionale tedesco Engisch⁴⁸. Più recentemente, anche Wolfrum e Matz hanno sottolineato l'esigenza di escludere dalla nozione di conflitto la contrapposizione tra norme che prevedono facoltà e poteri e norme che prevedono obblighi, affiancandole piuttosto nozioni quali “conflicting objectives”, “political conflict” e “conflictual conflicts between different approaches or programmes”⁴⁹.

La suddetta concezione restrittiva non è affatto condivisa dalla maggior parte della dottrina⁵⁰. Apertamente schieratisi sul fronte opposto, sono Joost Pauwelyn, Martti Koskenniemi ed Erich Vranes, che si battono in favore della diffusione di una definizione ampia del termine “conflitto” ricomprendente anche i contrasti tra le norme prescrittive e le norme che prevedono facoltà e poteri. Numerosi altri autori, sebbene forse non affrontando consapevolmente il dibattito, si sono assestati sulla definizione più ampia, tra cui Jean J.-A.

⁴⁵ C.W. Jenks, “The Conflict...”, cit., p. 426.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 427.

⁴⁷ W. Karl, “Conflicts between Treaties”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 467.

⁴⁸ Questa la definizione fornita da Engisch nel 1935, secondo la quale esiste conflitto: “1) if conduct of a given type is at the same time prohibited and *permitted*, or prohibited and prescribed, or prescribed and not prescribed in a given legal order. Or if incompatible ways of conduct are prescribed at the same time. . . 2) if a concrete conduct appears at the same time to be prohibited and *permitted* etc in a given legal order”, cfr. K. Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 46, tradotto da E. Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’...”, cit., p. 406, n. 67.

⁴⁹ R. Wolfrum, N. Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin, Springer, 2003, p. 4.

⁵⁰ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, cit., p. 167; ILC Report on Fragmentation, cit.: “This Report adopts a wide notion of conflict as a situation where two rules or principles suggest different ways of dealing with a problem. Focusing on a mere logical incompatibility mischaracterizes legal reasoning as logical subsumption. In fact, any decision will involve interpretation and choice between alternative rule-formulations and meanings that cannot be pressed within the model of logical reasoning” (par. 25, p. 19). Di recente, Marceau ha sottolineato come un conflitto possa essere definito in modo ampio o stretto a seconda della concezione che l'autore abbia dell'ordine giuridico internazionale. Coloro i quali cercano coerenza nel sistema sono portati a proporre definizioni restrittive, e l'autrice vi si accoda: G. Marceau, “Conflicts of Norms...”, cit., p. 1082.

Salmon⁵¹. Erich Vranes esemplifica efficacemente la posizione condivisa dalla maggior parte degli studiosi di *legal theory* volta a definire *contradictory conflicts* l'impossibilità di sfruttare una norma che prevede una facoltà, a causa della presenza di un divieto in senso contrario⁵². Secondo questa posizione, in presenza di una norma che stabilisce un termine minimo per i diritti di copyright pari a 40 anni e di un'altra norma che prevede invece un periodo minimo di 50 anni, non esiste alcun conflitto secondo la definizione di Jenks (definito *contrary conflict*⁵³), poiché, qualora dopo 50 anni si iniziassero a sfruttare i diritti d'autore, la prima norma non sarebbe violata da un punto di vista logico. Ma, a ben guardare, l'obbligo di continuare a proteggere l'opera per altri 10 anni vanifica *il permesso* di sfruttarne i diritti subito dopo i primi 40: è ben possibile che la *ratio* della prima normativa venga pesantemente frustrata dalla seconda, qualora la scelta politica fosse di concedere il copyright per 40 anni e non di più. Il conflitto emerge in modo chiaro. Jan Klabbers e Silke Trommer esemplificano addirittura il contrasto tra due facoltà attribuite dalle norme sui diritti umani: sulla base della presunzione che i diritti non siano assoluti è possibile riconciliare il diritto di una persona a suonare uno strumento 24 ore al giorno con il diritto del vicino di leggere in tranquillità manuali di poesia, nella pratica imponendo un limite orario agli esercizi musicali. Gli autori concludono che tanto rende entrambi i diritti relativi, (il primo non potrà suonare durante la finestra temporale stabilita ed il secondo potrà avere difficoltà di concentrazione nei restanti orari, perciò esiste un conflitto), ma che esso può essere ragionevolmente bilanciato⁵⁴.

Quest'ultima considerazione ci permette di introdurre l'ultimo argomento a favore della definizione più ampia: si osserva come i sostenitori della nozione restrittiva di conflitto vengano spesso rimproverati di ignorare il ruolo dei criteri di soluzione dei conflitti, quali il principio di specialità, di gerarchia, di prevalenza della legge successiva nel tempo⁵⁵, e le pratiche di armonizzazione tra norme nella soluzione di tutti i contrasti che siano tramite essi componibili. La critica si fonda sull'osservazione che, volendo evitare di parlare di conflitto tra due norme che prevedono un permesso ed un contrastante divieto, esso viene implicitamente già risolto in favore della norma più stringente. Ciò senza considerare il modo in cui si effettua una siffatta operazione, né gli strumenti giuridici che la permettono. Invece, l'esistenza di un conflitto non è esclusa dalla possibilità di una sua facile soluzione: esemplificando, secondo la ristretta concezione di Jenks, una norma convenzionale che permetta la tratta degli schiavi non sarebbe in conflitto con il divieto cogente di schiavitù. In realtà, non esiste contrasto esclusivamente perché il ragionamento dell'interprete sottende un'operazione giuridica volta a risolvere il conflitto tramite il principio di gerarchia.

⁵¹ “L'existence, dans un système juridique déterminé, de règles de droit incompatibles; de telle sorte que l'interprète ne peut appliquer les deux règles en même temps, qu'il doit choisir”, J. Salmon, “Les Antinomies en Droit International Public”, in Ch. Perelman (ed.), *Les Antinomies en Droit*, cit., pp. 285-319, p. 285.

⁵² E. Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’...”, cit.

⁵³ Si veda l'analitica classificazione dei *contrary conflicts* fatta da: S.A. Sadat-Akhavi, *Methods...*, cit., pp.7-10.

⁵⁴ J. Klabbers e S. Trommer, “Peaceful Coexistence: Normative Pluralism in International Law”, in J. Klabbers e T. Piiparinen (eds.), *Normative Pluralism in International Law, Exploring Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 79.

⁵⁵ Roberto Ago, per esempio, negava la possibilità dell'esistenza di conflitti tra norma precedente e norma posteriore, si veda *infra*, par. 7 b).

Applicando quanto fin qui detto al tema oggetto di indagine, deve osservarsi come parte della dottrina faticosi a rinvenire la frattura normativa nel diritto internazionale data dall'esercizio del potere statale di esclusione dello straniero dal territorio, sia perché non riconosce valenza ai *contradictory conflicts*, sia perché non distingue lo *ius escludendi* da tutte le norme che ne costituiscono un limite.

Benché la norma che permette allo Stato di espellere uno straniero dal territorio non possa dirsi in stretta incompatibilità logica con gli obblighi di accoglienza dello stesso (ovvero, non esista *contrary conflict* tra le due) è indubbio, però, che, dando applicazione a questi ultimi, la facoltà statale perde di efficacia e di contenuto. Esiste, quindi, secondo la tesi estensiva a cui ci si sente di aderire, un conflitto di tipo normativo tra il principio di discrezione statale nella scelta della popolazione ed il diritto dello straniero a restare sul territorio. La concezione ampia gode di un forte argomento sul piano concettuale: la vincolatività di un diritto, formulato come una norma che stabilisce una facoltà ("lo Stato ha il diritto di espellere stranieri – lo *ius escludendi*") è uguale a "lo Stato può discrezionalmente espellere stranieri" non è affatto minore di quella di un obbligo⁵⁶. Questo perché le norme servono a regolare comportamenti, e se emerge che una stessa condotta, quale quella di allontanare secondo la discrezione dello Stato gli stranieri dal territorio, è allo stesso tempo permessa e proibita, i comportamenti sono regolati in modo contraddittorio. Il contrasto tra obiettivi può frustare l'effettività di una norma al pari che un contrasto logico. Klabbers e Trommers ritengono, anzi, che proprio i conflitti sottointendenti forti valutazioni politiche, quali quello tra diritti umani e sicurezza della popolazione, non siano facilmente componibili⁵⁷. Si può riformulare la nostra convinzione con altre parole: si crede che non possa essere assunto a criterio di interpretazione del diritto internazionale l'esigenza di astenersi dall'esercizio di un diritto, qualora quest'ultimo contrasti con un obbligo; citando Ronald Dworkin, "rights have to be taken seriously"⁵⁸.

D'altra parte, per rinvenire un conflitto in materia, è preliminare disegnare la dinamica regola-eccezione tra potere statale e diritto del migrante come dialettica estranea alla norma primaria che attribuisce un diritto/potere allo Stato, e ciò può essere fatto compiendo un'indagine sulle caratteristiche e sulla natura della norma primaria. Tale indagine si farà nel capitolo che segue. Se si ricostruisce la facoltà dello Stato come incondizionata, deve riconoscersi che l'eccezione prende vita in un secondo momento, quando l'interprete si accinge a comporre il conflitto tra le due norme mediante l'utilizzo, ad esempio, del principio di prevalenza della *lex specialis*. Solo allora le norme che prevedono divieti all'allontanamento assumono il ruolo di eccezioni al principio generale, allo scopo di dare una struttura dinamica alla relazione conflittuale con quest'ultimo. Il fatto che tale operazione interpretativa venga compiuta in modo automatico nel ragionamento giuridico, non può portare alla conclusione che le due norme non siano in conflitto.

⁵⁶ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, cit.

⁵⁷ J. Klabbers e S. Trommer, "Peaceful Coexistence", cit., p. 92.

⁵⁸ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

Infine, si precisa che anche nel nostro caso il problema sorge al momento dell'applicazione delle norme, disciplinando il caso concreto⁵⁹. Quindi, la definizione di conflitto che si intende accogliere muove i passi dalla (necessaria o potenziale) violazione di norme. Essa è quella adottata anche da Kelsen:

“a conflict is bilateral if in obeying or applying each of the two norms, the other one is (possibly or necessarily) violated... The conflict is a total one if one norm prescribes a certain behaviour which the other forbids (prescribes the omission of the behaviour). The conflict is a partial one if the content of one norm is only partially different from the other one⁶⁰”.

Ma in che modo è utile porre l'accento sulla presenza di questa contraddizione normativa nel sistema giuridico internazionale? Non si può procedere senza aprire il dibattito sulla questione della unità del diritto internazionale, e sulla sua esistenza in quanto ordinamento.

3. La questione dell'unitarietà del diritto internazionale

Data la vastità del tema⁶¹, ci si limiterà ad affrontare gli aspetti più interessanti ai fini della nostra ricostruzione, cogliendo i frutti del dibattito sulla frammentazione, che in alcuni casi assumono le vesti di conclusioni logiche, mentre in altri sono considerazioni squisitamente politiche. Si partirà, pertanto, da un presupposto che per molti autori ha significato l'approdo di un lungo dibattito: “the claim of self-

⁵⁹ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, cit., cap. 7. Ciononostante, secondo l'autore esistono anche conflitti *ab initio* tra norme, che danno causa all'illiceità di una norma o che ne condizionano la stessa esistenza: una norma cessa di esistere se è implicitamente abrogata da un'altra, ad esempio perché in conflitto con *ius cogens superveniens*, o se ha le sembianze di un atto di organizzazioni internazionali *ultra vires*. Una norma è illecita se la sua esistenza in sé viola un'altra norma, ad esempio se appartiene ad un accordo *inter se* che devia da un trattato multilaterale produttivo di obblighi “integrali”, nel cui caso l'illecito internazionale si configura nei confronti di tutte le Parti del trattato multilaterale. Si veda meglio *infra*, par. 7.

⁶⁰ H. Kelsen (tradotto da M. Hartney), *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 99-100. A. Sadat-Akhavi, *Methods...*, cit., pp. 7 ss.

⁶¹ Per una bibliografia di base: B. Simma, D. Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, in *EJIL*, Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 483-529; G. Teubner, A. Fischer-Lescano, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, in *MJIL*, Vol. 25, No. 4, 2004, p. 999-1046; L.A.N.M. Barnhoorn, K. Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995; S. Roberts, “After Government? On Representing Law Without the State”, in *MLR*, Vol. 68, Issue 1, January 2005, pp. 1-24; A. Zimmermann, R. Hofmann (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006; K. Wellens, R. Huesa Vinaixa (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006; P.-M. Dupuy, “L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public (2000)”, in *RCADI*, 297, 2002, pp. 9-48. Per altri riferimenti, si veda: M. Koskeniemi, P. Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, in *LJIL*, Vol. 15, Issue 3, September 2002, p. 553-579. Per un esame esaustivo del pluralismo giuridico, si veda: B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Age of the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995, in particolare pp. 114 ss., e, al contrario, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 208-231.

containment is intrinsically linked to a particular outlook on the international legal order⁶²”. Il modo in cui vengono messe in relazione le norme dipende dalla convinzione che l’interprete ha dell’unitarietà o frammentazione del sistema internazionale.

Gli studiosi di diritto internazionale aderiscono oggi a due diverse correnti di pensiero, a seconda della loro concezione del sistema giuridico internazionale⁶³. I cosiddetti “universalisti”, che ritengono l’ordinamento internazionale un unico ordinamento giuridico, caratterizzato anche da un ordine gerarchico, scelgono come punto di partenza la prospettiva del diritto internazionale generale, e non tollerano l’esistenza

⁶² B. Simma, D. Pulkowski, “Of Planets and the Universe...”, cit., p. 495.

⁶³ In tema di *orde juridique international*, la recente dicotomia tra autori “universalisti” e sostenitori della frammentazione non può certo prescindere dalle riflessioni di classici quali S. Romano (*L’ordinamento giuridico*, Pisa, Mariotti, 1918: “per definire un ordinamento giuridico è inadeguato considerarlo come un insieme di norme, come se fosse una somma aritmetica, e non “un’unità concreta ed effettiva”, p. 12, “l’istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obbiettivo. I caratteri essenziali del diritto (...) coincidono con quelli dell’istituzione. (...) scopo caratteristico del diritto è per l’appunto quello dell’organizzazione sociale. Il diritto non consacra soltanto il principio della coesistenza degli individui, ma si propone soprattutto di vincere la debolezza e la limitazione delle loro forze, di sorpassare la loro caducità, di perpetuare certi fini al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali più poderosi e duraturi dei singoli. (...) Ciò significa che l’istituzione, nel senso da noi profilato, è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto. Questo non può estrinsecarsi se non in un’istituzione, e l’istituzione intanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto”, pp.41-43), H. Kelsen, (*Principles of International Law*, 2nd ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966; *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967. Secondo la “teoria pura del diritto”, formulata per la prima volta nel 1934 e qui considerata come espressa dall’autore in (traduzione in italiano di S. Cotta e G. Treves), *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milano, Etas, ult. ed., 2000, il concetto di diritto, qual è usato in questo genere di ricerche, non ha alcun significato morale, ma designa una tecnica specifica di organizzazione sociale. L’affermazione che “un dato ordinamento sociale ha il carattere di diritto, è un ordinamento giuridico” non implica il giudizio morale che quell’ordinamento sia buono o giusto, poiché sistono degli ordinamenti giuridici che, da un certo punto di vista, sono ingiusti. Secondo Kelsen, quindi, diritto e giustizia sono due concetti diversi ed il primo si distingue dalla seconda in quanto è diritto positivo). Quanto la teoria kelseniana è formale, astratta, rivolta ad un’analisi “interna”, tanto Carl Schmitt insiste sulla inestirpabile radice politica dell’ordinamento giuridico. “Il caso d’eccezione rende palese nel modo più chiaro l’essenza dell’autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (per formulare un paradosso) l’autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto (C. Schmitt, *Teologia politica*, 1922, traduzione italiana in Miglio G.e Schiera P. (a cura di), *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 40. “La specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di *amico* e *nemico Feind*. (...) Il significato della distinzione di amico e nemico è di indicare l’estremo grado di intensità di un’unione o di una separazione, di un’associazione o di una dissociazione; essa può sussistere teoricamente e praticamente senza che, nello stesso tempo, debbano venir impiegate tutte le altre distinzioni morali, estetiche, economiche o di altro tipo. Non v’è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e può forse essere vantaggioso concludere affari con lui. Egli è semplicemente l’altro, lo straniero”, in “Il concetto di politico”, *ibid*, pp. 108-09. Il carattere del politico implica la pluralità degli attori. È la possibilità che vi sia il nemico a conferire unità alla comunità politica, dunque l’esistenza di un’unità politica presuppone l’esistenza di un’altra unità politica: “sulla terra, finché esiste uno Stato, vi saranno sempre più Stati e non può esistere uno ‘Stato’ mondiale che comprenda tutta la terra e tutta l’umanità. Il mondo politico è un pluriverso e non un universo” pp. 137-38. Schmitt mette in guardia contro la stessa nozione di umanità: “è uno strumento particolarmente idoneo alle espansioni imperialistiche ed è, nella sua forma etico-umanitaria, un veicolo specifico dell’imperialismo economico”. Dunque “chi parla di umanità, vuol trarvi in inganno”, p. 139.

Sugli scritti di questi, ed altri autori, si fonda l’intero pensiero giuridico contemporaneo. Le valutazioni che seguono considerano necessariamente, quindi, l’istituzionalismo, la teoria pura del diritto, la politicità del diritto, come molte altre elaborazioni successive, ma non le trattano.

di regimi specializzati che derogano del tutto al regime generale di responsabilità degli Stati, o ad altri principi. In quest'ottica i regimi speciali altro non sono che una polarizzazione del criterio di specialità, la cui stessa affermazione indica l'esistenza di una qualche generalità⁶⁴. Come è noto, la Commissione di Diritto Internazionale si schiera in favore dell'unitarietà mediante le conclusioni del lavoro svolto dallo *Study Group* sulla frammentazione nel diritto internazionale, guidato da Martti Koskenniemi⁶⁵. D'altronde, la formulazione definitiva dello stesso art. 55 del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità statale, già anticipava siffatta posizione, poiché, consacrando il principio di *lex specialis*, si basava su una concezione ordinamentale del diritto. Tuttavia, il dibattito nella CDI era stato acceso e gli *Special Rapporteurs* succedutisi nel tempo avevano espresso visioni molto diverse tra loro: mentre all'inizio Willem Riphagen sembrava abbracciare il concetto di *self-contained regimes*, la Commissione era divenuta ipercritica sull'esistenza di forme diversificate di responsabilità con Gaetano Arangio-Ruiz, per infine assestarsi su una posizione di amletico dubbio sotto la guida di James Crawford⁶⁶. Per chiarire definitivamente la posizione della CDI in merito si è dovuto affidare il lavoro ad un apposito gruppo di studio, per l'appunto quello guidato da Koskenniemi. I "particolaristi", invece, disegnano conclusioni normative sulla base di analisi principalmente condotte dal punto di vista dei regimi *self-contained*. Il loro approccio procede da un dettagliato esame del particolare sotto-sistema in cui dispiegano la loro attività, seguita da una discussione su in che modo il sotto-sistema si relaziona con il diritto internazionale generale.

Dunque, gli studiosi "generalisti" credono che tutte le norme debbano rispondere al diritto internazionale generale, nel cui quadro necessariamente si collocano e dispiegano i loro effetti. Al contrario, gli specialisti dei sotto-sistemi non trovano alcuna ragione per tale operazione, se non quella utilitaristica di supplire le carenze normative di un sistema che funziona benissimo in modo autarchico, anzi, la cui particolarizzazione ne razionalizza gli scopi⁶⁷. E' difficile che le opinioni possano convergere. Secondo Bruno Simma e Dirk Pulkowski, i risultati in tema di normatività divergono per forza di cose, in quanto le corrispondenti analisi partono da due diversi livelli: il punto di vista della generalità ed il punto di vista del sistema particolare⁶⁸. Le conseguenze possono essere, da un lato, l'esagerazione dell'impatto delle norme generali sul regime speciale e la sottovalutazione dell'apporto che le norme speciali forniscono al diritto internazionale generale, mentre, all'altro lato, il rischio di prestare un'attenzione eccessiva alle differenze tra sottosistemi, perdendo di vista le caratteristiche comuni.

⁶⁴ La prevalente dottrina si assesta su posizioni di questo tipo, ad esempio: P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international...", cit.

⁶⁵ ILC Report on Fragmentation, cit.

⁶⁶ W. Riphagen, "Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility", in *YILC*, Vol. II, Part One, 1982, pp. 22-50, par. 35, p. 28; G. Arangio-Ruiz, "Fourth Report on State Responsibility", in *YILC*, Vol. II, Part One, 1992, pp. 1-50, pp. 35-42; J. Crawford, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", in *AJIL*, Vol. 96, No. 4, October 2002, pp. 874-890, p. 880. Vedi anche: *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001 in General Assembly, Official Records, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*.

⁶⁷ G. Teubner, A. Fischer-Lescano, "Regime-Collisions...", cit., pp. 1008 ss.

⁶⁸ B. Simma, D. Pulkowski, "Of Planets and the Universe...", cit., p. 506.

Nel nostro lavoro, i termini del problema si presentano sotto forma della relazione che il gruppo di norme convenzionalmente designato come un sotto-sistema del diritto internazionale dei diritti umani porta avanti con le norme che non ne fanno parte. Il diritto internazionale dei diritti umani è di solito indicato come esempio di *special regime* poiché è dotato di sistema convenzionali a sé, rinforzato dall'attività di giurisdizioni specializzate e da procedure volte sia a denunciare la violazione di norme (rapporti di organismi specializzati, attività di denuncia di commissioni delle Nazioni Unite o di altre organizzazioni regionali) che a far valere la conseguente responsabilità degli Stati. Inoltre, nell'interpretazione delle norme, il criterio teleologico o dinamico è utilizzato molto più spesso dalla giurisprudenza⁶⁹. La Corte europea per i diritti dell'uomo (ECtHR), comparando la propria attività a quella della Corte Internazionale di Giustizia (ICJ), ha precisato che “the context within which the International Court of Justice operates is quite distinct from that of the Convention institutions. The International Court is called on inter alia to examine any legal dispute between States that might occur in any part of the globe with reference to principles of international law. The subject-matter of a dispute may relate to any area of international law. In the second place, unlike the Convention institutions, the role of the International Court is not exclusively limited to direct supervisory functions in respect of a law-making treaty such as the Convention. Such a fundamental difference in the role and purpose of the respective tribunals (...) provides a compelling basis for distinguishing Convention practice from that of the International Court⁷⁰”. Il confine è stato rimarcato dalla Corte inter-americana per i diritti dell'uomo (IACtHR) e dall'omonimo Comitato delle Nazioni Unite (HRC)⁷¹. La stessa Corte Internazionale di Giustizia, nella sentenza *Nicaragua v. Usa*, ha sottolineato come le norme sui diritti umani siano spesso garantite da particolari meccanismi di controllo e protezione:

“[W]here human rights are protected by international conventions, that protection takes the form of such arrangements for monitoring or ensuring respect for human rights as are provided for in the conventions themselves”⁷².

⁶⁹ P. Wachsmann, “Les méthodes d’interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l’homme”, in Colloque de la SFDI, *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 157-195, pp. 188 ss.; L. Caflisch, A.A. Cançado Trindade, “Les Conventions américaine et européenne des droits de l’homme et le droit international général”, in *RGDIP*, vol. 108, 2004, pp. 5-62, pp. 11 ss.

⁷⁰ *Loizidou and Others v. Turkey*, GC, Application No. 15318/89, Judgment on Preliminary Objections of 23 March 1995 parr. 84-85. “In interpreting these key provisions it must have regard to the special character of the Convention as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms (...) the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective”, parr. 70-72.

⁷¹ IACtHR, *The Right to Information on Consular Assistance in The Framework of The Guarantees of The Due Process of Law*, Advisory Opinion Oc-16/99 Of October 1, 1999, Series A No. 1, par. 114- 115; HRC, *General Comment n. 24, General Comment on issues relating to reservation made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocol thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*, 2 November 1994, in ILM, vol. 34 (1995), p. 839, in particolare par. 17.

⁷² ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgement, ICJ Reports 1986, p. 14, par. 267.

Eppure, a ben vedere, la Corte affida la protezione dei diritti umani ai meccanismi convenzionali “speciali” solo qualora esistenti ed effettivi; allorché non sia presente un mezzo procedurale efficace per farli valere, i diritti umani sono protetti secondo le norme generali sulla responsabilità degli Stati. La Corte muove da una convinzione di unità dell’ordinamento internazionale. D’altronde il ricorso al diritto internazionale generale è compiuto anche dagli esperti del diritto internazionale dei diritti umani, i quali ricorrono a norme quali la proibizione dell’uso della forza, o quelle in tema di contromisure, per rafforzare le norme sui diritti umani⁷³. Nonostante il riconoscimento della specificità della propria attività di interpretazione ed applicazione del diritto internazionale dei diritti umani, la Corte europea di Strasburgo ha precisato nel caso *Bankovic*:

“More generally, the Court recalls that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Court must also take into account any relevant rules of international law when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently, determine State responsibility in conformity with the governing principles of international law, although it must remain mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty. The Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part”⁷⁴.

Dunque, secondo la Corte, la Convenzione sui diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali non è e non deve essere concepita come un regime autonomo nel senso che renda impossibile il richiamo alle altre regole di diritto generale. Al contrario, essa vi si riferisce in continuazione, senza propendere a priori per una interpretazione che accordi prevalenza alle norme della Convenzione. Sul piano interpretativo, essa coordina il diritto convenzionale che è chiamata ad applicare con il diritto internazionale generale pertinente. Separare nettamente il diritto internazionale dei diritti umani dal resto sembra assurdo. Per di più, non corrisponde ad una corretta lettura dell’evoluzione che sta avendo la prassi: nell’intero sistema giuridico internazionale i diritti umani si stanno diffondendo a macchia d’olio. Come ha riconosciuto Reisman, i diritti umani sono più di un “piecemeal addiction to the traditional corpus of international law”. Essi portano “changes in virtually every component”⁷⁵. Nonostante l’atteggiamento degli Stati verso le violazioni delle norme sui diritti

⁷³ Tutte le considerazioni appena svolte si ispirano liberamente alla lettura di: B. Simma, D. Pulkowski, “Of Planets and the Universe...”, cit. Non si vuole aprire in questa sede il discorso riguardante l’intervento umanitario, al centro della discussa *responsibility to protect*, che verrà abordato dal lato che ci interessa al momento di parlare delle recenti spinte costituzionaliste nel sistema internazionale: infra, par. 9, discorso affrontato comunque: M. Virally, “Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain”, in *RCADI*, 122, 1967, p. 1-105, p. 1: “Chaque Etat partie à un tel traité a le droit d’exiger des autres parties qu’elles respectent ces engagements, pris envers lui-même”; M. Koskenniemi, “Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order? ”, in *BYBIL*, 2001, p. 337 ss., p. 347.

⁷⁴ *Bankovic and Other v. Belgium and Other 16 Contracting States*, GC, Application. No. 52207/99, Admissibility decision, 19 December 2001, par. 57

⁷⁵ W. M. Reisman, ‘Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law’, *AJIL*, 1990, p. 866 ss., p. 872. Si veda anche infra, parr. 6 e 9.

dell'uomo sia spesso caratterizzato da tolleranza od assenza di vigore (spesso anche a causa di buone ragioni, connesse alle criticità sollevate da una reazione unilaterale o collettiva degli Stati a violazioni dei diritti umani su un territorio altrui), è innegabile che i diritti dell'uomo non possano più essere rilegati nel *domaine réservé*. “Once their genie was out of the bottle, human rights necessarily transcend to the realm of general international law”⁷⁶. A ben vedere, la situazione non potrebbe essere diversa, dato che lo scopo dei diritti umani è di arrivare a pervadere ogni settore di attività umana; non per niente sono concetti filosofici conosciuti e riconosciuti dalle strutture giuridiche ad ogni livello, interno, regionale, ed infine anche internazionale.

Ma quanto questa lettura corrisponde ad una corretta descrizione di ciò che sta avvenendo nella prassi internazionale? I cambiamenti finora ravvisabili nel diritto internazionale generale a causa dell'influsso del diritto internazionale dei diritti umani sono veramente “controllati”, o “controllabili”, dal diritto internazionale generale, nel quale vige il principio della sovranità?

Disegnare adeguatamente il conflitto tra norme giuridiche che abbiamo proposto nel paragrafo che precede è quasi impossibile senza adottare l'una o l'altra concezione del diritto internazionale. Se si accetta la prospettiva ordinamentale, da un lato è più facile ritenere che il conflitto non esista, in quanto ogni norma serve uno scopo compatibile con quello delle altre e ne è condizionata; dall'altro, qualora esistente, il contrasto deve risolversi in via interpretativa. Aderendo invece alla tesi della frammentazione, il conflitto tra obbligo per lo Stato di accogliere lo straniero sul proprio territorio (il diritto del migrante) e diritto dello Stato di allontanarlo è bruciante. Si anticipa che la nostra posizione si colloca su una concezione unitaria dell'ordinamento internazionale. Al contempo però, con riguardo alla natura ed alle caratteristiche delle norme in questione, riteniamo che esista un conflitto tra diritto del migrante e *ius excludendi*, e che i criteri interpretativi classici siano uno strumento insufficiente alla sua composizione.

4. Principio di dignità dell'individuo e principio di sovranità statale

Per indagare la relazione tra norme giuridiche bisogna caratterizzarle in modo adeguato. Si è spesso detto fino ad ora che il potere discrezionale dello Stato di allontanare lo straniero scaturisce dal principio di sovranità statale, mentre i divieti di esclusione in favore dello straniero si rinvergono soprattutto nel diritto internazionale dei diritti umani. Nei capitoli che seguono verrà descritto nel dettaglio il contenuto di queste norme. Ci si deve ora chiedere quale sia il significato di “principio di sovranità”; ci si deve domandare se le norme di diritto internazionale dei diritti umani siano o meno ancorate a qualche principio di diritto internazionale e quali, eventualmente, siano i vantaggi di concepirle in questo modo, in termini di efficacia. Prima di tutto, si impone una considerazione generale sull'utilità di indagare l'esistenza di principi: in ogni sistema giuridico, è stato detto, una chiara conoscenza dei principi sottesi permette quell'essenziale certezza

⁷⁶ B. Simma, D. Pulkowski, “Of Planets and the Universe...”, cit., p. 528.

che è imprescindibile perché si abbia una credibile giuridicità⁷⁷. Secondo la maggioranza degli esperti, i principi fondamentali di diritto contemplati dall'art. 38, lett. C) dello Statuto della Corte di Giustizia Internazionale sono norme giuridiche ad efficacia vincolante⁷⁸, inserite nel sistema delle fonti ivi elencate. Si è discusso, per poi escludere tale possibilità, se l'ordine di previsione delle fonti sottintendesse anche un ordine gerarchico tra le stesse: secondo quest'opinione i trattati avrebbero prevalso sulle consuetudini, le quali sarebbero state a loro volta preordinate ai principi generali di diritto. In realtà, si è detto, la gerarchia, lungi dall'essere rigida, è solamente informale e sottende un ordine nella considerazione delle fonti da parte dell'interprete, basato sull'applicazione del principio di *lex specialis*⁷⁹. Le fonti convenzionali sono, quindi, da esaminarsi prima delle norme di diritto generale, e tra queste, sono considerati per ultimi i principi generali di diritto, che si differenziano dalle consuetudini proprio per una minore "densità normativa". Questo non si riflette in una subordinazione dei principi alle altre categorie di norme internazionali. Una volta ammessa la loro vincolatività, i principi generali di diritto hanno uguale valenza rispetto alle norme convenzionali e alle consuetudini, essendo al tempo stesso per loro natura più stabili e più difficilmente modificabili. Ciò fa da contropartita alla loro vaghezza.

Numerosi autori hanno cercato di identificare e classificare i principi di diritto internazionale, ottenendo liste che, se contemplano numerosi principi in comune, spesso differiscono per la scelta di inserire o meno molti altri. La *Declaration on The Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, adottata dall'Assemblea Generale nel 1970, elenca sette principi (divieto di utilizzo della forza, obbligo di composizione pacifica delle controversie, divieto di ingerenza negli affari interni, principi di cooperazione, di uguali diritti di autodeterminazione dei popoli, di sovrana uguaglianza tra Stati e di buona fede nell'adempimento degli obblighi della Carta ONU⁸⁰).

Generalmente si distinguono quattro categorie di principi generali di diritto: i principi di derivazione interna agli ordinamenti dei soggetti di diritto internazionale, i principi sorti nelle relazioni internazionali, i principi necessariamente presenti in ogni sistema giuridico ed, infine, i principi logici fondamentali. Al primo insieme appartengono tutte le norme comuni agli ordinamenti nazionali sviluppatesi nel corso di secoli, come il principio di imputabilità, di responsabilità, di riparazione, di ingiusto arricchimento, il divieto di diniego di

⁷⁷M. Addo, *The Legal Nature of International Human Rights*, Leiden- Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 9.

⁷⁸ M. Koskenniemi, in "General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law", in M. Koskenniemi, *Sources of International Law*, London, 2000, pp. 359-399, differenzia l'approccio normativista dall'approccio "descrittivo" nel concepire il ruolo dei principi generali. Secondo il primo i principi generali sono vere e proprie norme giuridiche vincolanti, eventualmente solo in sede di interpretazione, mentre nella teoria descrittiva i principi si limitano a generalizzare concetti e teorie che vincolano in tanto ed in quanto espresse da altre norme giuridiche. Ci si sente, per la prassi di utilizzo dei principi generali che in parte si procederà ad esporre, di aderire alla prima corrente di pensiero.

⁷⁹ ILC, Report on Fragmentation..., cit.; H. Mosler, "General Principles of Law" in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., pp. 511 ss.

⁸⁰ General Assembly resolution 2625 (XXV), 24 October 1970. Si è a lungo discusso sulla validità della Dichiarazione, si veda G. Arangio-Ruiz, "The UN Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources on International Law", *Aapphen aan den Rijn*, 1979, p. 1 ss.

giustizia, i principi base di diritto amministrativo, la prescrizione... Invece, sulle caratteristiche proprie ed esclusive del sistema internazionale si incardinano altri principi generali di diritto che riflettono il sistema delle relazioni tra gli Stati. Essi dipendono dalla struttura del sistema di relazioni giuridiche internazionali ovvero sono principi di diritto internazionale riconosciuti in quanto tali dagli Stati ovvero, infine, sono principi che riguardano i trattati internazionali. La terza categoria ricomprende i principi che sono necessari alla disciplina della vita sociale indipendentemente dal livello in cui essa si dispieghi. Essi si rinvergono in ogni sistema di diritto, di cui sono imprescindibili requisiti. Si annoverano tra questi il principio di buona fede, il principio *pacta sunt servanda*, il principio di equità, il principio dell'*estoppel*, i principi di procedura come *nemo iudex in sua causa* e *audiatur et altera pars*. Infine, il quarto gruppo abbraccia i principi di logica giuridica, quali i principi di gerarchia, di specialità, il principio di successione delle leggi nel tempo, ecc...⁸¹

Interessante ai nostri fini è, prima di tutto, il secondo gruppo di principi. E' a causa della necessaria struttura del diritto internazionale come diritto delle relazioni tra gli Stati che sorge e produce effetti il principio di sovranità. Esso protegge l'esistenza stessa e la libertà di azione dello Stato, che indirizza, in primo luogo, verso la scelta della propria identità costituzionale, politica, culturale, socio-economica. In secondo luogo, lo Stato sovrano è libero di esercitare la sua giurisdizione sul proprio territorio, in modo in linea di principio esclusivo, di preservare la sua integrità territoriale, e di esercitare nei confronti dei propri cittadini la sua giurisdizione su base personale. Visto il numero e l'importanza dei suoi corollari, il principio di sovranità è unanimemente ritenuto immanente alla struttura stessa del diritto internazionale come finora concepito. Corollari del principio di sovranità sono il principio di sovrana uguaglianza tra Stati, di non intervento negli affari interni di un altro Stato, di divieto di uso della forza, di autodeterminazione, di giurisdizione sul territorio, e di immunità dello Stato⁸². Fra di essi va incluso anche il potere di determinare chi abbia titolo ad insediarsi sul territorio attraverso l'attribuzione della cittadinanza o, comunque, di un'autorizzazione al soggiorno. Il discorso avrà ampio spazio nel capitolo che segue.

Diversamente accade per la fonte della tutela internazionalistica dei diritti umani. Seppur i diritti umani sono oggetto di obblighi convenzionali previsti da strumenti a portata universale, e seppur considerati in gran numero oggetto di norme di natura consuetudinaria⁸³, gli studiosi preferiscono farne risalire la *ratio* a taluni principi generali di diritto internazionale⁸⁴. Una delle ragioni per le quali si sceglie questo approccio, risiede nelle conclusioni raggiunte a livello filosofico sulla natura dei diritti umani, i quali presentano le

⁸¹ Essi sono i soli accettati dalla dottrina sovietica di diritto internazionale, che invece riteneva doversi fornire prova del consenso internazionale su tutti gli altri principi: G. Tunkin, *Soviet Theory of Sources of International Law*, Moscow, 1980, pp. 67 ss.

⁸² R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., alle voci: "Sovereignty", di H. Steinberger, pp. 500 ss.; "States, Sovereign Equality", di J.M. Castro Rial, pp. 682 ss.; "Territorial Sovereignty", di S. Torres Bérnardes, pp. 823 ss. Si veda anche: *infra*, cap. secondo.

⁸³ Sullo *status* di norma consuetudinaria acquisito dagli obblighi di diritto internazionale dei diritti umani si veda L. Henkin, *The Age of Rights*, New York, 1990, p. 19; N.S. Rodley, "Human Rights and Humanitarian Intervention: the Case Law of the World Court", *Iand CLQ*, 1989, p. 321; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989; T. Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights", *Georgia Jof I and CLQ*, 1995-1996, p. 287.

⁸⁴ B. Simma, P. Alston, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles", in *Aust. YBIL*, Vol. 12, 1988-1989, pp. 82-108. Nello stesso senso: T. Meron, *Human Rights*, cit., p. 88.

caratteristiche dell'interdipendenza, dell'indivisibilità e dell'uguale importanza⁸⁵. Essi vengono concettualmente concepiti come un *unicum*, seppur sono diversamente illuminati e tutelati dalle diverse società nei vari momenti storici. La seconda ragione è di tipo utilitaristico: nell'attribuire a ciascuna norma di diritto internazionale dei diritti umani di volta in volta il carattere di norma consuetudinaria si nasconde un'insidia, che è ben messa in luce da Bruno Simma e Philip Alston:

“it must be asked whether any theory of human rights law which singles out race but not gender discrimination, which condemns arbitrary imprisonment but not capital punishment for crimes committed by juveniles or death for starvation and which finds no place for a right to access to primary health care, is not flawed in terms both of the theory of the human rights and of United Nation doctrine⁸⁶”.

Il pericolo, cioè, nel rinvenire il fondamento della tutela di alcuni diritti nella prassi ed *opinio iuris* sviluppatasi a riguardo risiede nel giustificare l'assenza di tutela di tutti gli altri diritti che non sarebbero oggetto di norme consuetudinarie. Perciò si preferisce riconnettere tutti i d.u. a principi generali di diritto.

Nel medesimo secondo gruppo, relativo specificamente alle relazioni internazionali tra Stati, in cui si ritrova il principio di sovranità, gli esperti individuano un altro principio che comunque si considera di derivazione internazionalistica, seppur non irrimediabilmente legato alla struttura stessa del sistema: il principio di umanità, cui possono essere ricondotte tutte le norme internazionalistiche sui diritti umani. Ad esso la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia ha dato rilevanza già nel caso *Corfu Channel*, menzionando “obligations...based...on certain general and well-recognized principle”, tra i quali “elementary considerations of humanity⁸⁷”. Nel Parere Consultivo sulla Convenzione contro il Genocidio del 1951, la Corte ha considerato, da un lato che

“The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality”.

e, dall'altro che,

“the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation.”⁸⁸

⁸⁵ K. Addo, *The Legal Nature*, cit.

⁸⁶ B. Simma, P. Alston, “The Sources of Human Rights Law...”, cit., p. 95.

⁸⁷ *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th, 1949, ICJ Reports 1949, p. 4, p. 22.

⁸⁸ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, p. 21

Un linguaggio pressoché identico si rinviene in casi successivi, quali il parere consultivo sulla *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*⁸⁹ e nel caso *Nicaragua v. United States*⁹⁰.

Tutto ciò comporta che i principi basati su considerazioni di umanità, codificati nelle convenzioni sui diritti umani, siano riconosciuti come principi di diritto internazionale dagli Stati, che li riconoscono e li applicano. L'esistenza delle norme in materia di diritti umani ha messo in luce la vigenza di un principio di umanità sorto nell'ambito delle relazioni tra Stati. Nel caso *Tehran Hostages*, la Corte ha rilevato:

"[w]rongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights⁹¹".

Anche nella sentenza *Barcelona Traction* la Corte Internazionale di Giustizia ha ricavato norme che pongono obblighi *erga omnes* in materia di diritti umani:

“ from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law⁹²”,

Come afferma la Corte, la protezione di taluni diritti umani fondamentali accomuna il diritto internazionale a molte tradizioni costituzionali. Secondo una parte della dottrina è da esse che deriva l'esistenza del principio generale di diritto che stiamo analizzando⁹³. Paradigma di questa visione è l'opinione dissenziente del Giudice Tanaka nel caso *South West Africa*, resa già nel 1966. In realtà, in tale celebre opinione, il giudice non si limita, come fa la Corte nel caso *Barcelona Traction* appena citato, a rilevare che i diritti dell'uomo sono protetti a vari livelli e sono oggi principi di diritto internazionale. Il Giudice Tanaka fornisce una spiegazione della ragione della protezione offerta dalle norme sui diritti umani:

“The question here is not of an "international", that is to say, interState nature, but it is concerned with the question of the international validity of human rights, that is to say, the question whether a State is obliged to protect human rights in the international sphere as it is obliged in the domestic sphere. The principle of the protection of human rights is derived from the concept of man as a person and his relationship with society which cannot be separated from universal human nature. The existence of human rights does not depend on the will of a State; neither internally on its law or any other legislative measure, nor internationally on treaty or custom, in which the express or tacit will of a State constitutes the essential element. A State or States are

⁸⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, p. 257.

⁹⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., pp. 113-114.

⁹¹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3.

⁹² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, ICJ Reports 1970, p. 3, p. 32

⁹³ L. Henkin, “Human Rights and State Sovereignty”, in *Ga JIComp L*, 1995-6, pp. 31 ss., p. 38.

not capable of creating human rights by law or by convention; they can only confirm their existence and give them protection. The role of the State is no more than declaratory. ” (...) “ Who can believe, as a reasonable man, that the existence of human rights depends upon the interna1 or international legislative measures, etc., of the State and that accordingly they can be validly abolished or modified by the will of the State? If a law exists independently of the will of the State and, accordingly, cannot be abolished or modified even by its constitution, because it is deeply rooted in the conscience of mankind and of any reasonable man, it may be called "natural law" in contrast to "positive law”⁹⁴ .

Riferendosi ai diritti dell'uomo come indipendenti dalla volontà degli Stati e non passibili di abolizione, il Giudice Tanaka esprime un convincimento radicato sull'antica opinione naturalista, in contrapposizione al positivismo⁹⁵.

Ma anche il c.d. “positivismo moderno” fa ricorso ai principi generali di diritto per spiegare la vincolatività delle norme internazionali sui diritti umani. Purtroppo, come è stato notato, spesso la prassi di rispetto dei diritti umani non è univoca, soprattutto a livello universale⁹⁶. Tuttavia nelle numerose pronunce fin qui esaminate, la Corte internazionale di giustizia ne ha riconosciuto la vincolatività: di conseguenza, secondo la metodologia adottata da tale corrente dottrinale, nella valutazione sulla formazione di una norma di diritto internazionale generale in materia di diritto internazionale dei diritti dell'uomo l'analisi della prassi assumerebbe un ruolo subordinato rispetto alla ricerca dell'*opinio iuris* degli Stati. Il legame del diritto internazionale dei d.u. con i principi generali di diritto permette, secondo i “moderni positivisti”, di rimanere nei confini del positivismo, che enfatizza il consenso degli Stati nella creazione di norme internazionali⁹⁷.

E' stato anche osservato che forse le differenze tra le due teorie appena esposte non sono così nette: i principi generali di diritto, pur essendo norme positive, sono anche quelle maggiormente aperte ad influenze di tipo morale⁹⁸.

Ai fini odierni ci limitiamo a constatare che in giurisprudenza ed in dottrina sembra ormai indubbio l'ancoraggio delle norme internazionali sui diritti dell'uomo ai principi generali di diritto. Si può dire, per

⁹⁴ *Dissenting Opinion of Judge Tanaka*, in *South West Africa, Second Phase*, Judgment, ICJ Report 1966, p. 6, alle pp. 297-298

⁹⁵ Nel neo-giusnaturalismo, che si fa strada nella dottrina internazionalistica dopo la seconda guerra mondiale, rafforzato anche dall'adozione della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, rifondazione sui diritti individuali del diritto internazionale e funzionalizzazione dell'istituzione statale rispetto al soddisfacimento dei bisogni essenziali sono affermati con uguale convinzione. Tra tutti: P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, New York, The Macmillan Company, 1948; H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, New York, F. A. Praeger, 1950.

⁹⁶ J.F. Flauss, “La protection des droits de l'homme et les sources du droit international”, Rapport général, in Société française pour le droit international, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI Colloque de Strasbourg, Paris, 1998, a pp. 66-67, che riconosce anche come, invece, a livello regionale, ad esempio tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, l'esistenza di prassi conforme possa supportare l'utilizzo del metodo positivista tradizionale.

⁹⁷ B. Simma, P. Alston, “The Sources of Human Rights Law...”, cit., p. 105; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Boston/Dordrecht/London, Martinus Nijhoff, 1991, p. 340.

⁹⁸ J. Wouters and C. Ryngaert, “Impact on The Process of The Formation of Customary Law”, in T. Kamminga e M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 124 e p. 127.

concludere, che il principio che prescrive il rispetto dei diritti umani fondamentali si è sviluppato contemporaneamente nell'ordinamento internazionale e negli ordinamenti interni agli Stati che ne fanno parte. Da un lato il principio internazionale di umanità, trova la sua genesi direttamente nelle relazioni internazionali, al pari che il principio di sovranità, dall'altro è strettamente connesso alle tradizioni costituzionali degli Stati. L'apporto che i diritti umani forniscono al diritto internazionale è, quindi, dato sia da una internazionalizzazione di valori costituzionali nazionali⁹⁹ che da una graduale trasformazione del diritto internazionale stesso nell'ottica di una maggiore centralità della posizione dell'individuo¹⁰⁰ mediante una sempre maggior affermazione del principio di tutela della dignità umana.

E' questo il quadro in cui si inseriscono le norme sul diritto dell'individuo migrante, le quali possono essere ricondotte sia al principio di umanità che al principio di protezione dei diritti umani fondamentali, presente nell'ordinamento internazionale come negli ordinamenti interni agli Stati. Tali principi in certe situazioni, si contrappongono al principio di sovranità.

5. Il contenuto dei principi fondamentali in materia del diritto del migrante

Nel paragrafo che precede si è ricostruito il quadro relativo ai principi internazionali a cui si ricollegano le norme di diritto internazionale dei diritti umani. Si è detto che esse sono legate alla vigenza di un principio di umanità affermatosi nelle relazioni tra Stati anche sulla base degli obblighi di rispetto dei diritti umani fondamentali presente in numerosi ordinamenti interni. Ora ci si domanda quale sia il contenuto di questi principi-base, coincidenti nei loro tratti essenziali, ovvero cosa essi prescrivono, cosa essi proibiscono o cosa permettono. La domanda è utile in quanto potrebbe darsi che il contenuto non si riveli neanche potenzialmente in contrasto con l'oggetto del principio di sovranità. Il conflitto tra norme, come già ricostruito, rimarrebbe pertanto in ogni ipotesi confinato a conflitto tra principio di sovranità e norme consuetudinarie, senza evidenziare una reale frattura nel momento applicativo di due diversi principi.

In questo paragrafo si trarranno alcune considerazioni sul concetto di dignità dell'uomo ed uguaglianza nel godimento dei diritti che non esauriscono il discorso sul contenuto dei detti principi-base, il quale deve essere piuttosto variegato, se si considera l'ingente lista di diritti dell'individuo internazionalmente tutelati. I due concetti, però, ne formano irrinunciabilmente parte. Si condivide la riflessione di Ronald Dworkin:

“The institution of rights against the government is not a gift of God, or an ancient ritual, or a national sport. It is a complex and troublesome practice that makes the government's job of securing the general benefit more difficult and more expensive, and it would be a frivolous and wrongful practice unless it served some point. Anyone who professes to take rights seriously, and who praises our government for respecting them,

⁹⁹ L. Henkin, *The Age of Rights...cit.*, p. 13.

¹⁰⁰ T. Meron, *The Humanization of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006. La relazione tra i detti principi e le norme sui diritti umani è oggetto più specifico del paragrafo che segue.

must have some sense of what that point is. He must accept, at the minimum, one or both of two important ideas. The first is the vague but powerful idea of human dignity (...) The second is the more familiar idea of political equality (...) I do not want to defend or elaborate these ideas here, but only to insist that anyone who claims that citizens have rights must accept ideas very close to these¹⁰¹”.

L’idea di dignità umana e l’idea di uguaglianza nel godimento dei diritti sembrano essere due punti chiave del principio di umanità e del principio di rispetto dei diritti fondamentali. Il loro riconoscimento è senz’altro parte del contenuto di questi ultimi.

Passiamo, in primo luogo, ad esaminare cosa si intende per “dignità dell’uomo” come quest’ idea si rapporti ai diritti riconosciuti alla persona da norme internazionali di diritto positivo.

a. La dignità

E’ difficile definire il significato di “dignità dell’uomo”, anche se in realtà il concetto è di immediata percezione. Si è detto che all’essere umano viene data dignità quando, da un lato, lo si riconosce libero e pensante sotto il profilo della capacità di scelta, mentre, dall’altro lato, lo si tratta in modo degno¹⁰². In questa seconda accezione vi si ancora il soddisfacimento delle sue esigenze materiali, a sua volta strettamente connesso ai concetti di giustizia redistributiva e di uguaglianza.

Seppure la dignità sia concetto che trascende il diritto internazionale¹⁰³, il legame con il diritto internazionale dei diritti umani è forte: il termine dignità della persona umana è usato nella seconda parte del Preambolo alla Carta delle Nazioni Unite (“to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small”), ed incluso nell’art. 1 della Dichiarazione sui diritti umani (“All human beings are born free and equal in dignity and rights”). In alcuni strumenti successivi si usa l’espressione “*respect for the inherent dignity of the human person*”, per esempio, nell’art. 10 del Patto sui diritti civili e politici e nell’art. 5 della Convenzione inter-americana¹⁰⁴.

¹⁰¹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 198.

¹⁰² O. Schachter, “Human Dignity as a Normative Concept”, in *AJIL*, vol. 77, 1983, pp. 848-854. Qualcuno suggerisce che dignità significhi qualcosa di diverso a seconda del contesto: M. Rosen, *Dignity: its History and Meaning*, Harvard University Press, Cambridge, 2012, pp. 59-60. Qualcun altro ritiene che la vaghezza del concetto ne trasformi l’invocazione in un vuoto ed inutile proclama: S. Pinker, “The Stupidity of Dignity,” in *The New Republic*, May 28, 2008 e R. Macklin, “Dignity is a Useless Concept”, in *British Medical Journal*, vol. 327, 2003, p. 1419.

¹⁰³ Dal punto di vista filosofico, il concetto di dignità umana è stato affrontato, tra l’altro da Jeremy Waldron, “Dignity and Rank”, in *European Journal of Sociology*, vol. 48, 2007, pp. 201 ss.; M. Rosen, *Dignity*, cit., G. Kateb, *Human Dignity*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2011, C. McCrudden, “Human Dignity in Human Rights Interpretation”, in *EJIL*, vol. 19, 2008, p. 655 ss.

¹⁰⁴ Il Patto per i diritti economici, sociali e culturali così si esprime, all’art. 13: “education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity”.

L'Atto finale di Helsinki dichiara nel Principio VII che tutti i diritti umani e le libertà fondamentali "*derive from the inherent dignity of the human person*". All'idea di dignità viene, perciò, attribuita una posizione basilare. Storicamente parlando, sarebbe forse più convincente il ragionamento opposto: il riconoscimento all'individuo di diritti inalienabili ha certo contribuito ad affermarne la sua dignità. Tuttavia, dal punto di vista logico e normativo, spesso si ritiene che la tutela dei diritti dell'individuo si fondi sull'accettazione della dignità di ogni uomo¹⁰⁵.

Sicuramente il legame tra dignità dell'uomo e diritti del medesimo è complesso. Prima di tutto, il concetto di dignità si affianca a quello di diritto individuale, divenendone *l'alter ego*¹⁰⁶. In tal senso si esprimono le riportate disposizioni del Preambolo alla Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Inoltre, entrambi i Patti delle Nazioni Unite si riferiscono alla dignità ed ai diritti come a due concetti legati da un vincolo di coordinazione e non di subordinazione: "recognition of the inherent dignity *and* of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world". Altre volte la dignità è presentata come l'obiettivo od il contenuto della previsione di certi diritti: si veda la disposizione dell'art. 10 del Patto sui diritti civili e politici: "All persons deprived of their liberty shall be treated with ... respect for the inherent dignity of the human person", o l'art. 13 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali: "education shall be directed to the full development of the human personality *and* the sense of its dignity", od ancora, l'art. 23, comma 3, della Dichiarazione universale del 1948: "everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity"¹⁰⁷. Come detto, ciò lascia intendere che la relazione tra dignità umana e diritti sia più complicata di un semplice nesso di derivazione logica o normativa.

Con acutezza, Jeremy Waldron suggerisce di concepire la dignità umana come uno concetto più simile ad uno *status* che ad un valore, al pari che lo *status* di minore, di fallito, di coniuge. Come noto, ad uno *status* si ricollega un intero bagaglio di situazione giuridiche soggettive positive e negative, diritti, doveri, facoltà, capacità¹⁰⁸; esse trovano il loro fondamento nella disciplina positiva, ma allo *status* sono intrinsecamente legate perché esso è portatore della loro *ratio* comune. La dignità umana, intesa come *status*,

¹⁰⁵ K. Dicke, "The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights", in D. Kretzmer e E. Klein, *The Concept of Dignity in Human Rights Discourse*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, p. 118, L. R. Barroso, "Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse", in *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, 2012, pp. 331 ss., a p. 357: "It would be contradictory to make human dignity a right in its own, however, because it is regarded as the foundation for all truly fundamental rights and the source of at least part of their core content."

¹⁰⁶ J. Waldron, "Is Dignity the Foundation of Human Rights?", in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 374, 2013.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 4: "We may be able to distinguish between human dignity in general and certain particular rights that protect it explicitly and more or less directly (...) Dignity's presence as a criterion for determining appropriate treatment may be explicit in some cases and implicit in others. There is no contradiction here and we have not had to assign different meanings to different occurrences of "human dignity" to prevent a contradiction from arising."

¹⁰⁸ "Is Dignity the Foundation of Human Rights?", cit., pp. 23-26.

sottende l'idea attorno alla quale si raggruppano tutti i diritti, e ne esprime la sostanza. In questo senso la dignità può dirsi alla base dei diritti dell'individuo, allo stesso modo in cui dal riconoscimento dello *status* di rifugiato prenda il via l'applicazione di un'intera disciplina giuridica: riconoscendo che l'essere umano è degno, non può non accettarsi la tutela dei suoi diritti, ma l'obbligatorietà delle relative previsioni normative ha vicenda autonoma.

Riassumendo: il principio di umanità e di rispetto dei diritti umani fondamentali ha come primo contenuto il riconoscimento della dignità dell'uomo, concetto multiforme che a volte sottende, a volte sostituisce con valenza prescrittiva, la definizione di norme sul rispetto dei diritti dell'uomo. Da un lato unisce tutte queste norme nel suo alveo, dall'altro contribuisce all'interpretazione e allo sviluppo dei precetti meno chiari o meno supportati dalla comune *opinio* degli Stati.

b. L'uguaglianza

La seconda idea a cui si riferisce Ronald Dworkin nel passo riportato è l'uguaglianza tra esseri umani. Riconosciuto che tutti gli esseri umani sono degni, deve riconoscersi anche che tutti gli esseri umani sono *ugualmente* degni. L'idea, al pari che l'idea di dignità, forma parte essenziale del principio internazionale di umanità sorto nelle relazioni tra Stati e del principio di rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo presente in ogni sistema giuridico¹⁰⁹.

Si è detto che la loro attribuibilità ad ogni essere umano è una caratteristica comune a tutte le norme sui diritti dell'individuo, ed in questi termini si è inteso costruire la relazione tra idea di uguaglianza e diritti umani. Ma l'idea di uguaglianza, al pari che l'idea di dignità, a volte sfugge a questa concettualizzazione, per porsi ad obiettivo, o a contenuto delle norme sui diritti umani. Come il concetto di dignità, anche il riconoscimento dell'uguaglianza tra individui spesso ha forza prescrittiva. Sotto tale accezione essa dispiega i suoi effetti nel sistema internazionale mediante il progressivo sviluppo di cui ha goduto e sta godendo la norma che vieta le discriminazioni, considerato oggi dalla giurisprudenza e dalla dottrina come una norma di *ius cogens*. Essa è ormai parte del consolidato bagaglio giuridico del diritto internazionale e dei sistemi regionali di protezione dei diritti umani. Il divieto copre le discriminazioni dirette¹¹⁰ e le cosiddette

¹⁰⁹ Per criticità: R. Dworkin, "What is Equality? Part I: Equality of Welfare" e "What is Equality? Part II: Equality of Resources", in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, No. 3-4, 1981, pp. 185-246, 283-345. Vedi anche: *Idem, Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.

¹¹⁰ La discriminazione diretta si caratterizza per una disparità di trattamento; in altri termini occorre dimostrare che la presunta vittima sia stata trattata in modo meno favorevole sulla base di una caratteristica riconducibile a un motivo oggetto del divieto di discriminazione. Il trattamento meno favorevole è accertato effettuando un confronto tra la presunta vittima e un'altra persona priva della caratteristica protetta in situazione analoga. Può accadere che il motivo oggetto del divieto di discriminazione non costituisca la ragione esplicita che sta dietro la differenza di trattamento, essendo sufficiente che quest'ultima ragione sia inescindibilmente legata al primo.

discriminazioni indirette, che producono effetti statisticamente discriminatori per il tramite di misure *prima facie neutre*¹¹¹.

Nei maggiori trattati sui diritti dell'uomo assistiamo ad uno sdoppiamento delle previsioni che prescrivono di non discriminare, una prima riferita direttamente al godimento dei diritti previsti nel trattato, che deve avvenire senza alcuna discriminazione, ed una seconda, che vieta la discriminazione di per sé, costituendo un ulteriore diritto tutelato nello strumento, come tale passibile di violazione autonoma anche senza il riferimento ad altre disposizioni¹¹². Tanto perché, come detto, il principio di uguaglianza è sia caratteristica comune alle norme sui diritti umani che diritto dell'individuo di per sé.

Il suo contenuto può essere scomposto in quattro precetti gravanti sullo Stato: l'obbligo di garantire uguaglianza di fronte alla legge, l'obbligo di assicurare uguaglianza nella legge, l'obbligo di proibire la discriminazione e l'obbligo di fornire uguale protezione. Il primo è riferibile ai casi in cui i poteri statali amministrativi e giudiziari pongono in essere atti e comportamenti con effetti direttamente od indirettamente discriminatori. Ne sono esempio i celebri casi di *ethnic profiling*, tra cui il caso risolto dalla *House of Lords* nel giudicare la prassi di selezione di passeggeri sulla base della nazionalità da parte di agenti di frontiera britannici nell'aeroporto di Praga. La pratica, resa possibile mediante un accordo con la Repubblica Ceca, si risolveva in una discriminazione a danno dei passeggeri Rom¹¹³. In secondo luogo, la stessa legge deve

¹¹¹ In tal senso, nel diritto UE: Direttiva 2000/78, del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in GUUE n. L 303 del 02.12.2000, pp. 16 – 22, articolo 2, comma 2, lettera b); Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in GUUE n. L 204 del 26.7.2006, art. 2, lett. b); Direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che applica il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura GUUE n L 373 del 21.12.2004, pp. 37-43, art. 2, lett. b). Cfr. Favilli, C., *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2008; Ferrero M., "La tutela contro le discriminazioni", in Morozzo della Rocca P., (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli Editore, Rimini, 2015, pp. 335-364. La Corte EDU ha fatto propria questa definizione di discriminazione indiretta in alcune sentenze: *ex multis*, GC, *D.H. and oth. v. Czech Republic*, Application n. 57325/00, Judgment of 13 November 2007, par. 184. La riflessione era stata già portata avanti dalla Corte nella causa *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, Application n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968, dove la Corte ha rilevato la violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 2 del Protocollo n. 1 (diritto all'istruzione): ad alcuni bambini era stato impedito, unicamente sulla base del luogo di residenza dei genitori, criterio apparentemente neutro, l'accesso alle scuole di lingua francese nei sei comuni della periferia di Bruxelles aventi uno statuto speciale.

¹¹² Si veda, rispettivamente gli artt. 2 e 26 del PDCP (sulla cui applicazione si è espresso il Comitato per i Diritti dell'uomo nel suo *General Comment n. 18, Non-discrimination*, (1989) e gli artt. 14 e 1 del prot. 12 alla CEDU. Per un ampio *excursus* della giurisprudenza relativa alle violazioni di tali previsioni si veda O. De Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2010, pp. 562-574.

¹¹³ *R. v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and others* (2004), UKHL 55. Si veda anche HRC, *Williams v. Spain*, Communication N. 1493/2006, Judgment of 17 August 2009; ECHR, *Timishev v. Russia*, Application. n. 55762/00 and 55974/00, Judgment of 13 December 2000, par. 54. Più in generale, sull'uguaglianza di fronte alla legge, HRC, *Kavanagh v. Ireland*, Communication n. 819/1998, Views of 4 April 2001, in cui il Comitato giudica contraria all'art. 26 la scelta dello stato irlandese di giudicare il ricorrente di fronte ad una corte speciale, *Robert Gauthier v. Canada*, Communication n. 633/1995; Views of 5 May 1999, in merito alla discriminazione subita dal sig. Gauthier nell'accesso alle facilitazioni per la stampa

garantire pari trattamento in situazioni laddove differenze obiettive non ne giustificano uno ragionevolmente diverso ed, al contrario, trattamenti diversi se le situazioni sono differenti¹¹⁴.

Gli ultimi due precetti impongono obblighi positivi allo Stato. Esso, prima di tutto, deve proibire la discriminazione da parte di privati in alcune situazioni¹¹⁵. Infine, l'ultimo precetto richiede allo Stato di garantire protezione contro la possibilità di discriminazioni, anche con interventi positivi volti correggere discriminazioni già esistenti.

E' interessante per la nostra indagine notare come il divieto di discriminazione si applichi ad ogni individuo, indipendentemente dalla sua cittadinanza, perciò anche agli stranieri¹¹⁶, ed anche agli stranieri irregolari sul territorio. E' pur vero che sono permesse alcune discriminazioni tra cittadini e stranieri, o tra stranieri regolari ed irregolari sul territorio, nel godimento di certi diritti, soprattutto di tipo politico o sociale. Tuttavia esse sono permesse solo in tanto ed in quanto ragionevoli, oggettive, proporzionate e non lesive di altri diritti umani:

“We should mention that the regular situation of a person in a State is not a prerequisite for that State to respect and ensure the principle of equality and non-discrimination, because, as mentioned above, this principle is of a fundamental nature and all States must guarantee it to their citizens and to all aliens who are in their territory. This does not mean that they cannot take any action against migrants who do not comply with national laws. However, it is important that, when taking the corresponding measures, States should respect human rights and ensure their exercise and enjoyment to all persons who are in their territory, without any discrimination owing to their regular or irregular residence, or their nationality, race, gender or any other reason. Consequently, States may not discriminate or tolerate discriminatory situations that prejudice migrants. However, the State may grant a distinct treatment to documented migrants with respect to undocumented migrants, or between migrants and nationals, provided that this differential treatment is

nel parlamento. Un'opinione in parte dissenziente si ritrova in IACtHR, *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4., par. 162-88, che ritiene il giudizio sul divieto di discriminazione dell'art. 26 assorbito ogni qualvolta si rilevi la violazione di un'altra disposizione.

¹¹⁴ HRC, *Muller and Engelhard v. Namibia*, Communication n. 919/2000, Views of March 2002; *Foin v. France*, Communication n. 666/1995, Views of 9 November 1999; *X. v. Colombia*, Communication n. 1361/2005, Views of 30 March 2007; ECHR, *Karner v. Austria*, Application n. 40016/98, Judgment of 24 July 2003; IACtHR, *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*. Judgment of September 8, 2005. Series C No. 130, per ulteriori riferimenti si veda De Schutter, *International...cit.*, pp. 605- 610.

¹¹⁵ Come ben spiegato dall' *Explanatory Report to Protocol n. 12* alla CEDU Par. 28, in ETS n. 177. Inoltre, HRC, *General Comment n. 28*, “Equality of Rights between Men and Women”, 29 March 2000, par. 31.

¹¹⁶ Come è noto, la CEDU non contiene disposizioni specifiche in materia di sicurezza sociale, tuttavia la tutela dei diritti patrimoniali, introdotta attraverso l'art. 1 del Protocollo 1 alla Convenzione, è stata interpretata dalla Corte di Strasburgo come estensibile anche alle prestazioni sociali, incluse quelle di tipo non contributivo. Ed è stata assicurata anche nei confronti degli stranieri, mediante l'applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, sancito dall'art. 14 della Convenzione: ex multis, *Niedzwiecki v. Germany*, Application n. 58453/00, Judgment of 25 October 2005. Per maggiori approfondimenti sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritti sociali si veda. G. Cinelli, “La tutela dei diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2006, n. 3, pag. 731 e ss.

reasonable, objective, proportionate and does not harm human rights. For example, distinctions may be made between migrants and nationals regarding ownership of some political rights. States may also establish mechanisms to control the entry into and departure from their territory of undocumented migrants, which must always be applied with strict regard for the guarantees of due process and respect for human dignity”¹¹⁷.

c. Dignità ed uguaglianza degli individui in relazione con il contenuto del principio di sovranità.

Se sia adotta la prospettiva “fondamentalistica”, per la quale dall’idea di dignità scaturiscono i diritti umani, vi è un contrasto insanabile dal punto di vista ontologico tra le norme sui diritti umani a livello internazionale ed il principio di sovranità. Se i diritti e le libertà sono inerenti all’essere umano ed alla sua dignità, e da essi inesorabilmente promanano, di certo essi non derivano né dallo Stato né da alcun’altra autorità esterna. Corollari dell’idea di inerenza alla dignità umana dei diritti umani sono da un lato, la loro preesistenza rispetto alla tutela giuridica che possono ricevere ad ogni livello e dall’altro, la loro spettanza ad ogni essere umano, indifferentemente¹¹⁸. Idee di questo tipo sembrano inconciliabili con le concezioni esistenti, per cui ogni norma internazionalmente vincolante si basa sul principio consensualistico. Gli Stati dovrebbero limitarsi a riconoscere i diritti umani fondamentali, senza attribuirli: i diritti umani esisterebbero indipendentemente dallo Stato e dalla sua sovranità.

Se i diritti umani si concepiscono come oggetto di precetti positivi, e quindi, come norme fondate sul consenso degli Stati, la connessione fra norme di diritto internazionale dei diritti umani e il concetto di dignità dell’uomo può porre problemi di compatibilità con la sovranità? Qualora sulla base del concetto di sovranità lo Stato rivendichi prerogative in contrasto con la dignità umana, le norme sui diritti umani si contrappongono alla sovranità. Esse sono create dallo Stato, ma sfuggono al suo controllo, perché sono ontologicamente connesse ad un principio di diritto internazionale che richiede il rispetto della dignità dell’individuo, oltre lo Stato. Il discorso allora si sviluppa attorno alla possibilità di un loro bilanciamento, o della soccombenza di uno dei due.

Infine, vi è un’ulteriore implicazione nel leggere le norme internazionali sui diritti umani alla luce della dignità dell’uomo: posto che la medesima è concetto in continua definizione e mutazione, la lista di diritti positivi non è da intendersi come un *numerus clausus*, ma dipende dalle sensibilità dei luoghi e dei tempi. Essa è in naturale evoluzione nel numero e nel contenuto. Lo stesso riguarda il concetto di uguaglianza, che riceve progressivamente sempre maggior riconoscimento, mediante l’espansione della tutela contro le discriminazioni. Per quanto ci interessa, gli stranieri oggi godono di limitati diritti al soggiorno sul territorio di uno Stato estero, ma ragionando in termini di protezione della loro dignità mediante ideali cerchi concentrici sempre più ampi, chi può dire che la situazione giuridica attuale sia

¹¹⁷ IACtHR, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory opinion OC- 18/03 of 17 September 2003, in Serie A-18, 2003, parr. 118-119.

¹¹⁸ O. Schachter, “Human Dignity as a Normative Concept”...cit.

stabile? Anche il progressivo riconoscimento di tutela a diritti tradizionalmente riservati ai cittadini, alla luce del principio di uguaglianza, può andare nel medesimo senso.

In conclusione, le norme internazionali sui d.u. sono connesse al principio internazionale di umanità e rispetto dei diritti umani fondamentali, che ruota alla idea di dignità ed uguaglianza. Questa connessione trasforma il possibile conflitto in un problema di effettività di principi di diritto internazionale: quando si confrontano, a volte si realizza il principio di sovranità, altre volte il principio di umanità. D'altro lato, la naturale evoluzione dell'idea di dignità ed uguaglianza dà il via al progressivo sviluppo delle norme sui diritti umani, con conseguente possibilità che il detto conflitto si allarghi ad ambiti ulteriori.

6. L'impatto delle norme sui diritti umani sul diritto internazionale generale

Anche per le considerazioni appena svolte, è verosimile che il processo di evoluzione del diritto internazionale fondato sullo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani continui. Tale sviluppo si manifesta sia nell'aumento di norme, sia nelle sempre maggiore diffusione di una *opinio iuris* favorevole alla crescente tutela dei d.u. Questi sviluppi trovano un riflesso in particolare nelle pronunce della Corte Internazionale di Giustizia e nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite. Ad opera della Corte si è approfondita la riflessione sulla struttura degli obblighi internazionali mediante l'elaborazione del concetto di obblighi *erga omnes*, mentre nei lavori della CDI si è perseguito lo stesso obiettivo definendo significato ed effetti dello *ius cogens*. Il ruolo degli obblighi *erga omnes* e dello *ius cogens* come fattore collante nell'evoluzione del sistema internazionale da un sistema formato da relazioni bilaterali ad un sistema multilaterale è, secondo la dottrina, l'apporto più importante fornito dal diritto internazionale dei diritti umani al diritto internazionale generale¹¹⁹.

La Corte internazionale di giustizia ha introdotto, come noto, il concetto di obblighi *erga omnes* in un *obiter dictum* nel caso *Barcelona Traction*¹²⁰, forse in un tentativo di rispondere alle critiche sollevate dal rifiuto di *ius standi* che aveva opposto ad Etiopia e Liberia nei casi *South West Africa*¹²¹. In tale *obiter dictum* la Corte suggerì che l'obbligazione di non commettere né tollerare discriminazioni avesse carattere *erga omnes* e, pertanto, potesse essere invocata da ogni Stato. Da allora la Corte ha fatto riferimento agli obblighi *erga omnes* nei giudizi sui casi *East Timor*¹²², *Bosnian Genocide*¹²³ e *Belgio c. Senegal*¹²⁴, oltre che nel parere

¹¹⁹ P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international...", cit., p. 9; *Idem*, "The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges", in *EJLS*, Vol. 1, Issue 2, Autumn/Winter 2007. Vedi anche: B. Simma, "From bilateralism to community interests in international law", in *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 217-384, p. 217.

¹²⁰ *Barcelona Traction*, cit., par. 33.

¹²¹ *South West Africa*, cit.

¹²² *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgment, ICJ Reports 1995, p. 90, par. 29.

¹²³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*, Preliminary Objection, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 595 ss., par. 31.

¹²⁴ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

consultivo *The Wall*, in cui si è spinta a trarre conseguenze giuridiche dal concetto, obbligando gli Stati a non riconoscere la violazione del diritto internazionale perpetrata da Israele¹²⁵.

Anche la Commissione di Diritto Internazionale ha abbracciato il concetto di obblighi *erga omnes* mediante la redazione dell'art. 48 del Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati¹²⁶. Ma l'influenza maggior da parte della Commissione sulla struttura degli obblighi internazionali si era già avuta con l'introduzione del concetto di *ius cogens* in quello che è diventato l'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il quale ne ha poi travalicato l'ambito trovando consacrazione negli artt. 40 e 41 del progetto di articoli del 2001 sulla Responsabilità degli Stati. Su tale nozione di *ius cogens* hanno recentemente fatto leva i tribunali internazionali per i diritti umani (la Corte europea di Strasburgo: *Al Adsani v. United Kingdom*¹²⁷, *Al-Jedda v. the United Kingdom*,¹²⁸ *Nada v. Switzerland*¹²⁹) ed i tribunali penali internazionali (per la ex Jugoslavia: *Prosecutor v. Furundzija*¹³⁰), ma anche la Corte dell'Unione europea (*Kadi I e II*¹³¹), e le corti nazionali ("Pinochet Case"¹³², Ferrini¹³³). Ciononostante, la sua importanza è stata stemperata dalle decisioni della Corte internazionale di Giustizia nelle sentenze *Arrest Warrant*¹³⁴, *Congo v. Rwanda*¹³⁵ e *Germany v. Italy*¹³⁶. Mentre nel primo caso la Corte aveva rifiutato anche il mero esame di ogni argomento sollevato dal Belgio, secondo il quale l'immunità non poteva essere invocata di fronte alla violazione di una norma di *ius cogens*, nella pronuncia contro l'Italia la Corte ha proprio negato nel merito la prevalenza della norma imperativa sul

¹²⁵ *Legal Consequence*, cit., par. 159. Come obietta il Giudice Kooijmans nella sua opinion dissenziente, l'obbligo poteva essere meglio riferito al concetto di norma di diritto imperativo, par. 40.

¹²⁶ Article 48, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Adopted 12 December 2001, Unga Res. 56/83.

¹²⁷ ECHR, Application. n. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, par. 61.

¹²⁸ ECHR, GC, Application n. 27021/08, Judgment of 7 July 2011

¹²⁹ ECHR, GC, Application .n. 10593/08, par 169, 2012.

¹³⁰ ICTY, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1, Judgment of 10 December 1998, par. 153.

¹³¹ *Kadi v Council and Commission (Kadi I)*, Case T-315/01, Judgment of 21 September 2005; *Commission, Council, United Kingdom v Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*, Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10, Judgment of 18 July 2013. Per un commento: E. Cannizzaro, "Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the Kadi Case", in *YbEL*, 2009, pp 593 ss.; P. De Sena e M. C. Vitucci, "The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values", in *EJIL*, vol. 20, 2009, p. 193 ss.

¹³² *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte*, House of Lords, 1998, 3 WLR 1,456

¹³³ Corte di Cassazione, sentenza n. 5044 del 11 marzo 2004.

¹³⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (DRC v. Belgium)*, Judgment, ICJ Reports 2002, p. 3, par. 58

¹³⁵ *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Rwanda)*, Judgment, ICJ Reports 2006, p. 6, in cui la Corte ha osservato che, pur avendo la proibizione di genocidio carattere di norma imperativa, essa non permetteva di superare l'assenza di consenso sulla giurisdizione.

¹³⁶ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99. Con sentenza 238 dell'ottobre 2014 la Corte Costituzionale italiana ha dichiarato illegittima la norma della legge di attuazione dell'art. 1 della convenzione di approvazione della Carta ONU del 1957 limitatamente all'art. 94 della Carta ed in relazione alla detta pronuncia della Corte Internazionale, nonché l'art. 3 della legge 5 del 2013 di adesione alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, sulla base dell'applicazione della cosiddetta teoria dei "controlimiti", volta a limitare l'esecuzione ed adattamento a norme e decisioni provenienti da altri ordinamenti quando contrastino con i principi fondamentali dello Stato italiano (la Corte l'aveva disegnatata in riferimento alle norme CEDu nelle note pronunce 347 e 348 del 2007). Nella fattispecie, la pronuncia della CIG è stata rinvenuta contraria ai principi fondamentali sulla tutela dei diritti di cui agli artt. 2 e 24 della Cost. italiana.

divieto di crimini contro l'umanità, sulla base di una distinzione tra norme primarie di natura imperativa e norme procedurali (fra cui sono comprese le norme sull'immunità statale)¹³⁷. La Corte europea di Strasburgo ha seguito la strada tracciata dalla CIG, negando l'ammissibilità di un ricorso contro la violazione dell'art. 6 da parte dell'Olanda che era stato presentato lamentando il rifiuto delle corti civili olandesi di giudicare le Nazioni Unite per i fatti legati al massacro di Srebrenica. Facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia, la Corte europea ha escluso di poter superare le norme internazionali sull'immunità degli Stati solo in ragione della gravità della violazione¹³⁸.

Le suddette pronunce vengono anche spesso citate in dottrina per rilevare come i diritti degli Stati all'immunità e ad esercitare la protezione diplomatica non siano significativamente compromessi dalle norme internazionali sui diritti umani¹³⁹. Eppure, le decisioni non sono state emesse senza essere state aspramente discusse: la sentenza nel caso *Arrest Warrant* presenta ben 11 opinioni individuali, ed il giudice Simma, nel caso *Congo v. Rwanda*, lamenta la non considerazione da parte della Corte della possibilità che il Rwanda non agisse in protezione diplomatica, ma sulla base della legittimazione data ad ogni Stato, "if the obligation breached it's owed to a group of States including that State and is established for the protection of the collective interest of the group" (art. 48, par. 1, lett. a) Progetto 2001). Le reazioni della dottrina alle sentenze *Germany v. Italy* e *Mothers of Srebrenica*, anche nelle opinioni degli stessi giudici dissenzienti, sono state molto critiche¹⁴⁰; si è anche suggerito che l'approccio generale della Corte internazionale di

¹³⁷ Sulle applicazioni pratiche del principio di gerarchia si veda anche *infra*, par. 7 lett. c).

¹³⁸ *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*, Application. n. 65542/12, Decision 11 June 2013: "international law does not support the position that a civil claim should override immunity from suit for the sole reason that it is based on an allegation of a particularly grave violation of a norm of international law, even a norm of *ius cogens*", par. 158. La Corte ha così palesato la sua posizione sull'immunità degli agenti ONU; la reticenza a giudicare asserite violazioni della Convenzione avute luogo nel corso di "missioni" delle Nazioni Unite era già apparsa con riferimento alla sentenza nel caso *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, GC, nos. 71412/01 and 78166/01, Decision of 2 May 2007, quando la Corte ha escluso di poter esaminare *ratione personae* la responsabilità degli Stati coinvolti nelle missioni UNMIK e KFOR operanti ai sensi del capitolo VII della Carta ONU, e non condotte sul territorio di uno Stato parte. Per una critica: M. Milanović e T. Papić, "As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law", in *ICL*, vol. 58, 2009, p. 267 ss.

¹³⁹ Si veda T. Kamminga, "Final Report on The Impact of International Human Rights Law on General International Law", in T. Kamminga e M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law...cit.*, p. 1 ss..

¹⁴⁰ S. M. I. Papa, "Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell'Associazione Madri di Srebrenica", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 1, 2014, p. 27 ss.; S. Talmon, "Jus cogens after Germany v. Italy: substantive and procedural rules distinguished", in *LJIL*, vol. 4, 2012, p. 979 ss.; A. Bianchi, "Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso Germania c. Italia", in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 2, 2012, p. 293 ss.; R. Pisillo Mazzeschi, "Il rapporto fra norme di *ius cogens* e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012", *Ibid.*, p. 310 ss.; F. Salerno, "Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia", *Ibid.*, p. 350 ss.; B. I. Bonafè "Il caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato*: verso un ampliamento della partecipazione del terzo davanti alla Corte internazionale di giustizia", *Ibid.*, p. 371 ss. Nella *Rivista di diritto internazionale* sono invece usciti, nel 2012, i contributi di A. Ciampi, "The International Court of Justice between "Reason of State" and Demands for Justice by Victims of Serious

giustizia sia di riconoscere l'esistenza di concetti derivati dal diritto internazionale dei diritti umani, per "educare" gli Stati, ma di applicarli con precauzione¹⁴¹. Se da un lato, quindi, l'utilità dei concetti di norme di *ius cogens* e di obblighi *erga omnes* è ancora discussa e l'applicazione nella prassi interstatale è ancora limitata, è innegabile, dall'altro, che gli internazionalisti si interrogano a fondo sulla potenziale operatività dei medesimi, anche criticando le posizioni della giurisprudenza¹⁴².

Oltre che in materia di *ius cogens*, la Commissione di Diritto Internazionale, si è scontrata con le particolarità del diritto internazionale dei diritti umani nel contesto dei lavori sulla codificazione in materia di responsabilità degli Stati¹⁴³, sulla protezione diplomatica, sulle riserve nei trattati. In particolare in quest'ultima materia le norme sui diritti umani hanno avuto grande influenza, soprattutto relativamente all'interpretazione ed all'ammissibilità di riserve¹⁴⁴. L'innovazione più importante riguarda il concetto di *severability* in caso di formulazione di una riserva non permessa, od invalida, che la CDI ha mutuato dalla prassi della Corte inter-americana e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴⁵. Certamente la disposizione interpretativa introdotta mostra che i comitati per i diritti dell'uomo si sono mossi nella giusta direzione e da ragione alle opinioni dei giudici che fino ad ora avevano espresso il loro dissenso sulla visione tradizionale¹⁴⁶; d'altro canto il lavoro non recepisce *in toto* la posizione perché non attribuisce ai *treaty*

International Crimes", p. 374 ss. e di O. Lopes Pegna, "Breach of the Jurisdictional Immunity of a State by Declaring a Foreign Judgment Enforceable?", p. 1074 ss.

¹⁴¹ J. Dugard, "The Future of International Law: A Human Rights Perspective", in *LJIL*, vol. 20, 2007, p. 729 ss, p. 738.

¹⁴² Per alcune critiche al concetto di *ius cogens* si vedano: G. Schwarzenberger, "International Jus Cogens?", in *Tex. L. Rev.*, No. 43, 1964-1965, pp. 455 ss.; A. D'Amato, "It's a Bird? It's A Plane? It's Jus Cogens", in *CJIL*, 1990-1, pp. 1 ss.; P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", *AJIL*, vol. 77, 1983, p. 413 ss. Più approfonditamente *infra*, par. 7, lett. c).

¹⁴³ Il progetto di articoli del 2001 ha un approccio innovativo per quanto riguarda la previsione di obblighi positivi in capo agli Stati. L'art. 41 prescrive agli Stati di "cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40." Lo stesso *Special Rapporteur Crawford* esprime perplessità sul fatto che la disposizione codifichi una norma di diritto vigente e non sia piuttosto orientata ad uno sviluppo progressivo del diritto, ma è un dato di fatto che da essa ha preso le mosse tutta la dottrina inerente la discussa "*Responsibility to protect*".

¹⁴⁴ Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final report on the Impact of Findings of the United Nation Human Rights Treaty Bodies*, Report of the 71st Conference of the International Law Association, 2004.

¹⁴⁵ La CDI ha avvalorato nella *Guideline* n. 4.5.1., il concetto di *severability*, incentivato dalle suddette giurisdizioni: la riserva espressamente proibita o contrastante con oggetto e scopo del trattato ai sensi dell'art. 19 CdV, è nulla, mentre il resto del trattato resta in vigore: "*Nullity of an invalid reservation* : A reservation that does not meet the conditions of formal validity and permissibility set out in Parts 2 and 3 of the Guide to Practice is null and void, and therefore devoid of any legal effect." : ILC, "Text of the Guide to Practice on Reservations to Treaties", in *Report on the Work of its 63rd session*, GA, Official Records, 66th Session, Supplement No. 10, Addendum 1, Doc. A/66/10/Add. 1, ch. IV, pp. 509-520.

¹⁴⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Rwanda)*, *cit.*, *Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada and Simma*. "The Human Rights Committee in General Comment No. 24 (52) has sought to provide some answers to contemporary problems in the context of the International Covenant on Civil and Political Rights, with its analysis being very close to that of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court. The practice of such bodies is not to be viewed as "making an exception" to the law as determined in 1951 by the International Court; we take the view that it is rather a development to cover what the Court was never asked at that time, and to address new issues that have arisen subsequently.", par. 16.

monitoring bodies il potere di determinare l'invalidità di una riserva¹⁴⁷. In fin dei conti, sembra difficile negare che il dibattito si stia estendendo¹⁴⁸ e nascondere l'eventualità che esso, sorto dall'esigenza di tutelare il diritto dell'individuo, possa essere foriero di importanti ed ulteriori conseguenze pratiche sul diritto internazionale¹⁴⁹.

Per concludere, si potrebbe forse avanzare una considerazione in senso inverso, aprendo il discorso sull'idoneità dei lavori conclusi dalla CDI in merito alla frammentazione del diritto internazionale a valutare l'impatto delle norme sui diritti umani sul diritto internazionale generale. Alcune critiche nascono dalla scelta di snodare il discorso seguendo la rotta tracciata dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ed in particolare dalle norme interpretative ivi contenute. Si dice che la Convenzione di Vienna sorga nel contesto delle relazioni tra Stati, a tutela di interessi degli stessi e che disciplini norme convenzionali di impronta bilaterale: per questo ed altri motivi, ad esempio, le regole di interpretazione a cui accordare prevalenza, l'applicazione dei suoi criteri non si ritiene sia uno strumento adatto alla particolarità delle norme sui diritti umani (ma anche, per esempio, delle norme ambientali)¹⁵⁰.

Alla critiche ha risposto il gruppo di studi della CDI su *Reservations to Treaties*, guidato da Alain Pellet, che ritiene il regime delle riserve stabilito dalla Convenzione di Vienna sufficientemente flessibile da assorbire le caratteristiche particolari dei trattati in questione. Negando ogni specificità del diritto internazionale dei diritti umani, Pellet ribadisce quindi, l'opinione dello *Special Rapporteur* Koskeniemi che prospetta un'applicabilità generalizzata della Convenzione di Vienna e dei suoi principi in ogni ambito del diritto internazionale, seppur con attenzione alle caratteristiche particolari di ciascuno di essi¹⁵¹. L'efficacia dei criteri di composizione dei conflitti racchiusi nella Convenzione di Vienna sulle norme di diritto internazionale dei diritti umani va però verificata con specifico riguardo a quelli che regolano il fenomeno migratorio.

¹⁴⁷ Cfr. I. Boerefijn, "Impact on the Law of Treaty Reservations", in T. Kamminga e M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law...cit.*, pp. 63 ss alle pp. 84-92. Per quanto riguarda l'effetto dei trattati sui diritti umani in presenza di riserve inammissibili si veda: D. Russo, *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, Giuffrè, 2012, cap I, p. 1 ss.

¹⁴⁸ Tra gli autori che per primi si sono occupati di questo tema: B. Simma, "International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis", in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. IV, *The Protection of Human Rights in Europe*, 1995, pp. 153-236; A. Cassese, *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 396 ss.; T. Meron, *The Humanization...*, cit..

¹⁴⁹ Per un'analisi sull'apporto specifico del diritto internazionale dei diritti umani in ciascuna materia di diritto internazionale generale si veda T. Kamminga e M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law...cit.*

¹⁵⁰ Si veda Martin Scheinin, "Impact on the Law of Treaties", in T. Kamminga e M. Scheinin (eds.), *The impact...cit.*, p. 23 ss. *Contra*, J. Christoffersen, "Impact on General Principles of Treaty Interpretation", *ibidem*, p. 37 ss, a pp. 60-61.

¹⁵¹ Si veda il "Commento" alle Guidelines di Alain Pellet: "The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A General Presentation by the Special Rapporteur", in *EJIL*, vol. 24, 2013, n. 4, pp 1061 ss. Forse inconsapevolmente, sottolineano la comunanza di visione tra gruppi di lavoro della CDI in favore di un'unità del diritto internazionale, N. Ziemele e L. Liede, "Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6", in *EJIL*, vol. 24, 2013, p. 1144: "The *ordre public* perspective was properly accepted as part of the ILC's efforts in drafting the guidelines on reservation".

SEZIONE 2. La ricerca di una soluzione alla tensione tra prospettive universalistiche e particolaristiche

7. L'approccio universalistico: i criteri di composizione del conflitto tra norme appartenenti allo stesso sistema

a. Il principio di specialità

Una delle tecniche più conosciute per comporre conflitti fra norme consiste nell'opporre il carattere speciale al carattere generale delle norme in conflitto.

La Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite ha concettualizzato questo tipo di relazione tra norme generali e norme speciali nel progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001, aprendo le porte, mediante l'intitolazione dell'articolo "lex specialis", a questo regime di norme secondarie. L'art. 55 è una delle previsioni più importanti e più dibattute dell'intero progetto. Come notano Bruno Simma e Dirk Pulkowski¹⁵², nessuno Stato è obbligato ad accettare l'insieme delle norme sulla responsabilità come un "prendere o lasciare". La dottrina che si riferisce alla *lex specialis* in quanto criterio di interpretazione dei trattati, tende a considerarlo una norma consuetudinaria¹⁵³, mentre altri autori lo configurano come un principio logico-giuridico¹⁵⁴.

La *ratio* del principio di specialità è che se le parti hanno inteso regolare in modo più dettagliato i loro rapporti con riferimento ad un aspetto particolare di una materia oggetto di una disciplina più ampia è probabile che desiderino che quella disciplina sia applicata¹⁵⁵. Le norme speciali sono più chiare e vengono intese come più adatte a regolare la fattispecie¹⁵⁶. Inoltre, riflettendo meglio la volontà delle parti, la norma speciale appare anche la più utile. Gli autori aderenti alla corrente del volontarismo, quali Anzilotti e

¹⁵² B. Simma, D. Pulkowski, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", in *EJIL* 17 (2006), pp. 483-529.

¹⁵³ *Dissenting opinion of Judge Hsu in the Ambatielos case (jurisdiction)*, Judgment of July 1st, 1952, I.C. J. Reports 1952, p. 28, p. 87 ss: "It is a well recognized principle of interpretation that a specific provision prevails over a general provision."; R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Harlow, Longman, 1996, p. 1280.

¹⁵⁴ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, cit., p. 388.

¹⁵⁵ "De deux Loix, ou de deux Conventions, toutes choses d'ailleurs égales, on doit préférer celle qui est la moins générale, et qui approche le plus de l'affaire dont il s'agit. Parceque ce qui est spécial souffre moins d'exceptions que ce qui est général; il est ordonné plus précisément, et il paroît qu'on l'a voulu plus fortement": E. de Vattel, *Les droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Reproduction of the original 1758 edition, books 1-4, Carnegie Institution Washington, D.C., 1916, par. 316.

¹⁵⁶ ILC Report on Fragmentation..., cit., par. 60. Inoltre, si veda: P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international...", cit., pp. 428-429.

Rousseau¹⁵⁷, valorizzano il principio proprio perché nella norma speciale si riflette meglio il consenso statale. Al contrario, George Scelle, propugnatore della tesi dell'antivolontarismo sociologico, ritiene che due Stati non dovrebbero poter derogare ad una norma generale qualora essa sia espressione di un "interesse sociologico oggettivo"¹⁵⁸. Entrambi gli approcci sembrano essere troppo estremisti: i giuristi delle generazioni successive hanno messo in luce la necessità di un coordinamento del principio con quello di successione delle leggi nel tempo e con quello di gerarchia¹⁵⁹.

Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale e della Corte internazionale di giustizia ha tenuto conto della *lex specialis* in numerose occasioni per giustificare la mancata applicazione di norme di diritto internazionale generale¹⁶⁰. Le giurisdizioni specializzate quali i *Panel* del WTO o la Corte europea per i diritti dell'uomo, invece, utilizzano le norme speciali dei trattati fondativi del sistema a cui si riferiscono nella loro attività senza preoccuparsi di rendere espressa la deroga che, a volte, compiono rispetto al diritto internazionale generale¹⁶¹. Sempre secondo la giurisprudenza, è certo che il principio non si limita a regolare i rapporti tra norme pattizie¹⁶².

In questi casi, la tecnica utilizzata è stata quella di lasciare semplicemente da parte l'esame del contenuto del diritto generale, una volta stabilita l'esistenza della norma speciale, lasciando aperta la questione di sapere se la regola speciale rappresenti uno sviluppo od un'eccezione al principio generale. Ma la norma generale,

¹⁵⁷ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, t. I, Paris, Sirey, 1929, p. 103; C. Rousseau, "De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international", in *RGDIP*, Vol. 39, 1932, pp. 133-192, p. 177.

¹⁵⁸ G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 642.

¹⁵⁹ Per esempio: A. Cavaglieri, "Règles générales du droit de la paix", in *RCADI*, 26, 1929, pp. 311-585, p. 334; G.E. Nascimento Silva, "Le facteur temps et les traités", in *RCADI*, 154, 1977, pp. 215-298, p. 246.

¹⁶⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, p. 7, par. 132; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., para. 274, anche se non sono mancate sentenze che accordano interpretativamente prevalenza ad una tra due disposizioni dello stesso strumento, o a due disposizioni di due diversi trattati, ad esempio nel caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, *Greece v United Kingdom*, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment, P.C.I.J. Series A, No. 2, 1924, p. 13.

¹⁶¹ In alcuni casi, la Corte di Strasburgo ha utilizzato il principio tra disposizioni della stessa Convenzione EDU, per esempio per sottolineare la specialità dell'art. 6, regolante il giusto processo, rispetto all'art. 13 sul "diritto ad un ricorso effettivo" (*Yankov v. Bulgaria*, Application n. 39084/97, Judgment of 11 December 2003, par. 150. Inoltre, *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, Application n. 26737/95, Judgment of 19 December 1997, par. 41; *Vasilescu v. Romania*, Application n. 27053/95, Judgment of 22 March 1998, par. 43, *Kudla v. Poland*, Application n. 30210/96, Judgment of 26 October 2000, par. 164, oppure dell'art. 11 sulla libertà di riunione ed associazione, sull'art. 10 sul diritto di una libera espressione e manifestazione del pensiero (*Ezelin v. France*, Application n. 11800/85, Judgment of 26 April 1991, par. 35, e *Djavit An v. Turkey*, Application n. 20652/92, Judgment of 20 February 2003, par. 39) Ma, come osserva giustamente Martti Koskeniemi, tra le suddette disposizioni non può dirsi che esista un reale conflitto: ILC, Report on Fragmentation...cit, p. 17, si veda anche oltre in questo paragrafo.

¹⁶² Spesso il diritto convenzionale è considerato speciale rispetto ad una norma consuetudinaria, e lo stesso può dirsi di una consuetudine particolare. La Corte ha trattato la questione rispettivamente nei casi *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, parr. 61-65, 72, e *Right of Passage over Indian Territory*, Judgment, I.C.J. Reports 1960, p. 6, p. 44. In dottrina: R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., pp. 1270, 1280.

come osserva Serge Sur, continua a giocare un ruolo residuale orientando l'interpretazione dello stesso diritto speciale e sostituendosi ad esso qualora, per una ragione o per l'altra, esso non venga applicato¹⁶³.

Quello del conflitto tra principio di discrezionalità statale nella scelta della popolazione ed obblighi di accoglienza dei migranti non si configura come un caso in cui la norma più speciale rappresenta una mera applicazione od uno sviluppo del principio più generale¹⁶⁴. E' evidente che i secondi sono previsti in deroga alla norma generale e, quindi, dalla nostra prospettiva, la *lex specialis* effettivamente sembra riuscire a risolvere una contraddizione.

Per quanto la *lex specialis* sia operativamente utile, ciò non toglie che concettualmente il principio di specialità presti il fianco a numerose critiche. Prima di tutto, esso condivide con il principio di successione delle norme nel tempo il problema di cosa significhi "identità della materia", su cui ci si è già soffermati. Ma il principio di specialità è problematico anche per altre ragioni. Intanto esso presuppone che lo Stato agisca con un preciso intento al momento di concludere un trattato o avallare norme consuetudinarie. Invece, come la dottrina ha messo in luce, la creazione di una nuova norma internazionale può essere meno consapevole di quello che si crede: "Treaties and custom come about as a result of conflicting motives and objectives – they are "bargains" and "package-deals" and often result from spontaneous reactions to events in the environment"¹⁶⁵.

Inoltre, la distinzione generale/speciale è necessariamente di carattere relativo. In alcuni casi la distinzione è fatta dallo stesso strumento, che indica una norma come eccezione rispetto ad un'altra¹⁶⁶, ma gli obblighi di accoglienza dei migranti sono contenuti in appositi trattati o sono addirittura di natura consuetudinaria. Essi non si autoqualificano come "eccezioni" alla norma che permette discrezione da parte dello Stato nell'allontanamento degli stranieri dal territorio.

D'altro lato, l'identificazione di un determinato precetto come "norma di diritto internazionale generale" è questione di interpretazione¹⁶⁷. Ci permettiamo di dire che il potere/diritto dello Stato di allontanare stranieri è una norma di diritto internazionale generale che accorda una facoltà solamente grazie alla più che opinabile ricostruzione interpretativa che abbiamo proposto finora. Lo stesso appellativo di "diritto internazionale

¹⁶³ Serge Sur, *L'interpretation en droit international public* (Paris: LGDJ, 1974) p. 164. Czaplinski e Danilenko parlano di "priority of obligation", W. Czaplinski, G. Danilenko, "Conflicts of Norms in International Law", in *NYIL*, Vol. 21, 1990, pp. 3-42, p. 8.

¹⁶⁴ M. Koskenniemi nota: "interpretation refers to contested and conflicting principles, none of which can be held superior to the others in a general way. There are no rules on when to apply a literal and when a dynamic interpretation; when to have recourse to party will and when to the instrument's object and purpose. . . . The arbitrator can resolve the dispute only by leaving the ground of legal interpretation altogether", "Hierarchy in International Law: A Sketch", in *EJIL*, vol.8., 1997, p. 566 ss., pp. 575-576.

¹⁶⁵ M. Koskenniemi, "Study on the Function and Scope of the *lex specialis* Rule and the Question of "Self-Contained Regimes"", Preliminary Report by the Chairman of the Study Group submitted for consideration during the 2004 session of the International Law Commission, Doc. ILC (LVI)SG/FIL/CRD.1 and Add. 1,

¹⁶⁶ Ad esempio nell'art. 4 del PDCP.

¹⁶⁷ Un'ampia attività di individuazione di precetti di diritto internazionale cosiddetto generale era stata iniziata già da Sir Hersch Lauterpacht su domanda del Segretario generale delle Nazioni Unite nel 1948: *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, A/CN.4/1 (UN Publications, 48.V.1), per poi essere ripreso ed ampliato dalla CDI 50 anni più tardi, *Yearbook 1996*, vol. II (Second Part), parr. 246- 248 e annex II.

generale” altro non è che una convenzione volta ad indicare con più facilità le regole che sono applicate con una ampia diffusione dagli attori internazionali. Cosa significa che il diritto internazionale dei diritti umani è un gruppo di norme di carattere speciale? Le categorie si creano e si alimentano esclusivamente nella mente dell’interprete. Tuttavia, la definizione è feconda di risultati pratici, perché è potenzialmente volta a condurre all’applicazione di una norma in sfavore di un’altra.

Per esempio, la Corte Internazionale di Giustizia, nel tentativo di rispondere al quesito dell’Assemblea Generale delle NU sulla *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, è partita dal presupposto che lo stato di guerra sia eccezione allo stato di pace. Ciò ha fatto solo in seguito a considerazioni pragmatiche, non ad un esercizio di logica! Eppure le conseguenze sono rilevanti: da tanto discende che nel determinare cosa si intenda per “carattere arbitrario” della privazione della vita debba seguirsi l’interpretazione data dal diritto umanitario in luogo di quella fornita dal diritto internazionale dei diritti umani del Patto sui diritti civili e politici:

“The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities”¹⁶⁸.

In questo modo la norma interpretativa contenuta nel diritto internazionale dei diritti umani non è stata applicata. Nel mitigare la portata della pronuncia, la Corte ha altresì tenuto a precisare che il diritto internazionale dei diritti dell’uomo continua ad applicarsi in tutti gli altri aspetti¹⁶⁹. Come si osserva, la *lex specialis* non opera in maniera formale né assoluta, ma lascia il posto al pragmatismo della Corte. La scomparsa della distinzione tra conflitti armati e pace può forse essere auspicabile, ma la Corte ha scelto di non ignorare l’eccezione che lo stato di guerra rappresentava in rapporto alla normalità della pace, al momento di pronunciarsi sull’applicazione di due norme per giudicare un comportamento in circostanze per il resto simili. La *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* era un “caso difficile” nella misura in cui la Corte doveva applicare diversi gruppi di norme delle quali nessuno poteva avere assoluta priorità né sostituirsi interamente agli altri. Ha scelto una concezione sistemica del diritto, secondo cui i vari gruppi di norme interagiscono. Nei casi “difficili” la determinazione del quadro in cui far operare il principio della *lex specialis* risiede in considerazioni che non è possibile ricondurre a tecniche e regole determinate, perché dipendono dalla concezione che l’interprete ha della portata dell’ordinamento giuridico internazionale¹⁷⁰. Lo stesso può dirsi per la stessa scelta in ordine all’utilizzo o meno del criterio di soluzione dei conflitti dato

¹⁶⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 240, para. 25.

¹⁶⁹ In realtà la deroga sembra molto importante, tanto che il ruolo marginale lasciato dalla Corte al diritto internazionale dei diritti dell’uomo nel Parere Consultivo, è stato criticato da Vera Gowlland-Debbas, “The Right to Life and Genocide: The Court and International Public Policy”, in L. Boisson de Chazournes e P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 321-326.

¹⁷⁰ ILC, Report on Fragmentation, cit., par. 87.

dalla *lex specialis*, che si arresta quando ad una norma, individuata come più generale, viene però riconosciuta una valenza superiore¹⁷¹.

Forse quest'ultima osservazione è la conclusione che merita di essere evidenziata più di ogni altra in questo paragrafo: quando entrano in gioco dei principi di interpretazione delle norme non si è di fronte solo di un esercizio di logica giuridica. E l'inquadramento di due norme che si ritiene vertano sulla stessa materia secondo un modello regola/eccezione non è un mero esercizio schematico.

“Whether a prescription is too general to govern a particular case is equally ‘a matter of harmony with what, for want of a better word, one might term experience and common sense [. . .] an unsystematized complex of moral, cultural, aesthetic, and other values and experiences”¹⁷².

La vera funzione del principio di *lex specialis* è di articolare in modo esatto i valori e le esperienze nel processo di decisione. L'adagio della *lex specialis derogat legi generali* rimanda ad una tecnica del ragionamento giuridico che è possibile usare solo concependo il diritto internazionale come un sistema ordinato di norme, perché la sua influenza dipende da considerazioni normative quali la vicinanza al contesto, la volontà delle parti, la chiarezza e la precisione. Per fare ciò, non può prescindere da un'idea di quale sia il contesto. Della sua natura, dei suoi scopi. In altre parole, presuppone una concezione del sistema giuridico internazionale che sia organica ed unica.

Ci si chiede se il campo delle migrazioni internazionali possa essere governato agilmente impiegando tale principio. La risposta si crede sia positiva solamente fino a che, per l'appunto, le norme sul diritto del migrante straniero di entrare nel territorio siano configurabili come eccezioni, come limiti ad una norma permissiva che faccia altrimenti da sfondo. Si assume quindi che la funzione dell'ordinamento internazionale sia in essenza garantire la più ampia discrezionalità dello Stato, il pieno dispiegamento della propria sovranità. D'altra parte, le norme internazionali sul diritto del migrante sono *lex specialis*, la protezione del diritto dell'uomo si configura come una deroga. Applicando il criterio di *lex specialis* il diritto del migrante ad entrare e risiedere sul territorio di certo prevale, grazie all'attenzione che il diritto internazionale ha inteso riservargli, ma concettualmente esso resta una deroga al diritto generalmente riconosciuto dello Stato di allontanare lo straniero.

¹⁷¹ Si veda *infra*, questo par. lett. c).

¹⁷² V. Lowe, “The Role of Law in International Politics”, in M. Byers (ed.), *The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 207 ss, p. 216.

b. Il principio di successione delle leggi nel tempo

Anche il principio di prevalenza della norma posteriore sulla norma anteriore o *lex posterior derogat lege priori* è spesso citato come un principio interpretativo o di soluzione dei conflitti tra norme internazionali¹⁷³.

La sua *ratio* è riconducibile a considerazioni pragmatiche: la volontà delle Parti si manifesta in modo più attuale e più realistico nella norma di oggi piuttosto che nella norma di ieri. Del resto, l'abrogazione di una norma ad opera della successiva è caratteristica comune agli ordinamenti nazionali¹⁷⁴. Tuttavia, alla prevalente efficacia della *lex posterior* non deve essere accordata priorità assoluta: vi sono numerose altre considerazioni che devono venire in gioco, la cui preponderanza convince talvolta l'interprete ad accordare prevalenza alla *lex prior*¹⁷⁵. Tralasciando per il momento il discorso inerente allo *ius cogens*, può essere difficile sostenere l'applicazione della legge posteriore qualora i destinatari od i soggetti che ne siano vincolati siano differenti. E' necessario, pertanto, una costante attenzione alle pratiche di armonizzazione e alla soluzione caso per caso dei conflitti tra norme.

Nel diritto positivo il principio di cui ci si occupa trova consacrazione nell'articolata disposizione dell'art. 30 della Convenzione di Vienna. Gran parte della norma convenzionale corrisponde al diritto consuetudinario. In particolare ci si riferisce al richiamo alla disposizione imperativa dell'art. 103 C. ONU nel 1° paragrafo, e al sistema di clausole espresse contenute in un trattato del 2°. Il principio della *lex posterioris* trova espressione nel 3° paragrafo. I problemi che queste tre prime disposizioni lasciano aperte ruotano attorno al concetto di "identità della materia", che, come abbiamo visto, lo accomuna al principio di specialità. Il 4° paragrafo, centrato sull'ipotesi di trattato successivo le cui parti siano diverse da quello del trattato precedente ha dato, invece, luogo ad un intenso dibattito in sede CDI¹⁷⁶.

¹⁷³ Q. Wright, "Conflict between International Law and Treaties", in *AJIL*, vol. 11, 1917, p. 579; C. Rousseau, "De la compatibilité...", cit., p. 150; C.W. Jenks, "The Conflict...", cit., p. 446; M.B. Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", in *BYBIL*, Vol. 47, 1974-75, pp. 273-285, p. 273; W. Czaplinski, G. Danilenko, "Conflicts of Norms...", cit., pp. 19-22; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed., Manchester, 1984, p. 98; W. Karl, "Conflicts Between Treaties", cit., p. 938; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, London, 2013, p. 201; J. Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, cit. p. 363; P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 7th ed., Paris, Librairie général de droit et de jurisprudence, 2002, p. 270.

¹⁷⁴ Mentre, la scelta in favore della *lex prior* presenta delle analogie con il diritto privato contrattuale, "illegality of a contract to break a contract", C.W. Jenks, "The Conflict...", cit., p. 442.

¹⁷⁵ La Corte internazionale di Giustizia ha accordato rilevanza alla *lex prior* nel caso *Reservations*, cit., in cui ha statuito: "generally recognized principle that a multilateral convention is the result of an agreement freely concluded upon its clauses and that consequently none of the contracting parties is entitled to frustrate or impair, by means of unilateral decisions or particular agreements, the purpose and raison d'être of the convention" p. 21. In questa pronuncia la Corte ha probabilmente voluto evidenziare il carattere "oggettivo" della Convenzione sul genocidio, e l'importanza delle obbligazioni da essa scaturenti. Si veda la conseguente discussione in: G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, London, Stevens & Sons, 1971, pp. 483-484.

¹⁷⁶ Si veda ILC, Report on Fragmentation... cit, pp. 132 ss, insieme alla dottrina *ivi* citata : G. Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction: the Dialectic of Duplicity*, New York, Westport, Conn., London, Praeger, 1988, pp. 49-65; J.B. Mus, "Conflicts between Treaties...", cit., pp. 222-227.

Al problema dell'efficacia degli accordi *inter se*, con cui una parte modifica i propri obblighi convenzionali solo nei confronti dei contraenti dell'accordo, si è cercato di fornire risposta inserendo la complessa disposizione dell'art. 41 della Convenzione di Vienna¹⁷⁷, la cui applicazione è fatta salva dal paragrafo 5° dell'art. 30. La norma salvaguarda altresì l'applicazione dell'art. 60 della Convenzione, e quindi la possibilità di sospensione od estinzione di un trattato a causa di una sua violazione, nonché le norme internazionali che disciplinano la responsabilità degli Stati. L'art. 41 lascia comunque aperte alcune questioni¹⁷⁸; in questa sede ci concentreremo su una, relativa al valore "assoluto" od "integrale" dei trattati sui diritti dell'uomo.

L'applicazione dell'art. 41 comporta dei problemi quando due o più Stati parte di accordi multilaterali sui diritti dell'uomo con *obblighi erga omnes partes*¹⁷⁹ concludono un successivo accordo *inter se*. In questi casi, gli effetti dell'accordo bilaterale non sono riservati ai loro rapporti reciproci, ma incidono sugli obblighi dovuti verso tutti i contraenti originari. E' quindi ben possibile, nel caso di accordi *inter se* palesemente in deroga al trattato multilaterale, o comunque incompatibili con il suo oggetto e scopo, che essi siano in violazione del trattato multilaterale, che nel nostro caso riconosce diritti all'individuo migrante. In questi casi il principio di *lex posterior* non riesce a fornire una risposta effettiva al conflitto tra norme. Vi sarà una violazione del diritto internazionale che implicherà l'insorgere della responsabilità dello o degli Stati coinvolti e la possibilità che ne scaturiscano delle conseguenze.

Quanto alle conseguenze sul trattato multilaterale originario, esse possono essere fatte valere in alcuni casi anche dagli altri Stati, non parti dell'accordo *inter se*. In particolare, la stessa Convenzione di Vienna codifica il principio *inadimplenti non est adimplendum* e prevede che qualora uno Stato attui una violazione "sostanziale" ad un trattato, definita come il suo ripudio oppure la violazione di una disposizione essenziale al suo oggetto od al suo scopo, le altre parti possano sospendere totalmente o parzialmente l'applicazione del trattato, oppure considerarlo estinto, nei confronti dello Stato autore della violazione, ma anche nei confronti degli altri Stati parte, a seconda della natura degli obblighi previsti dal trattato e delle conseguenze della loro violazione¹⁸⁰. L'art. 60, fatto salvo dall'art. 30, paragrafo 5°, dispone che una violazione sostanziale legittima

¹⁷⁷ Articolo 41: "Accordi che modificano trattati multilaterali limitatamente ai rapporti fra alcune parti"1. Due o più parti a un trattato multilaterale possono concludere un accordo avente per oggetto di modificare il trattato nelle loro relazioni reciproche soltanto se: la possibilità di una tale modifica è prevista dal trattato; o la modifica in questione non è proibita dal trattato, a condizione che essa: i) non pregiudichi il godimento da parte delle altre parti dei diritti che esse ricavano dal trattato né l'adempimento dei loro obblighi; e ii) non riguardi una disposizione alla quale non si possa derogare senza che vi sia incompatibilità con la realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato considerato nel suo complesso. 2. A meno che, nel caso previsto dal paragrafo 1, lettera a) il trattato non disponga diversamente, le parti in questione devono notificare alle altre parti la loro intenzione di concludere l'accordo e le modifiche che quest'ultimo apporta al trattato.

¹⁷⁸ In particolare si discute l'efficacia giuridica di un accordo *inter se* concluso in violazione dell'art. 41, par. 1, della CDV e la sua qualificazione di violazione sostanziale del trattato, l'efficacia giuridica di una dichiarazione di opposizione per una delle Parti del primo trattato una volta che essa abbia ricevuto la notifica ex art. 41, par. 2.

¹⁷⁹ Si veda più ampiamente cap I, par. 6.

¹⁸⁰ Sui rapporti tra art. 60 della Convenzione di Vienna e contromisure si veda: C. Campiglio, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Cedam, Padova, 1995, p. 240 ss.; M. Fitzmaurice e O. Elias, *Contemporary issues in the law of treaties*, Eleven

“any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty”. E’ da ritenere tuttavia che tale regola non trovi applicazione nei confronti dei trattati sui diritti umani, in virtù dell’interpretazione estensiva fatta del regime derogatorio previsto dal paragrafo 5 dell’art. 60¹⁸¹.

In altri casi, invece, il trattato multilaterale sui diritti umani può essere successivo ad un accordo bilaterale concluso con un’altra Parte. Anche in questi casi, è impossibile dire che gli obblighi bilaterali incompatibili con il trattato sui diritti dell’uomo successivo continuino a restare in vigore. Un esempio viene fornito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: in un importante caso la Corte ha enunciato che la Convenzione sui diritti dell’uomo e sulle libertà fondamentali prevaleva sull’applicazione di un trattato bilaterale precedente, o che almeno ne condizionava l’interpretazione e l’applicazione da parte delle autorità nazionali dello Stato contraente.

Il caso riguardava un accordo Russia- Lettonia del 1994 concernente la deportazione dal territorio lettone di ex-membri dell’esercito sovietico e dei loro familiari. La Corte ha esaminato la situazione degli individui implicati sotto la lente dei diritti della Convenzione, a cui la Lettonia ha aderito più tardi, ed ha deciso che:

“... the (Russian-Latvian) treaty cannot serve as a valid basis for depriving the Court of its power to review whether there was interference with the applicant’s rights and freedoms and, if so, whether such interference was justified”¹⁸².

Infatti, nella decisione sull’ammissibilità, la Corte aveva già affermato:

“It follows from the text of Article 57 (1) of the (European Convention on Human Rights), read in conjunction with Article 1, that ratification of the Convention by a State presupposes that any law then in force in its territory should be in conformity with the Convention. In the Court’s opinion, the same principles must apply as regards any provisions of international treaties which a Contracting State has concluded prior to the ratification of the Convention and which might be at variance with certain of its provisions”¹⁸³.

International Publishing, Utrecht, 2005, p. 131 ss.; S. Forlati, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 61 ss.

¹⁸¹ Art. 60, co. 5: “I paragrafi da 1 a 3 non si applicano alle norme relative alla tutela della persona umana contenute nei trattati di carattere umanitario, in particolare alle disposizioni che proibiscono qualsiasi forma di rappresaglia nei confronti delle persone protette dai trattati in questione.” Il riferimento alle convenzioni di diritto umanitario è stato per lo più estensivamente interpretato come ricomprensivo anche i trattati sui diritti dell’uomo: M. Fitzmaurice e O. Elias, *Contemporary issues...cit.*, p. 151; S. Forlati, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale ...cit.*, p. 136; T. Meron, “International law in the age of human rights: general course on public international law”, in *RCADI*, 301, 2003, pp. 9-489, p. 212; D. Russo, *L’efficacia dei trattati sui diritti umani*, cit., p. 90.

¹⁸² *Slivenko v. Latvia*, GC, Application No. 48321/99, Judgment of 9 October 2003, para. 120.

¹⁸³ *Slivenko*, Decision as to the admissibility of 23 January 2002, pp. 482-483, parr. 60-61.

Secondo la dottrina, la conclusione della Corte è valevole in ogni situazione di ratifica di un accordo successivo avente ad oggetto i diritti dell'uomo o dal contenuto legislativo. Non si tratta tanto di una consacrazione del principio della *lex posterior*, neppure nettamente differenziato dalla *lex specialis* o *lex superior*, quanto di una visione sistemica delle norme internazionali vincolanti per uno Stato: non esiste accordo bilaterale che prescindendo dall'ambiente normativo in cui è inserito¹⁸⁴. Inoltre, il caso evidenzia l'efficacia precettiva delle disposizioni sui diritti umani.

Stanti le esigenze a cui risponde, il criterio della successione delle leggi nel tempo non può dirsi soddisfacente per comporre il conflitto tra principio di discrezionalità statale sull'allontanamento e diritto del migrante di restare sul territorio. Infatti, nella tensione tra queste norme è difficile identificare una sequenza temporale che permetta alla *ratio* della *lex posterior* di dispiegarsi: non può dirsi che sia mutato il consenso statale sulla discrezionalità del potere dello Stato a causa del consolidamento della seconda norma sul diritto del migrante. L'inutilità del criterio si spiega in quanto il criterio temporale è pregnante nei sistemi di tipo legislativo, quando le norme rispondono ad una finalità comune e si sviluppano a partire dai medesimi presupposti. Vi sono forti dubbi sulla sua operatività tra norme che perseguono esigenze diverse e che vengono classificate come parte di diversi “*special regimes*”¹⁸⁵. Forse è questa la ragione per la quale l'utilizzo del criterio della *lex posterior* ai nostri fini si palesa da subito insoddisfacente.

c. Il principio di gerarchia

Nelle sezioni che precedono si è visto come la relazione tra norme “speciali” e “general” o la quella tra norme successive nel tempo servano a volte da criteri per preferire una norma ad un'altra. Ma si è visto anche che è impossibile predeterminare in modo teorico il funzionamento di queste relazioni: l'applicabilità della *lex specialis* o della *lex posterior* dipende da una previa valutazione della pertinenza di ciascun criterio. Quest'ultima non si discosta da considerazioni pragmatiche, che preferiscono un criterio ad un altro a seconda del contesto, perché uno di essi risponde meglio alla protezione dell'interesse a cui si desidera accordare preferenza.

¹⁸⁴ ILC, Report on Fragmentation, cit. par 248: “we are in presence of a hierarchy that seems best dealt with by the notion of special “integral” obligations - such as obligations in human rights treaties - that enjoy some kind of a precedence to merely transactional bilateral instruments. It is hard to say, however, if this is a case of *lex specialis*, *lex posterior* or *lex superior* and also to an extent irrelevant. The important point is that the bilateral treaty did not have a life that would be independent from its normative environment, at the time of application. The construction of the bilateral treaty by reference to the later multilateral treaty was reasonable, and little else seems pertinent”.

¹⁸⁵ Infatti, così recita la Conclusion n. 26 del lavoro della CDI: “In case of conflicts or overlaps between treaties in different regimes, the question of which of them is later in time would not necessarily express any presumption of priority between them. Instead, States bound by the treaty obligations should try to implement them as far as possible with the view of mutual accommodation and in accordance with the principle of harmonization.” A/CN.4/L.702 , p. 18

Nella prassi internazionale alcuni interessi sono stati considerati come maggiormente meritevoli di tutela di altri. Nel caso *Corfu Channel*, la Corte internazionale di Giustizia ha evitato di far prevalere la sovranità dello Stato di fronte a “elementary consideration of humanity”, mentre nel caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* ha presunto l’esistenza di “intransgressible principles of international customary law”¹⁸⁶.

Le frequenti prese di posizione in giurisprudenza sull’esistenza di tali norme dallo status “rafforzato” permettono di dimenticare che manca in dottrina una teoria generale sui criteri che conferiscono questa importanza. In effetti, si è molto discusso sulla gerarchia tra norme e sulle ragioni ad essa sottese¹⁸⁷.

Alcuni autori credono che l’esistenza di una gerarchia tra le norme sia un’indispensabile premessa di ogni sistema di diritto, incluso il diritto internazionale. Questi autori riconoscono la presenza di principi che occupano una posizione privilegiata nei sistema giuridico internazionale a seconda della loro fonte, senza identificarli con lo *ius cogens*¹⁸⁸.

La predominante maggioranza degli autori¹⁸⁹, comunque, rigetta ogni gerarchia formale nel diritto internazionale, considerata prerogativa dei sistemi giuridici interni agli Stati¹⁹⁰. La conclusione n. 31 dello studio della CDI in tema di frammentazione recita:

“*Hierarchical relations between norms of international law.* The main sources of international law (treaties, custom, general principles of law as laid out in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice) are not in a hierarchical relationship *inter se*. Drawing analogies from the hierarchical nature of domestic legal system is not generally appropriate owing to the differences between the two systems”.

¹⁸⁶ *Corfu Channel*, cit., p. 22; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 257, par. 79.

¹⁸⁷ Il dibattito tocca temi quali l’esistenza del diritto naturale, di una giustizia politica internazionale, o la previsione di una progressiva “costituzionalizzazione” del diritto internazionale. In questa sede non si affronta la tematica delle norme cosiddette *erga omnes* ed *erga omnes partes*, stante la convinzione dello scrivente della sua assoluta non pertinenza con il tema della gerarchia tra norme (sugli obblighi *erga omnes* ed *erga omnes partes* si veda anche P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*; Jovene editore, ed. 3, Napoli, 2013. Lo stesso autore pone l’accento sulla distinzione con lo *ius cogens*, *Comunità internazionale*, cit. p. 575 ss.; *Idem*, “La distinzione tra norme internazionali di *jus cogens* e norme che producono obblighi *erga omnes*”, in *RDI*, 2008, p. 5 ss., p. 23 ss.). Ad ogni modo, il Report della CDI si dilunga sull’argomento, sebbene allo scopo di concludere per l’estraneità del medesimo al dibattito sulla *lex superior*, si veda pp. 211 ss.

¹⁸⁸ Si vedano: M. Bos, “The Hierarchy Among the Recognized Manifestations (“Sources”) of International Law”, in *NILR*, Vol. 25, Issue 3, December 1978, pp. 339-340; G. Barile, “La structure de l’ordre juridique international: règles générales et règles conventionnelles”, in *RCADI*, 161, 1978, pp. 9-126, p. 63; R. Quadri, “Cours général de droit international public”, in *RCADI*, 113, 1964, pp. 237-483, p. 335; N.V. Mironov, *International Law: norms and their legal force*, Moscow, 1980, pp. 29 e 89.

¹⁸⁹ T. Elias, *Modern Law of Treaties*, Oceana, New York, 1974, p. 69; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the law of treaties*, cit., p. 114, W. Karl, *Treaty and subsequent practice in Public International law*, Springer, Berlin, 1983, p. 86; P. Dailier, A. Pellet, *Droit International Public*, cit.: “En effet, l’absence de hiérarchie organique dans la société internationale correspond l’absence de toute hiérarchie entre les sources” (p. 104); E. Menzel e K. Ipsen, *Volkerrecht*, 1979, p. 43. Altri autori della stessa opinione sono: F. Berber, K. Doehring, P. Guggenheim, C. Rousseau, J. Touscoz, G. Tunkin, K. Wolfke, N. Quoc Dinh.

¹⁹⁰ Il discorso è stato già affrontato in occasione dell’indagine sui principi fondamentali di diritto internazionale, al par. 4.

Il rigetto di una gerarchia tra le fonti significa che tutte le norme di diritto internazionale hanno il medesimo rango indipendentemente dalla loro fonte, e che i conflitti tra esse devono essere risolti in modi diversi da quello ispirato dal concetto di *lex superior*¹⁹¹.

Questo non significa, tuttavia, che non esista affatto una gerarchia basata su criteri diversi da quelli formali. Tuttavia, essa si basa su diverse premesse: è la scelta in ordine all'interesse da proteggere che dona alle norme una diversa valenza. Le norme che, in virtù del loro contenuto sono gerarchicamente preordinate, vengono definite norme di *ius cogens* cioè, secondo la definizione inclusa nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: "a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character"(art. 53)¹⁹².

Il processo che porta a identificare una norma di *ius cogens* è tutt'altro che semplice, ciononostante alcuni autori hanno provato ad identificarle¹⁹³. Oggi si afferma senza rilevanti contestazioni il carattere cogente delle norme statuenti il divieto di aggressione, di schiavitù e di commercio di schiavi, genocidio, discriminazione razziale, apartheid, tortura, come delle norme basilari di diritto internazionale umanitario ed

¹⁹¹ Si veda: M. Virally, "The Sources of International Law", M. Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law*, St. Martin's Press, New York, 1968, p. 166; M.B. Akehurst, "The Hierarchy of the Sources...", cit., pp. 273-274, che riassume la posizione di vari autori; D. Kennedy, "The Sources of International Law", in *American University International Law Review*, vol 2, 1987, p. 16. Si è sostenuto in dottrina che i trattati fossero gerarchicamente subordinati alle norme di diritto internazionale generale: G. Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", in Verzijl (ed.), *Presentée au professeur J. Verzijl à l'occasion de son LXX-ième anniversaire*, La Haye, M. Nijhoff, 1958, p. 153 ss. (i trattati sono solo una fonte di obbligazioni sottoposte alla legge); L. Oppenheim, *International Law*, H. Lauterpacht ed., 8th ed., 1955, p. 28: "But it must be emphasized that, whereas custom is the original source of International Law, treaties are a source the power of which derives from custom. For the fact that treaties can stipulate rules of international conduct at all is based on the customary rule of the Law of Nations that treaties are binding upon the contracting parties". Altri autori, invece, credono che l'art. 38 dello Statuto della Corte, elencando i trattati prima delle consuetudini, volesse indicare un ordine di analisi procedurale che combinasse il principio di gerarchia e quello di specialità (visto che di norma i trattati sono più specifici e più recenti delle consuetudini): H. Lauterpacht, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 87: "When a controversy arises between two or more States with regard to a matter regulated by a treaty, it is natural that the parties should invoke and that the adjudicating agency should apply, in the first instance, the provisions of the treaty in question." ; si veda anche: C.W. Jenks, "The Conflict...", cit., pp. 451-453.

¹⁹² Mentre il Tribunale penale internazionale per la Ex-Jugoslavia ha così descritto natura ed effetti del diritto imperativo : " Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force.": *Furundzija*, cit., par. 153.

¹⁹³ Ritene sia più facile illustrare le regole di *ius cogens* che definirlo, A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 21. Per altri tentativi di identificazione si vedano: R. Ago, "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", in *RCADI*, 134, 1971, pp. 297-331, p. 324; R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 21 e 22; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 515 (che include il divieto di pirateria). In giurisprudenza: *Barcelona Traction...cit.*, p. 32. Altri autori sono invece stati molto scettici sulla presenza di esempi di norme di *ius cogens*: G. Schwarzenberger, "The Problem of International Public Policy", in *CLP*, Vol. 18, No. 1, 1965, pp. 191-214; C. Rousseau, "De la compatibilité...", cit., p. 150.

il diritto di autodeterminazione¹⁹⁴. Anche gli obblighi di diritto internazionale scaturenti dalla Carta delle Nazioni Unite sono da considerarsi come norme di *ius cogens*, in virtù dell'espressa prevalenza che accorda loro l'art. 103 della Carta ONU. Da parte della prassi e dalla dottrina è accettata l'efficacia imperativa anche delle decisioni del Consiglio di Sicurezza delle NU adottate ai sensi del Cap. VII della Carta ONU, anche se a ciò la Carta ONU non fa alcun espresso riferimento¹⁹⁵. Tuttavia altra parte della dottrina ritiene che la loro valenza imperativa sia discutibile¹⁹⁶.

Le critiche alla dottrina dello *ius cogens* sono molte, risalenti e, spesso, sono ben argomentate e riguardano per lo più la sua utilità, le incertezze riguardanti il contenuto e la formazione delle norme imperative ed il loro impatto sulle norme c.d. "ordinarie"¹⁹⁷. Prosper Weil esprime forti timori riguardanti il fatto che l'emergere di una graduazione nel rango delle norme internazionali possa attenuare l'efficacia normativa del sistema¹⁹⁸. Inoltre, lo *ius cogens* riecheggia argomenti legati al diritto naturale, di tipo religioso, la presunzione di norme di tipo assolutistico che si impongono nei comportamenti umani. Chiunque invochi oggi tali argomenti assiomatici nella diplomazia, per sostenere l'importanza di una certa norma, rischia in realtà di indebolirla palesando tutte le sue incertezze e fallacie.

Lo *ius cogens* è nemico del volontarismo: ci si chiede in che modo possa il consenso degli Stati su norme di diritto internazionale essere gerarchicamente limitato da altre norme la cui superiorità è stata a sua volta "acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble". E' evidente che è un cane che si mangia la coda, anche tralasciando il problema della definizione di "communauté internationale dans son ensemble"¹⁹⁹. Se lo *ius cogens* è volto a delimitare ciò che gli Stati possono fare, come può farsi dipendere il suo contenuto dall'accordo degli stessi²⁰⁰? Come nota Jean Combacau:

¹⁹⁴ Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement 10 (A/56/10), *Commentary to article 40 of the draft articles on State Responsibility*, paras. (4)-(6). Inoltre, commentary to article 26, para. (5); *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., para. 64.

¹⁹⁵ "As far as members of the Un are bound by art. 25 « to accept and carry out the decision of the Security Council in accordance with the present Charter, they are also bound, according to art. 103 to give these obligations priority over any other commitments", R. Bernhardt, "Article 103", in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, 2002, p. 1295; A. Paulus e J. Leib, "Article 103" in Bruno Simma et al (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd ed., Oxford University Press, 2012, p. 2124; P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international...", cit., p. 240. In giurisprudenza si veda: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 107; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 115, par. 36 e 49.

¹⁹⁶ E.g., D. Bowett, "The Impact of Security Council Decisions to Dispute Settlement Procedures", in EJIL, vol. 5, 1994, p. 92: "a Council decision is *not* a treaty obligation. The obligation to comply may be, but the decision *per se* is not"; B. Conforti, "Consistency among Treaty Obligations" in E. Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 187-205, p. 189-190.

¹⁹⁷ G. Schwarzenberger, "International Jus Cogens?", cit.; A. D'Amato, "It's a Bird? It's A Plane? It's Jus Cogens", cit.

¹⁹⁸ P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", cit., p. 413.

¹⁹⁹ Cassese, *International Law...* cit., p. 201 e l'analisi di Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public...* cit., pp. 158-160.

²⁰⁰ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia...*, cit., pp. 323-325.

“Rien de tel en droit international, où le principe de l'égalité souveraine des Etats exclut toute forme de différenciation hiérarchique des normes puisqu'elles reposent toutes en dernier ressort sur un acte de volonté, au moins supposée, d'Etats pairs entre eux (c'est l'égalité) et ne connaissant pas de supérieur commun (c'est la souveraineté).²⁰¹”

Certo, se all'epoca in cui scrive Combacau poteva ancora essere sostenuta questa tesi, oggi il concetto di *ius cogens* gode di una diffusa accettazione (benché la Francia non abbia ancora ratificato la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), ed un certo grado di gerarchizzazione tra le norme non può essere negato. Tuttavia, come Andreas Paulus ha affermato in modo convincente: “the indeterminacy of the content and the precise legal effect of *ius cogens* has largely condemned it to practical irrelevance²⁰²”.

Insomma, al giorno d'oggi il diritto internazionale sembra rigettare ogni gerarchia formale tra le norme internazionali, accettando l'esistenza di una gerarchia sostanziale, ma priva di ogni efficacia pratica. Il colpo di grazia allo *ius cogens* è stato assestato dalla maggioranza dei giudici della Corte nella sentenza *Germany v. Italy* del 2012²⁰³, al momento di valutare la pretesa italiana di giudicare lo Stato responsabile di gravi crimini di guerra commessi in territorio italiano durante la seconda guerra mondiale. Secondo la Corte, anche ammesso che il divieto di gravi violazioni di diritto umanitario sia una norma imperativa, non esisterebbe contrasto tra la medesima e la norma che accorda immunità civile agli organi dello Stato per atti *iure imperii*, poiché, essendo quest'ultima di carattere procedurale, opera su un piano diverso rispetto alla norma sostanziale di *ius cogens*²⁰⁴. Come è stato osservato nelle opinioni dissenzienti, la primazia gerarchica della norma imperativa viene quantomeno fortemente ridimensionata²⁰⁵.

E' il momento di trarre delle conclusioni sull'utilità del principio di gerarchia nel comporre i conflitti tra norme giuridiche, con particolare attenzione al nostro caso. Può il concetto di *ius cogens* servire da

²⁰¹ Combacau, “Le droit international: bric-à-brac ou système? ”, *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, p. 85 ss., p. 88

²⁰² Cf. A. Paulus, “*Jus cogens* Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal”, *Nordic Journal International Law*, vol. 74, 2005, p. 297 ss., p. 298

²⁰³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, cit. Si veda anche *supra*, par. 6.

²⁰⁴ “Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of *jus cogens*, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful”, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, cit., par. 93..La Corte richiama numerose altre sentenze, tra cui *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit. , p. 32, par. 64, et p. 52, para. 125, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit., p. 24, par. 58, et p. 33, par. 78 e quella della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo *Al Adsani v. United Kingdom*, Application No. 35763/97, Judgment of 21st November 2001.

²⁰⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, cit., *Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade*, pp. 84-195 in particolare parr. 282-299; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, cit., *Dissenting opinion of Judge ad hoc Gaja*, pp. 214- 227, alle pp. 223-224 (secondo il quale però l'obbligo di riparazione non sarebbe coperto da norma imperativa).

strumento per una gerarchia sostanziale tra norme? Può almeno fungere da collante nel sistema internazionale alla fine di creare ordine tra precetti?

Certamente le norme di diritto internazionale imperativo inglobano giudizi di valore fondamentali. Tuttavia, al giorno d'oggi esse sono poche e dal contenuto oscuro. Secondo Simma e Pulkowski²⁰⁶ lo *ius cogens* non provvede ad alcuna *guidance* nelle questioni quotidiane inerenti la frammentazione. Koskenniemi afferma che è impossibile determinarle in modo astratto, e ne invoca quindi l'individuazione caso per caso, togliendo l'accento dal termine latino e ritornando a discutere di norme cosiddette "integrali", "interdipendenti", di "principi intangibili" e "considerazioni elementari d'umanità"²⁰⁷. In realtà, sembra in questo modo che il principio di gerarchia venga ridotto ad un mero, costante, bilanciamento di interessi tra norme in conflitto ai fini di accordare prevalenza all'una o all'altra. Siffatta operazione non risolve alcun problema perché non prescinde dalla posizione valoriale che l'interprete deve assumere a priori.

Anche le Corti internazionali, al momento di accordare prevalenza a norme di diritto internazionale imperativo, quali gli obblighi scaturenti dalla Carta delle Nazioni Unite, hanno avuto un approccio oscillante: la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ad esempio, nei casi *Kadi* e *Yusuf* e la Corte di Strasburgo, nelle decisioni *Behrami and Saramati* e *Berić*²⁰⁸, hanno scelto di dare primazia agli obblighi derivanti da risoluzioni del Consiglio di Sicurezza (ai sensi dell'art. 103 C. ONU), abdicando al compito di verificare l'applicazione delle norme sui diritti umani dei rispettivi regimi convenzionali. Sono giunte alla medesima conclusione la Corte Suprema Federale Svizzera e la *House of Lords*, rispettivamente nei casi *Nada* e *Al-Jedda*²⁰⁹, seppur considerando le norme fondamentali sui diritti dell'uomo. Nei detti casi si è fatto ricorso al principio della *lex superior* nella risoluzione di conflitti normativi, allo scopo di salvaguardare la coerenza del sistema normativo internazionale; tuttavia si sono formulate in dottrina alcune critiche a riguardo di una tale supremazia accordata in modo automatico, tra cui l'osservazione per la quale "the judicial interpretation of conflict norms resulting in gentle subordination, without attempts to accommodate different treaty rule systems, is not in harmony with the international law's strong presumption against normative conflict"²¹⁰.

Inoltre, negli stessi casi, stanti le medesime premesse fattuali, si sono in seguito raggiunte soluzioni diverse. Ciò è avvenuto mediante processi interpretativi differenti. La decisione sul caso *Kadi* è stata rovesciata in appello, quando la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha imposto la propria competenza sulla base di considerazioni ispirate al pluralismo ed alla frammentazione: "the constitutional framework created by the

²⁰⁶ B. Simma, D. Pulkowski, "Of Planets and the Universe...", cit., p. 496.

²⁰⁷ Report...cit., p. 224.

²⁰⁸ *Kadi I*, cit., par. 183-204; *Yusuf and Al Barakaat v Council and Commission*, Case T-306/01, Judgment of 21 September 2005, II-3533, par. 233-254; ECHR, *Behrami, cit.*, para 61; ECHR, *Berić and Others v Bosnia and Herzegovina*, Application No. 36257/04, Decision on Admissibility of 16 October 2007, par 29.

²⁰⁹ *R (on the applicant of Al-Jedda) (FC) v Secretary of State for Defence*, 2007, UKHL 58 (2008); *Youssef Nada v State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative Appeal Judgment of 14 November 2007, BGE 133 II 450, 1A 45/2007.

²¹⁰ ILC Report on Fragmentation, cit., par. 37; K. Istrefi, "The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: The Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights", in *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 2, 2012/13, p. 81 ss.

EC Treaty as a wholly autonomous legal order, [is] not subject to the higher rules of international law – in this case the law deriving from the Charter of the United Nations”²¹¹. Anche le decisioni *Al-Jedda* e *Nada* sono state oggetto di ricorso, e la Corte europea di Strasburgo si è pronunciata, in questi casi, applicando il principio di armonizzazione che si passa immediatamente ad esaminare. Tutto ciò è un’ulteriore indizio di come la soluzione dei conflitti normativi mediante l’utilizzo dei principi interpretativi in esame in questo paragrafo dipenda dal punto di vista assunto dall’interprete.

d. Il principio di armonizzazione

Il principio di armonizzazione è inserito dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra i criteri interpretativi, proprio perché la soluzione dei conflitti tra norme spesso risiede nell’interpretazione delle norme che vengono in gioco²¹².

L’art. 31, par. 3, lett. c) della CdV esprime quello che può chiamarsi il principio di “integrazione sistemica”²¹³, grazie a cui gli obblighi internazionali sono interpretati in riferimento al loro ambiente normativo (sistema):

There shall be taken into account, together with the context:

... (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the Parties.

L’articolo elenca i criteri che obbligatoriamente devono essere utilizzati nel processo interpretativo, non lasciando margini di dubbio quando richiede la considerazione di norme di tipo giuridico e, tra esse, copre tutte le fonti di diritto internazionale, tra cui consuetudini, principi generali, e altre norme convenzionali. Max Huber ha avuto un’illuminante intuizione nel paragonare il processo interpretativo della disposizione di un trattato ad una progressione per cerchi concentrici²¹⁴. Secondo la dottrina questa rappresentazione non

²¹¹ *Kadi II*, cit., par. 119.

²¹² Koskenniemi, nel proprio studio sull’unitarietà del diritto internazionale, sostiene che anche l’esistenza stessa di ogni conflitto sia questione di interpretazione, perché due norme possono essere considerate compatibili od antagoniste a seconda della lettura che si fa di esse: ILC, Report on Fragmentation, cit, p. 207: “Whether there is a conflict and what can be done with prima facie conflicts depends on the way the relevant rules are interpreted. This cannot be stressed too much. Interpretation does not intervene only once it has already been ascertained that there is a conflict. Rules appear to be compatible or in conflict as a result of interpretation. Sometimes it may be useful to stress the conflicting nature of two rules or sets of rules so as to point to the need for legislative intervention. Often, however, it seems more appropriate to play down that sense of conflict and to read the relevant materials from the perspective of their contribution to some generally shared - “systemic” - objective.” Si veda anche supra, par. 2.

²¹³ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public...*cit., p. 175 ; C. McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31 3) c) of the Vienna Convention”, I and CLQ, vol. 54, 2005, p. 319.

²¹⁴ “Il faut donc chercher la volonté des parties dans le texte conventionnel, d’abord dans les clauses relatives à la contestation, ensuite dans l’ensemble de la convention, ensuite dans le droit international général, et enfin dans les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. C’est par cet encerclement concentrique que le juge arrivera dans beaucoup de cas à établir la volonté

deve essere intesa come la descrizione di un processo psicologico, posto che è difficile definire in termini così razionali la pratica dell'interpretazione²¹⁵, ma piuttosto come un esercizio di buon senso. Di fatto, anche Tribunali preposti al controllo di sistemi pattizi, quale la Corte di Strasburgo, si sono continuamente riferiti al diritto internazionale generale, richiamando norme e principi quali quelli sulla buona fede, l'“estoppel”, la libertà di comunicazione marittima, il principio *ex injuria non jus oritur*, i criteri qualificativi dello Stato, la responsabilità dello Stato, le norme sull'immunità e sull'impiego della forza²¹⁶. Il testo dell'art. 31 è, invece, un po' meno chiaro nell'affrontare la questione temporale: ci si domanda se le norme di cui tenere conto devono essere quelle in vigore al momento della conclusione del trattato o al momento in cui sorge la necessità di comporre il conflitto. In dottrina, considerando la naturale evoluzione della volontà delle parti e del diritto internazionale nel corso del tempo, si tende a propendere per la seconda interpretazione²¹⁷, già avallata dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Aegean Sea Continental Shelf*²¹⁸.

Il significato della disposizione dell'art. 31CdV, considerata specchio del diritto internazionale consuetudinario, è stato esaltato ai fini del riconoscimento del diritto internazionale come un sistema ordinato di norme, ciascuna delle quali è necessariamente influenzata dalle altre²¹⁹. In effetti, è difficile leggere l'articolo diversamente: l'art. 31, par. 3, lett. c) chiede agli Stati di tenere conto di ogni norma pertinente vigente nei rapporti fra le parti, nell'interpretazione di un trattato. Se il diritto internazionale ha effettivamente come scopo di coordinare le relazioni tra gli Stati, a ciò consegue che ogni norma specifica debba essere letta alla luce delle altre norme che producono degli effetti sugli stessi fatti, al pari che il trattato applicato²²⁰.

présomptive des parties “conformément aux exigences fondamentales de la plénitude du droit et de la justice internationale». Ainsi que le rapporteur formule admirablement la tâche du juge” : M. Huber, *Annuaire de L'Institut de Droit International*, vol. 45, 1952, vol. I, pp. 200- 201. V. anche M. Sørensen, *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, Copenhague, Munksgaard, 1946, pp. 210-236.

²¹⁵Secondo Waldock, lo Special Rapporteur a cui all'interno della CDI era stato affidato il compito della stesura dell'art. 31 della CdV: “the interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science”. *Third Report on the law of treaties*, A/CN.4/167 and Add.1-3, in ILC, *Yearbook*, 1964, vol. II, p. 55, par. 6

²¹⁶*Loizidou and Others v. Turkey*, GC, Application No. 15318/89, Judgment on Preliminary Objections...cit., par. 57-64; *Loizidou v. Turkey*, GC, Application No. 15318/89, Judgment of 18 December 1996, par. 44. *Al Adsani v. United Kingdom*, cit., p. 79; *Fogarty v. United Kingdom*, Application no. 37112/97, Judgment of 21 November 2011, p. 157; *McElhinney v. Ireland*, Application No. 31253/96, Judgment of 21 novembre 2001, p. 37. si veda meglio *infra*, questo par. In materia di norme internazionali sulla giurisdizione : *Banković*, cit. par. 59 et 60.

²¹⁷ ILC, Rapport on Fragmentation...cit., pp. 236-253 e 262-265.

²¹⁸ *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, ICJ Reports 1978, p. 3, parr. 77-80. L'espressione "disputes relating to the territorial status of Greece" doveva essere, secondo la Corte, interpretata secondo le norme di diritto internazionale vigenti al momento della disputa.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 266-267.

²²⁰ Daillier e Pellet sono chiari sul punto: “Un traité ne peut être considéré isolément. Non seulement il est ancré dans les réalités sociales, mais encore ses dispositions doivent être confrontées avec d'autres normes juridiques avec lesquelles elles peuvent entrer en concurrence” (P. Daillier, A. Pellet, *Droit International Public*, cit., p. 266).

I tribunali internazionali specializzati hanno applicato questo principio per lo più in maniera inconscia, limitandosi ad utilizzare categorie e concetti del diritto internazionale generale all'interno della materia particolare di cui si occupano. In alcuni casi però, il riconoscimento dell'applicabilità della norma è stato espresso²²¹.

La Corte di Strasburgo ha applicato la norma consuetudinaria sulle immunità statali anche al fine di limitare la portata dell'art. 6 della Convenzione, che attribuisce un diritto al giusto processo: "l'armonizzazione" richiesta dall'art. 31 della CdV ha avuto come risultato, pertanto, la soccombenza della disposizione convenzionale di fonte all'esigenza di vedere riaffermata la norma sulle immunità statali. Il fatto che il suddetto processo interpretativo sia stato portato a termine da una istituzione preordinata al rispetto del diritto della persona quale la Corte di Strasburgo è stato letto come il coronamento del carattere sistemico del diritto internazionale²²².

²²¹ Cfr. J. Pauwelyn, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", in *AJIL*, Vol. 95, 2001, pp. 535-578; *Idem*, *Conflict of Norms...*, cit.; G. Marceau, "WTO Dispute Settlement and Human Rights", in *EJIL*, Vol. 13, No. 4, 2002, pp. 753-814; A. Lindroos e M. Mehling, "Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes. International Law and the WTO", in *EJIL*, vol. 16, 2005, p. 860 ss.

²²² *Al Adsani v. United Kingdom*²²²...cit., parr. 55-56; *Fogarty c.*, parr. 35-36; *McElhinney v. Irland*, Judgment of 21 November 2001, parr. 36-37: « The Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties, and that Article 31 § 3 (c) of that treaty indicates that account is to be taken of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". The Convention, including Article 6, cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention's special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account. The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity. It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to court as embodied in Article 6 § 1. Just as the right of access to court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity" Per una critica : A. Orakhelashvili, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in *EJIL*, vol. 14, 2003, no 3, p. 529 ss. Inoltre, può far riflettere in merito il caso *Associazione Madri di Srebrenica*, in cui la Corte è stata chiamata ad accertare la compatibilità con l'art. 6 CEDU dell'immunità concessa dalle corti olandesi all'Organizzazione delle Nazioni Unite nel corso dei procedimenti tendenti a far dichiarare la responsabilità dell'ONU e dei Paesi Bassi per non aver l'UNPROFOR (e, in particolare, le truppe olandesi del Dutchbat) prevenuto la commissione del crimine di genocidio perpetrato a Srebrenica il 10 luglio 1995 dall'Esercito serbo-bosniaco. Nella propria decisione, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non può essere interpretata in modo da rendere ammissibile, senza il consenso delle Nazioni Unite, la sottoposizione alle giurisdizioni nazionali degli atti o delle omissioni del Consiglio di sicurezza quando questo agisce ex Capitolo VII della Carta; quando esso esercita, cioè, quelle funzioni che sono fondamentali per il raggiungimento dell'obiettivo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. In caso contrario, si consentirebbe agli Stati di interferire nell'assolvimento di un "obiettivo chiave" delle Nazioni Unite: *Stichting Mothers of Srebrenica and oth.*, cit.. Per un commento alle decisioni rese dai giudici olandesi, B.I. Bonafè, "L'esistenza di rimedi alternativi ai fini del riconoscimento dell'immunità alle organizzazioni internazionali: la sentenza della Corte suprema olandese nel caso delle Madri di Srebrenica", in *RDI*, vol. 95, 2012, p. 826 ss. Per una più dettagliata analisi della decisione resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, M.I. Papa, "Immunità delle Nazioni Unite..."cit.

Ma in realtà, si può dire che la disposizione dell'art. 6 della CEDU sia stata "integrata" o "armonizzata"? Guardando al caso concreto, il ricorrente non ha visto riconoscere la sua pretesa: l'applicazione dell'art. 6 non ha semplicemente avuto luogo. Il conflitto tra norma sulle immunità e diritto al giusto processo è stato risolto con la prevalenza della prima norma. In che modo ciò può dimostrare che vi sia stata una "integrazione sistemica"? In altri casi, la Corte, pur riferendosi alle norme sulle immunità ha sancito la violazione del diritto convenzionale a causa di violazione del principio di proporzionalità. Ciò ha fatto sottolineando i limiti delle norme internazionali in materia di immunità degli Stati²²³.

Come anticipato nel precedente paragrafo, la Corte di Strasburgo ha utilizzato il principio di armonizzazione anche nella soluzione di conflitti tra obblighi di diritto internazionale dei diritti umani ed obblighi discendenti agli Stati dall'appartenenza alle Nazioni Unite, nei casi *Al-Jedda v. UK*, risolto in favore dei primi, e *Nada v. Switzerland*, in cui invece il ricorso individuale è stato rigettato. L'operatività del principio è stata favorita dal lessico ambiguo (o dal contenuto indeterminato degli obblighi previsti) delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che la Corte era chiamata ad applicare in entrambe le ipotesi, il quale ha permesso una loro interpretazione nel senso di non escludere l'applicazione delle concorrenti norme sui diritti umani²²⁴. Ma, nonostante il lodevole tentativo della Corte europea di preservare l'unità del diritto e sviluppare le tecniche di interpretazione dei trattati, la dottrina si chiede quale possa essere la sorte dell'armonizzazione in casi in cui le disposizioni normative non lascino spazio all'interprete²²⁵.

In conclusione, la previsione dell'art. 31, par. 3, lett. c) della CdV può essere un solido appiglio per chi vuole dimostrare che il sistema di diritto internazionale non è composto da regole che sono in vigore separatamente l'una dall'altra. Bisogna considerare tutte quelle dispieganti i propri effetti nei confronti di uno Stato al momento di valutare la sua posizione. Tanto però non sembra significare che tutte le regole siano inserite in una sistema normativo volto ad un medesimo scopo. In base a cosa si afferma la prevalenza di una sull'altra? Perché è il diritto al giusto processo a dover soccombere alla regola sulle immunità? La risposta non risiede

²²³ "In addition, the impugned restriction must also be proportionate to the aim pursued. In this connection, the Court observes that the application of absolute State immunity has, for many years, clearly been eroded": *Sabeh El Leil v. France*, Application n. 34869/05, Judgment of 29 June 2011, par. 53. Affermando che "by upholding in the present case an objection based on State immunity and dismissing the applicant's claim without giving relevant and sufficient reasons, and notwithstanding the applicable provisions of international law, the French courts failed to preserve a reasonable relationship of proportionality. They thus impaired the very essence of the applicant's right of access to a court", *Ibidem*, par. 67.

²²⁴ *Al-Jedda*, cit. par. 76: La Risoluzione ONU 1546 non recava "clear and explicit language... [requiring] States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights", così "l'obbligo di internare" doveva essere riletto alla luce degli obblighi sui diritti umani. Nel caso *Nada*, seppur la Corte riconobbe che il testo della Risoluzione 1390 era esplicito nell'obbligare la Svizzera a comportamenti che avrebbero potuto violare i diritti umani, statui anche che "the Charter in principle leaves to UN member States a free choice among the various possible models of transposition of those resolutions into their domestic legal order": *Nada*, cit., par. 176.

²²⁵ J. Pauwelyn, *Conflicts of Norms*, cit., p. 242.

nell'armonizzazione, che è in grado di risolvere solo i conflitti apparenti, ma non dice nulla a proposito di quelli veri²²⁶.

Tra facoltà di allontanare lo straniero e diritto del migrante, la scelta, anche all'esito del processo di integrazione sistemica, conduce necessariamente alla non applicazione della facoltà dello Stato di esercitare liberamente il proprio potere o, al contrario, del diritto dell'individuo. La discrezionalità statale spesso viene disattesa, od al contrario rinforzata con la mancata applicazione della norma convenzionale, ma non può dirsi che la norma di cui all'art. 31 sia stata violata: si è, in ogni caso, tenuto conto di ogni norma rilevante.

Forse può comprendersi meglio il discorso se si osserva come la stessa ragione d'essere delle norme internazionali sui diritti umani risiede nella volontà di scuotere il sistema giuridico circostante a favore della persona umana, ambiente che presenta un certo grado di ostilità al completo dispiegamento degli stesis. Volendo essere concreti, lo spazio d'azione lasciato ad una, pur auspicabile, *armonizzazione* delle norme in conflitto è piuttosto scarso.

8. L'approccio particolaristico: la proposta di soluzioni dei conflitti tra norme aventi fondamento e scopi differenti

Nel suo terzo rapporto sulla responsabilità degli Stati, lo *Special Rapporteur* dell'ILC, Willem Riphagen, suggeriva che il diritto internazionale dovesse essere inteso come un agglomerato di regimi differenti, coesistenti senza alcuna gerarchia predefinita²²⁷. In questo modo Riphagen evocava una visione "particolaristica" dell'ordine giuridico internazionale. La definizione di regime era mutuata da Riphagen da lavori di teorici del diritto tra cui Krasner, che riteneva un regime un "set of implicit and explicit principles, norms, rules, and decision making procedures"²²⁸ attorno ai quali convergevano le aspettative di tutti gli attori su una particolare scena delle relazioni internazionali. Ma già Scelle rinveniva nella comunità mondiale una miriade di ordini giuridici, che chiamava "subsystems"²²⁹. L'opinione dello *Special Rapporteur* è ben lungi dall'essere isolata: nel caso *Tadic*, il Tribunale penale per la ex-Jugoslavia espresse una concezione simile, al momento di affermare che "in International Law every tribunal is a self contained system (unless otherwise provided)"²³⁰.

Teubner e Fischer-Lescano ritengono che il diritto rifletta necessariamente la moltitudine delle facce con cui si presenta la società moderna globale, ciascuna delle quale si disciplina mediante regole che ne tendono a

²²⁶ "The principles of systemic integration and presumption of compatibility are techniques for conflict avoidance rather than conflict resolution.", A. Paulus e J. Leiß, "Article 103", cit., p. 2118.

²²⁷ *Third report on the content, forms and degrees of international responsibility*, cit., p. 28, par. 35.

²²⁸ Krasner, S., "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables", in *International Organizations*, vol. 36, 1982, p. 185 ss., p. 186.

²²⁹ G. Scelle, *Manuel de droit...*, cit., p. 19.

²³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on Jurisdiction, 2 October 1995, Case No. IT-94-1-A, par. 11.

massimizzare la particolare razionalità intrinseca. Le frontiere geografiche oggi sarebbero, così, state sostituite da frontiere funzionali, dentro le quali ogni settore del diritto internazionale tende a seguire la propria logica. In realtà Teubner e Fischer-Lescano non discutono l'esistenza di un sistema giuridico internazionale, ma la riconducibilità di tutte le norme ad un ordinamento costituzionale che tragga le mosse dagli stessi valori e ragionamenti²³¹. Quelli tra i regimi che presentano una forte struttura istituzionale evolvono in sistemi costituzionali autonomi; questi sistemi si intrecciano e si sovrappongono l'un l'altro, molto spesso utilizzando con diffidenza le norme extra-regime. La sovrapposizione di precetti conduce, come visto, inevitabilmente a conflitti tra norme qualora, come succede spesso, una materia possa essere disciplinata da diverse prospettive. In questo contesto, i criteri di risoluzione dei conflitti tra norme visti nel paragrafo che precede possono essere insoddisfacenti. Meglio chiarire con degli esempi.

Il criterio della *lex posterior* non funzionerebbe adeguatamente per i conflitti tra norme UE derivanti dal trattato di Lisbona del 2007 e le più risalenti norme WTO, che dovrebbero, quindi, essere state abrogate, o tra norme del GATT e norme di diritto ambientale: l'uso della *lex posterior* condurrebbe a risultati sorprendenti che non convincono²³². Lo stesso può dirsi rispetto al principio di *lex specialis*: come può decidersi, per esempio, che una restrizione al commercio rispetto ad una specie in pericolo è più specificatamente coperta da norme WTO (in quanto materia commerciale), e non, invece, da norme in materia ambientale, posto che non esiste alcuna autorità superiore in grado di prendere una decisione? Allo stesso modo, la legislazione eccezionale antiterrorismo è in grado, in esclusiva ragione della sua specialità, di ammettere la disapplicazione fattuale delle norme sui diritti dell'uomo dello straniero indicato come terrorista, tanto da non permettere a queste ultime di limitare la decisione amministrativa a riguardo della sua espulsione?

I conflitti di questo tipo sono più simili a conflitti inter-sistemici, per i quali i criteri di soluzione dei conflitti intra-sistemici non sono adeguati²³³. Teubner e Fischer-Lescano sono ancora più drastici: “*Lasciate ogni speranza. Any aspiration to the organization and doctrinal unity of law is surely a chimera*”²³⁴.

Come visto nel paragrafo che precede, spesso l'armonizzazione dei precetti imposta dall'art. 31 VCLT, viene frustrata dagli organi giudiziari appartenenti ad un speciale sistema i quali, sebbene in buona fede, operano il bilanciamento tra principi con esiti diversi, proprio perché muovono le fila da valutazioni valoriali diverse. Brainerd Currie, analizzando gli interessi governativi sottesi ai conflitti tra norme, si oppone a questo

²³¹ Si veda: B. Simma, D. Pulkowski, “Of Planets and the Universe...”, cit., p. 503, n. 96, secondo cui, parlando di speciali regimi giuridici, si dimentica spesso che lo stesso sistema giuridico è “autonomo” in una società che è formata anche da politica, religione, economia. Più il sistema giuridico si rafforza e si distingue dagli altri, maggiore è la coesione che esso mostra al suo interno ed interdipendenti sono le sue regole.

²³² Non è possibile scendere nel dettaglio degli esempi ai quali si accenna, si veda: R. Michaels, J. Pauwelyn, “Conflict of Norms...”, cit., pp. 31-39.

²³³ B. Simma, D. Pulkowski, “Of Planets and the Universe...”, cit., p. 489 ss.

²³⁴ G. Teubner, A. Fischer-Lescano, “Regime-Collisions...”, cit., p. 1017.

approccio, perché ignora le scelte politiche di ciascun sistema ordinamentale: nella sua opinione nessun giudice può bilanciare l'esigenza fondamentale del proprio sistema di norme con quella di un altro²³⁵.

Da un'altra prospettiva, si sono sviluppati metodi di soluzione che aggirano il bilanciamento ed invocano invece un ravvicinamento degli obiettivi e politiche dei vari sistemi. Fischer- Lescano e Teubner propongono come occasionale soluzione quella di trovare un mix di compromesso tra interessi politici rilevanti, mentre, in via definitiva il processo dovrebbe fondarsi su basi più solide:

“Neither doctrinal formulas of legal unity, nor the theoretical ideal of a norm hierarchy, nor the institutionalization of jurisdictional hierarchy provide an adequate means to avoid such conflicts. Instead, the only possible perspective for dealing with such policy conflicts is the explicit politicization of legal norm collisions through power mechanisms, negotiations between relevant collective actors, public debate and collective decisions.”

Eppure anche gli autori stessi sono scettici rispetto all'avverarsi di quanto auspicato, tant'è che mettono in campo altre soluzioni, come vedremo a breve. Inoltre, come è facile comprendere, la spinta per l'avvicinamento delle valutazioni politiche sottese esula dal campo d'azione del diritto e del giurista, benché possa anche essere ritenuto auspicabile. D'altro canto esso potrebbe essere anche considerato indesiderabile dai sostenitori del pluralismo giuridico, che temono una costituzionalizzazione egemonica delle idee e valori del più forte²³⁶.

Dall'insoddisfazione per le possibilità di una composizione dei conflitti inter-sistemici, emerge l'ovvia domanda su come passare dall'utilizzo di criteri giuridici intra-sistemici a criteri giuridici inter-sistemici di soluzione dei conflitti tra norme. Come anticipato nelle considerazioni introduttive, Michaels e Pauwelyn mettono sul piatto alcune possibilità. La più convincente secondo gli autori stessi sarebbe quella di sviluppare *private-international law rules*, una serie di criteri di collegamento, con l'avvertenza che questi criteri non possono essere quelli del territorio o della personalità (al pari che nelle norme di conflitto inter-sistemiche presenti all'interno degli Stati, cioè il diritto internazionale privato), ma devono essere fattori di connessione funzionali, istituzionali e/o procedurali, indicanti una branca del diritto internazionale in luogo di un'altra. Ovvero, l'opzione percorribile sarebbe quella di creare un sistema di diritto che si limiti a mettere in relazione tra loro i “*fragments of law*”.

Le norme di conflitto dovrebbero cercare di identificare il regime al quale la questione giuridica appartiene dal punto di vista funzionale, e riportarla nell'alveo delle norme di esso che vi possano dare soluzione. Esse dovrebbero, quindi, indicare in quale sistema ritrovare la norma sostanziale a disciplina del caso specifico. Per far un esempio nel campo di nostro interesse, potrebbe dirsi che ogni qual volta esista pericolo di

²³⁵ B. Currie, “Notes on Methods and Objective in the Conflict of Laws”, in *Duke Law Journal*, vol. 8, 1959, p. 171 ss., p. 177.

²³⁶ *Infra*, par. seguente.

sottoposizione a tortura dell'individuo migrante si applichino le norme internazionali sui diritti umani. Oppure che ogni qualvolta l'individuo sia un terrorista non si applichino le norme sui diritti umani. Ma è possibile che queste norme effettuino esse stesse una sorta di rinvio materiale, indicando direttamente norme contenenti precetti idonei ad applicarsi nel caso in questione? Ad esempio, è possibile che la norma di conflitto così si esprima: "l'individuo terrorista può essere espulso dal territorio, salvo che in tal modo vi sia il rischio di una sua sottoposizione a tortura"? Parte della dottrina auspica che si percorra quest'ultima strada, ritenendo che qualsiasi soluzione scelta tramite le "norms of collision" debba giungere a combinare aspetti di entrambi i regimi interessati, perché la soluzione dei conflitti avrà efficacia in ognuno di essi²³⁷. A tanto, altri autori obiettano che anche le norme di diritto internazionale privato producono effetti in ogni ordinamento che le accetti²³⁸. Applicare la legislazione antiterroristica al posto della legislazione sui diritti umani, o le norme ambientali invece che le norme in materia di commercio, non è semplicemente una scelta tra gli interessi in gioco, bensì l'espressione di una preferenza affinché la decisione che si otterrà grazie al regime in materia antiterroristica concerni anche il diritto dello straniero. Significa accettare che un sistema prevalga sull'altro. Questo è succedere nel momento in cui i tribunali internazionali esercitano la loro giurisdizione cercando di interpretare i ricorsi delle parti in modo da "isolare la vera questione del caso ed identificare l'oggetto del ricorso"²³⁹.

Alcuni tipi di approccio ai conflitti tra norme di "regimes" differenti, mediante una rinuncia ad esercitare competenza valida fino a certi limiti, si possono vedere nell'interazione tra legge costituzionale tedesca e diritto dell'Unione europea, nel noto caso *Solange II*²⁴⁰ o nel rapporto tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'Uomo, esposto nel caso *Bosphorus*²⁴¹. Essi sono interessanti ai nostri fini perché riguardano l'applicazione del diritto internazionale dei diritti dell'uomo da parte di altri "regimes" che non sono ad esso in particolare dedicati, quali il diritto dell'Unione europea. Fino al caso *Bosphorus*, la Corte (e precedentemente la Commissione europea) di Strasburgo, ai fini di abdicare

²³⁷ G. Teubner, A. Fischer-Lescano, "Regime-Collisions...", cit., pp. 1022-1023.

²³⁸ R. Michaels, J. Pauwelyn, "Conflict of Norms...", cit., p. 37.

²³⁹ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, p. 29; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457, par. 30; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court*, Judgment, I. C.J. Reports 1998, p. 432.

²⁴⁰ BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 *Solange II*-decision, 22 October 1986: "As long as the European Communities, in particular European Court case law, generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation cited as the legal basis for any acts of German courts or authorities within the sovereign jurisdiction of the Federal Republic of Germany, and it will no longer review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Basic Law; references to the Court under Article 100 (1) Basic Law for those purpose are therefore inadmissible."

²⁴¹ *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, Application. No. 45036/98, Judgment of 30 June 2005. Cfr. F. Schorkop, "The European Court of Human Rights' Judgment in the Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*", in *German Law Journal*, vol. 6, No. 9, 2005, p. 1255 ss. Più in generale, sulla relazione tra ECHR e ECJ è chiarificatore lo scritto di K. Kuhnert, "Bosphorus – Double standards in European human rights protection?", in *Utrecht Law Review*, Volume 2, 2006, p. 177 ss.

alla propria giurisdizione in materia di diritti dell'uomo, riteneva sufficiente che il caso venisse considerato da un organo di un'organizzazione internazionale con equivalenti standard di tutela dei diritti dell'individuo. Giudicando nel caso *Bosphorus* la Corte utilizzò un approccio più concreto, esaminando nel dettaglio le garanzie sostanziali e le procedure esistenti nell'allora Comunità europea, ai fini di verificare alcune "manifeste carenze". Così, verificando effettivamente la protezione dei diritti dell'individuo, ha chiarito la sua intenzione di non esaminare più gli atti dell'Unione, in favore di una presunzione di conformità al diritto internazionale dei diritti umani dell'intero sistema europeo. Ma, dall'altro lato, ha reso chiaro che la presunzione opera in tanto ed in quanto il livello di tutela dei diritti nell'Unione europea venga considerato equivalente a quello della Convenzione di Roma (anche se, come detto, la Corte di Giustizia dell'Unione ha dato parere negativo alla compatibilità dell'accordo di adesione con i trattati).

Nel caso *Solange II* e nel caso *Bosphorus* è stata individuata una presunzione di equivalenza tra le norme dei sistemi che ha stimolato una rinuncia all'esercizio di competenza. La soluzione usata parte dal presupposto che il conflitto sia inter-sistemico, senza cercare risposte basate sull'armonica interpretazione dei precetti e sulla subordinazione gerarchica²⁴². Si è semplicemente, premesse le opportune valutazioni, lasciato spazio alle norme di un altro sistema, seppur entrambe le pronunce non configurano una "abdicazione" definitiva del regime di riferimento rispetto alla fattispecie concreta. L'operazione giurisprudenziale effettuata nei casi *Bosphorus* e *Solange II* potrebbe essere regolamentata mediante la previsione di "norme di conflitto".

Questo significa rinunciare del tutto all'unitarietà del diritto internazionale? L'utilizzo di questi criteri di collegamento tra sistemi di leggi non si sostituisce alla funzione che i criteri interpretativi di soluzione delle antinomie svolgono nel diritto internazionale, ma vi si aggiunge; l'interazione tra diritto generale e diritto internazionale speciale ben può continuare ad essere disciplinata da questi ultimi. Ma d'altro lato, quello che affermano i sostenitori della "tesi particolaristica" è che, in fondo, l'applicazione di criteri di soluzione dei conflitti mutuati dal diritto internazionale privato ben può evidenziare la crescente maturità e complessità de diritto internazionale e la sua unicità, come un sistema giuridico *sui generis*. Questa è l'opinione che una parte della dottrina condivide in merito alla soluzione dei conflitti tra norme internazionali che solo in parte si fondano sugli stessi principi e tendono agli stessi obiettivi.

Quanto al discorso inerente il diritto internazionale dei diritti umani, il ragionamento si complica. Difatti, come visto finora, esso una caratteristica peculiare che lo differenzia *in toto* dagli altri regimi "speciali": esso non regola rapporti tra Stati, ma rapporti tra Stato ed individui. Non incide sulla relazione tra enti sovrani, ma tra la sovranità e la dignità dell'individuo, nel senso che si è descritto²⁴³. Si ribadiscono, quindi, i dubbi già espressi in merito alla circostanza che il diritto internazionale dei diritti umani possa sopportare di essere messo da parte in favore di interessi legati alla sovranità, sulla base di criteri intra- o inter-sistemici. Difatti, larga parte della dottrina e della giurisprudenza, al di là di considerazioni sull'"unitarietà" o meno del diritto internazionale, non è accoglie il metodo "particolaristico" che si è esposto in

²⁴² Come invece cerca di fare il Preambolo al Protocollo di Cartagena sulla Biodiversità, che invoca il principio di mutuo sostegno tra trattati commerciali ed ambientali: "The Protocol should not be interpreted as implying a change in the Rights and Obligation of a Party under any existing international agreements", 29 January 2000, in 39 ILM 1027.

²⁴³ *Supra*, par. 5.

questo paragrafo in relazione al c.d. “special regime” dei diritti umani, preferendo sviluppare altre strade, tra cui quelle esaminate nei prossimi paragrafi.

9. La tesi che sostiene il superamento del principio di sovranità statale a favore del principio di dignità umana

Nel tentativo di ricomporre il conflitto tra sovranità dello Stato e norme sui diritti dell’individuo, una parte della dottrina ha scelto di percorrere una strada diversa da quella tentata nel paragrafo che precede. Il presupposto di partenza è la convinzione di non poter in nessun caso abdicare alla tutela del diritto dell’individuo, perciò l’utilizzo di criteri di collegamento che ammettano l’eventualità di escludere l’applicazione delle corrispondenti norme si palesa insoddisfacente.

Per i sostenitori di tale applicazione necessaria, l’unico modo per conciliare il principio di sovranità con i principi in materia di diritti dell’uomo sembra essere quello di mutare la concezione ed il contenuto del primo ai fini di renderlo compatibile coi secondi (su cui il paragrafo che segue), ovvero, in maniera ancor più drastica, negare che il fondamento del diritto internazionale sia da rinvenire nel principio di sovranità. In quest’ultimo senso, una parte della dottrina non ritiene utile cercare di salvare la struttura stato-centrica del diritto internazionale.

Il tentativo viene perseguito da questi autori aderendo ad alcune delle numerosissime teorie di *global governance*²⁴⁴ che sono state sviluppate dalla fine della Guerra Fredda le quali propugnano la nascita di una “comunità globale”, vista come un mega-Stato, in cui la *governance* sia unica, o di tipo federale, sul modello del diritto nazionale. Così, si è suggerito di attribuire il ruolo di potenza egemonica ad una sola Nazione o ad alcuni poteri forti, quali le multinazionali, di fare leva sull’istituzione delle NU per spingere verso il progetto cosmopolita di Kant²⁴⁵, di fondare un unico impero globale, creando reti transnazionali di popoli e movimenti sociali o di agenzie internazionali, organizzazioni ed ONG²⁴⁶, di valorizzare la *rule of law* ed attribuire un potere di tipo amministrativo a degli agenti internazionali in modo da regolare ogni aspetto della vita pubblica e privata²⁴⁷, di individuare nell’ “umanità” un nuovo soggetto di diritto internazionale²⁴⁸. Come è noto, sono state espresse perplessità su ciascuna di queste teorie²⁴⁹.

²⁴⁴ “Governance does not mean mere government, but rather, the framework of rules, institutions and established practices that set limits and give incentives for the behavior of individuals, organizations and firms”: United Nation Development Programme (UNDP), *Human Development Report*, 1999, Oxford, p. 8. Si veda J.N. Rosenau e E.O. Czempiel (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

²⁴⁵ *Per la pace perpetua*, 1795.

²⁴⁶ D. Archibugi, *The Global Commonwealth of Citizens: Toward Cosmopolitan Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2008; A. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton university Press, 2004.

²⁴⁷ J. Waldron, “Are Sovereigns Entitled to the Benefits of The International Rule of Law?”, in *EJIL*, vol. 22, 2011, p. 315 ss.; B. Kingsbury, N. Krisch e R. B. Stewart, “The Emergence of Global administrative Law”, in *Law & Contemporary Problems*, vol. 68,

Alcune delle proposte per una *global governance* si prefiggono di trasformare l'attuale modello stato-centrico del diritto internazionale ad un modello individuo-centrico. Il progetto è, pertanto, di una comunità mondiale basata su valori che si ispirano al rispetto del diritto dell'individuo, ai quali viene data forza costituzionale. In questo quadro la sovranità, svuotata di ogni significato, non potrebbe più contrapporsi al diritto del migrante il quale eventualmente si troverebbe limitato solo di fronte al prevalente diritto di un altro individuo. Ci si impone, pertanto, un'attenta disamina della proposta che ricaviamo dalle teorizzazioni del "costituzionalismo", per prevederne gli effetti nel campo delle migrazioni.

La costruzione "costituzionale" del diritto internazionale si può ricondurre al pensiero positivista di Hans Kelsen sulla *Grundnorm*, alla quale Alfred Verdross aggiunge valore morale, tentando di leggerci un rinvio all'ordinamento internazionale inteso come espressione del diritto naturale, sulla scia di Francisco de Vitoria. Gli autori condividono una concezione sistemica del diritto internazionale, ove il giurista può rinvenire unità e coerenza normativa²⁵⁰.

Da un lato, la dottrina costituzionalista termina un viaggio, che parte dall'intramontabile idea di *natural law* come *ius humanae societatis* ed attraversa secoli di pensiero filosofico romano, cristiano, medievale e moderno²⁵¹. Il sogno di un'unica società mondiale fondata su norme universali che sono imposte e rinforzate da un'autoproclamata autorità universale è antico, e si è caratterizzato in maniera molto diversa nel tempo. Ci sono varie tradizioni di "natural law", che riflettono i vari significati attribuiti a "natura" o "natura delle cose". Ma ciononostante è possibile delineare alcuni caratteri comuni: tutti gli esseri umani condividono una natura comune che può essere compresa tramite la conoscenza e, una volta identificata, comunicata agli altri,

2005, pp. 15 ss.; B. Kingsbury, N. Krisch, "Introduction: Global Governance and Global administrative Law in the International Legal Order", in *EJIL*, vol. 17, 2006, p. 1 ss.

²⁴⁸ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Toward a New Jus Gentium*, Leiden and Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; P.-M. Dupuy, "Humanité, communauté, et efficacité du droit", in *Humanité et droit international: Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991; Bedjaoui M., *Puor un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979; C. Le Bris, *L'Humanité saisi par le droit international Public*, Paris, LGDJ, 2012

²⁴⁹ In generale, si veda: C. Focarelli, *International Law as Social Construct*, Oxford, Oxford University Press, 2012; M. Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011; D. Kennedy, "The Mystery of Global Governance", in J.L. Dunoff e J.P.Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 38 ss.

²⁵⁰ E. Benvenuti, "The Conception of International Law as a Legal System", in *GerYIL*, vol.50, 2007, p. 393 ss.

²⁵¹V. fra i molti: Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 7, 1134b 19-20; Cicerone, *De officiis*, III, 17, 69; I, 7, 21; *Tuscolanae Disputationes*, I, 13,30; *De Partitione Oratoria*, 37, 130; San Paolo, 2 Rom, 14-15; Agostino, *Confessioni*, III, 8; *De Civitate Dei*, XIX, 21; Tommaso D'Aquino, *Summa Theologiae*, Prima Secundae, 91, a 2; F. de Vitoria, *De Indis et De Iure Belli Relectiones*, 1539, F. Suarez, *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612, A. Gentili, *De Iure Belli*, 1598; H. Grotius, *De Iure Belli ac Pacis*, 1625, S. von Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium*, 1672; C. von Wolff, *Ius Gentium Methodo Scientifica Perpetructum*, 1749, E. de Vattel, *Le droit de gens*, cit.; per un saggio sul naturalismo più recente: J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Per una ricostruzione delle origini e dello sviluppo della dottrina costituzionalista: C. Focarelli, *International Law as a Social Construct...cit.*, pp. 94-103.

i quali possono comprenderla. Da ciò possono derivare dei precetti giuridici che, in caso di un loro conflitto, possono essere riconciliati perché tra loro esiste un'armonia in parte celata²⁵².

Il diritto naturale è presentato come l'ultima spiaggia di ciò che giusto e di ciò che è sbagliato, oltre l'imposizione con la forza di una legge che può anche essere ingiusta. Tuttavia, l'ambivalenza del concetto ha spesso giustificato prevaricazioni contro i più vulnerabili, ad esempio legittimando la schiavitù sulla base della naturale differenza tra uomo libero e schiavo²⁵³. Si è detto che il diritto naturale è stato utilizzato per congelare i cambiamenti normativi a cui avrebbero invece condotto i cambiamenti della società, così servendo l'interesse del gruppo al potere²⁵⁴. Inoltre, come nota Carlo Focarelli, sono stati il diritto naturale e la dottrina della guerra giusta a fornire le basi al colonialismo, allo stesso modo in cui l'idea di "soggetto debole" ha giustificato gli orrori nazisti²⁵⁵.

Eppure, il motto *lex iniusta non est lex*, in moltissime occasioni ha spinto all'obiezione di coscienza, e ha contribuito a innovazioni del diritto in senso maggiormente rispettoso di dignità e libertà dell'uomo²⁵⁶. Insomma, è nell'essenza stessa del concetto di diritto naturale servire diversi scopi, a seconda dell'idea di natura umana che muove l'utilizzatore. La concezione del diritto internazionale come diritto naturale, al pari che ogni progetto di globalizzazione, è inevitabilmente il prodotto di un processo imperialistico, nel quale l'autore cerca di condurre il mondo verso le scelte normative migliori, ma necessariamente dal suo punto di vista. Il naturalismo è una particolare visione dell'universale che riesce a prevalere sopra visioni antagoniste²⁵⁷.

Per questo motivo, le nuove spinte costituzionalistiche cercano in parte di staccarsi dall'idea di "costituzione materiale" che, fondandosi su presupposti sociali ed immanenti riecheggia il diritto naturale: i tentativi si esplicano oggi nel senso di creare una realtà di governo globale mediante processi di monitoraggio trasparenza, partecipazione nelle attività degli organi con potere a livello internazionale, tramite la previsione di meccanismi di responsabilità e controllo giudiziale ed accentuando il ruolo della legalità, del giusto processo, dei diritti umani, della democrazia. Ciò fanno cercando di distanziarsi dal modello westfaliano che attribuisce prevalenza alla ragione di Stato, con l'ambizione di elevare l'individuo a centro del diritto internazionale. Un siffatto costituzionalismo è precettivo, perché non si limita a descrivere dei principi immanenti al sistema (ed in questo differisce dal vecchio costituzionalismo), ma ha forza legittimante ogni istituzione internazionale, le norme e decisioni. Ed è pluralistico, perché chiama in causa altri sistemi valoriali e non soltanto quelli della tradizione cristiana-occidentale²⁵⁸.

²⁵² Focarelli, *International Law*, cit., p. 101.

²⁵³ Ad esempio in Platone, *La Repubblica*, 435 a.C.

²⁵⁴ W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens & Sons, 1964, p. 77 ss.

²⁵⁵ Focarelli, *International Law*, cit., p. 102. Hannah Arendt, "The Image of Hell", 1946, in H. Arendt, *Essays in Understanding*, 1930-1954, New York, Harcourt Brace and Company, 1994, p. 198: "By killing the weak, we merely obey the orders of nature, which "sides with the strong, the good, the victorious"", p. 204.

²⁵⁶ Si pensi al movimento anti-schiavista, o al movimento di obiezione di coscienza al servizio militare: don Lorenzo Milani, *L'obbedienza non è più una virtù*, Perugia, Edizioni del Movimento Nonviolento, 1965.

²⁵⁷ Si veda anche: M. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, cit., p. 307 ss.

²⁵⁸ J. Klabbers, A. Peters, G. Ufstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

In particolare quest'ultima caratteristica del "nuovo" costituzionalismo, la cui enunciazione è necessaria ai sostenitori per non essere accusati di proporre un nuovo modello imperialista, lascia spazio ad importanti critiche. La prima si basa sull'osservazione che in questo modo non solo non si eviterebbe la frammentazione del sistema giuridico, ma addirittura si istituzionalizzerebbe²⁵⁹. La seconda riguarda l'insensatezza di qualsivoglia tentativo di costituzione che non valorizzi idee sostanziali. Si ammetterebbe un costituzionalismo basato sugli ideali della *sharia* islamica nella sua lettura "integralista"? La risposta è senz'altro negativa pure per i più ferventi costituzionalisti. Un sistema che non tutela i diritti dell'uomo non può dirsi costituzionale.

Come detto, alcune spinte dottrinali²⁶⁰ si sono espresse in favore di un diritto internazionale che prescindesse dall'istituzione statale e fosse invece basato su una sorta di diritto amministrativo globale, nel quale le istituzioni internazionali agissero al pari di quelle interne, guidate dalla *rule of law* e semplicemente agendo come enti amministrativi, di regolamentazione. Martti Koskenniemi nota che le norme internazionali, lungi dal poter essere solamente norme tecniche e manageriali, non possono prescindere da valutazioni di tipo politico:

"In the absence of political institution, however, the choices will be made by experts and advisors economists, technicians, scientists and lawyers, all having recourse to the technical vocabulary of ad hoc accommodation, coordination and optimal effect. Utilitarianism is the political constitution of a depoliticized world.(...) Thinking of international law in apolitical and technical terms opened the door for expert rule and managerialism, not in competition with politics as in the domestic realm, but as a *substitute* for it"²⁶¹.

Pertanto, in un'eventuale comunità globale sembra inevitabile dover far riferimento a qualche norma che sottenda scelte politiche valoriali, ed in questo caso, ci si ritroverebbe nell'*impasse* del costituzionalismo, che non cessa di oscillare tra impero e pluralismo giuridico.

Insomma, la tensione in favore di una *global governance* inevitabilmente riproporrebbe il modello di Stato cinquecentesco, su cui però graverebbero in aggiunta tutti i problemi derivanti dalla circostanza che la società internazionale è pluralistica, e probabilmente non riconducibile sotto un unico ombrello costituzionale. In fin dei conti, quest'ultimo, può essere politico od apolitico. Nel secondo caso, è necessariamente utilitarista, come ci avverte Koskenniemi. Nel secondo caso, se pluralista, si rivelerebbe inutile, se unico, pericoloso²⁶².

²⁵⁹ C. Focarelli, *International Law*, cit., p. 127.

²⁶⁰ Il c.d. "Diritto internazionale amministrativo", su cui si veda S. Cassese, "Administrative Law without the State: The Challenge of Global Regulation", in *NYUJILP*, vol. 37, 2005, 663-694; B. Kingsbury, N. Krisch e R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", cit.; B. Kingsbury, "The Concept of Law in Global Administrative Law", in *EJIL*, vol. 20, 2009, pp. 23-57; B. Kingsbury e L. Casini, "Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law", in *International Organization Law Review*, vol. 66, 2009, pp. 319-358; J. Waldron, "Are Sovereigns Entitled?", cit., pp. 315-343.

²⁶¹ M. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, cit., p. 359.

²⁶² La critica è ispirata a Focarelli, *International Law...cit.*, p. 127.

E' evidente, infine, che un progetto del genere sicuramente spianerebbe il conflitto tra sovranità statale e diritto dello straniero, eliminando la prima alla radice. In una comunità globale non esisterebbe neanche più la differenza tra cittadini e stranieri. Non è detto, però, che l'individuo ed i suoi diritti riceverebbero una maggior tutela rispetto a quella attuale, e non è detto, in particolare, che il diritto alla libertà di movimento degli individui riceverebbe più attenzione. Ciò dipende del tutto dalle scelte politiche "costituzionalizzate", che potrebbero anche completamente disinteressarsi del tema. Inoltre, bisognerebbe fare attenzione agli interessi dei nuovi centri di potere che prenderebbero il posto dello Stato: non è affatto scontato che, pur non confliggendo più con la sovranità, il diritto dell'individuo possa dispiegarsi senza trovare altri oppositori, per esempio nel configgente interesse della "umanità"²⁶³ intesa come autonomo soggetto di diritti. Senza contare che la nascita di un'entità del genere sancirebbe la fine del diritto internazionale, come diritto delle relazioni tra gli Stati.

Non è la potenza sovversiva dell'idea che si è espressa in questo paragrafo a fare paura, ma la sua sostanziale inutilità, oltre al rischio di totalitarismo che essa reca con sé. Per di più la posizione è del tutto scollata rispetto alla realtà del diritto internazionale contemporaneo²⁶⁴: lo Stato, la cui sovranità interna viene oggi riletta in termini di democrazia, è ancora utile alla tutela del diritto dell'individuo, cittadino o straniero che sia.

10. Verso un nuovo universalismo: la tesi che sostiene un progressivo mutamento nel concetto e significato di sovranità

Molto è stato scritto in materia di legittimazione²⁶⁵ interna ed esterna della sovranità e sul suo legame con il rispetto dei diritti dell'uomo; già quindici anni fa, mentre teneva il proprio corso di diritto internazionale pubblico all'Accademia dell'Aja, Tomuschat avvertiva:

²⁶³ Recentemente si è studiata da vicino la relazione tra diritto individuale e diritto dell'umanità, come nuovo soggetto di diritto, ammettendo che essi possano anche non coincidere C. Le Bris, *L'humanité...*cit. Ciò potrebbe avvenire nel caso di un diritto dell'umanità all'ambiente che si opponesse ad un diritto individuale di proprietà. Potenzialmente il diritto alla libertà di movimento potrebbe collidere con un nascente diritto dell'umanità alla sicurezza collettiva.

²⁶⁴ Per una critica in questo senso si veda P. Picone, scritto riproduttivo della relazione introduttiva al Convegno su "Interesse collettivo e obblighi erga omnes nel diritto internazionale contemporaneo", tenutosi a Ravenna, il 7- 8 maggio 2015, disponibile on line http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/07/Picone_Gli-obblighi-erga-omnes-tra-passato-e-futuro.pdf: "gli individui, malgrado le fughe in avanti di non pochi autori, non esercitano allo stato, ai sensi del diritto internazionale generale, alcuna funzione di creazione, accertamento o garanzia delle norme internazionali, e sono soprattutto del tutto inidonei a far scattare le sanzioni "coercitive" con cui tali norme vanno a volte necessariamente "tutelate". La loro presunta "soggettività internazionale" è perciò solo una professione di fede, da cui non sembra possibile far discendere alcun effetto concreto", p. 28.

²⁶⁵ Sul concetto di "legittimazione" e sulla sua valenza normativa si veda J. Klabbes e T. Piiparinen, "Normative Pluralism: An Exploration", in J. Klabbes e T. Piiparinen (eds.), *Normative Pluralism*, cit., pp. 29-33.

“the international legal order cannot be understood any more as being based exclusively on State sovereignty... States are no more than instruments whose inherent function it is to serve the interests of their citizens as legally expressed in human rights. At the present time, it is by no means clear which one of the two rivalling Grundnorms will or should prevail in case of conflict. Over the last decades, a crawling process has taken place through which human rights have steadily increased their weight, gaining momentum in comparison with State sovereignty as a somewhat formal principle. The transformation from international law as a State-centred system to an individual-centred system has not yet found a definitive new equilibrium”²⁶⁶.

Il riferimento alle due “rivalling Grundnorms” lascia intendere quanto Tomuschat ritenesse profondo ed insanabile il conflitto su cui finora ci siamo dilungati.

Ma nel corso del tempo l’ingresso del “individual-centred system” si è fatto sentire: è indubbio che la sovranità non sia più quella del diciannovesimo secolo. Il re-sovrano è stato “spodestato”²⁶⁷ dal popolo, la cui volontà è oggi “the basis of the authority of government”²⁶⁸. Oggi il diritto sovrano all’autorità di governo è condizionato dal rispetto del proprio popolo, di coloro che sono sottoposti alla propria tutela o che si trovano sotto la propria giurisdizione²⁶⁹. Per di più, il diritto internazionale attuale non ritiene più che la relazione tra Stato e cittadini sia un affare puramente interno²⁷⁰.

Ancora, va ricordata la riflessione sull’esistenza o meno di un’asserita *Responsibility to Protect* da parte degli Stati “civili” in favore delle popolazioni oppresse da governi resisi responsabili di gravi violazioni dei loro diritti, valevole ai fini di fornire basi teoriche ad interventi di tipo “umanitario” contro Stati che non venivano più considerati legittimi sul piano esterno²⁷¹. Il dovere di “responsibility to protect” le popolazioni

²⁶⁶ C. Tomuschat, “International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law”, in *RCADI*, 281, 1999, pp. 9-438, pp. 161-162.

²⁶⁷ W.M. Reisman, *Sovereignty...cit.*

²⁶⁸ Art. 21(3) Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, adottata il 10 dicembre 1948, G.A. Res. 217A (III), UN Doc. A/810, p. 71.

²⁶⁹ J. Waldron, “Are Sovereigns Entitled?”, cit., p. 325: “states are recognized by International law as trustees for the people committed to their care”. E. Fox-Decent e E. J. Criddle, “The Fiduciary Constitution of Human Rights”, *Legal Theory*, vol. 15, 2009, p. 301 ss. Si veda anche il discorso sull’applicazione extraterritoriale delle norme internazionali sui diritti umani, *infra*, par. 14.

²⁷⁰ A. Peters, “Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty”, in *EJIL* vol. 20, n. 3, 2009, pp. 513 ss: il rispetto dei diritti dell’uomo sul piano interno è condizione di legittimazione per la sovranità sul piano esterno.

²⁷¹ Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) on The Responsibility to Protect (2001) available at <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>; Report of the UN Secretary General, Kofi Annan – *In Larger Freedom: Toward Development, Security and Human Rights for All* (United Nations A/59/2005, 2005), available at <http://www.un.org/largerfreedom/>, par. 135: “the responsibility to protect, ... lies, first and foremost, with each individual State, whose primary *raison d’être* and duty is to protect its population. But if national authorities are unable or unwilling to protect their citizens, then the responsibility shifts to the international community”. A fondamento della RtP sono state invocate vari concetti, tra cui quelli di norme di *ius cogens* ed obblighi *erga omnes*: J. Brunneé e S. J. Toope, “The Responsibility to Protect and the Use of Force: Building Legality?”, in *Global responsibility to Protect*, vol. 2, 2010, p. 191 ss., pp. 206-07; H. Yiu, “Jus Cogens’, the Veto and the Responsibility to Protect: A New Perspective”, in *New Zealand Y.B. Int’ L*, vol. 7, 2009, p. 207 ss., p. 232; i diritti umani, S.

da genocidi, pulizia etnica, crimini di guerra e crimini contro l'umanità qualora gli Stati "manifestly fail" di proteggere la propria popolazione da queste gravi minacce è stato assunto da numerosi Stati nell'ambito del World Summit 2005, il cui *outcome* è stato approvato con Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite²⁷².

In questo quadro, la sovranità, se sopravvive, esce rinforzata dal cambiamento perché maggiormente legittimata dal diritto di ciascun popolo all'autodeterminazione: come garanti del diritto del loro popolo i governanti hanno precisi doveri verso di esso. Essi devono garantire la sicurezza ai propri cittadini ed anche agli stranieri che presentino un particolare legame con il territorio e devono garantire un certo livello di prestazioni essenziali. Pertanto, al giorno d'oggi non è difficile ammettere che l'indissolubile legame tra la sovranità e la popolazione statale deve essere riletto alla luce della tutela dei diritti degli individui che la compongono. In questo senso deve leggersi il significato della sovranità che fino ad ora abbiamo confrontato con il diritto dell'individuo straniero, il quale diritto non concorre a disegnarne i confini.

In questo quadro, qualche autore sostiene che l'attributo della sovranità comporta l'assunzione di obblighi anche a beneficio di individui stranieri²⁷³. L'opinione interessa da vicino il tema di cui ci stiamo occupando, rispetto al quale uno Stato è chiamato a confrontarsi con l'interesse di alcuni stranieri, o gruppi di stranieri, ad entrare sul suo territorio.

Il passo, come si può facilmente comprendere, è gigantesco, benché ai fini di renderlo accettabile alla dottrina si cerchi di minimizzarne la portata²⁷⁴. Dalle teorizzazioni filosofiche sulla nascita dello Stato tramite il contratto sociale in poi, mai si era inteso intaccare la relazione biunivoca tra autorità di governo e propri cittadini, nonostante gli altisonanti proclami in merito alla realtà dell'interdipendenza e destini incrociati di tutte le nazioni. L'interdipendenza, gli obblighi di solidarietà e cooperazione, hanno sempre riguardato i soggetti di diritto internazionale, gli Stati, le organizzazioni internazionali, ma non gli obblighi dei primi in favore degli individui non cittadini. Finora gli Stati si erano esclusivamente vincolati tramite obblighi specifici nei confronti, per esempio, degli stranieri rifugiati che si riversano alle loro frontiere, o ad individui comunque sottoposti al loro "effective control"²⁷⁵.

P. Rosenberg, "Responsibility to Protect: A Framework for Prevention", in *Global responsibility to protect*, vol. 1, 2009, p. 442 ss, p. 459, o "simply on our common humanity": G. Evans, "The Responsibility to Protect: An Idea Whose Time Has Come ... and Gone?", in *International relations*, vol. 22, 2008, p. 283 ss., p. 296. Si veda anche l'interessante dibattito sul blog della Società italiana di diritto internazionale (SIDI), scaturito dall'articolo "Considerazioni sull'intervento militare statunitense contro l'Isis", pubblicato il 5 settembre 2014 da Paolo Picone (<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1070>), in particolare Lorenzo Gradoni, "Gli obblighi erga omnes, l'idioma dell'egemone e la ricerca del diritto. Ancora sull'intervento contro l'ISIS e oltre", pubblicato il 24 settembre 2014 (<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1085>).

²⁷² UN General Assembly, *2005 World Summit Outcome: resolution / adopted by the General Assembly*, 24 October 2005, G. A. Res. A/RES/60/1.

²⁷³ E. Benvenisti, "Sovereigns as Trustees of Humanity...", cit.

²⁷⁴ L'autore parla di "minimal obligations of sovereigns as trustees", *ibidem*, p. 313.

²⁷⁵ *Infra*, par. 14.

Nell'interessante articolo apparso sull'*American Journal of International Law*, che ha dato spunto ad un altrettanto vivace discussione²⁷⁶, Eyal Benvenisti argomenta in modo dettagliato le ragioni sottese ad una necessaria riqualificazione morale prima e normativa di conseguenza, del concetto di sovranità, rilevando come esso sia sempre più dipendente da pressioni esterne allo Stato, e pertanto, vincolandone l'esistenza a precisi obblighi dovuti anche a beneficio degli individui stranieri.

La proposta trae le mosse da considerazioni inerenti l'ingente impatto sul piano interno delle scelte compiute da individui stranieri e, al contrario, di esternalizzazioni delle conseguenze delle decisioni statali, per ricordare la fitta interdipendenza tra i due piani e disegnare così un obbligo morale degli Stati di considerare l'interesse degli stranieri al momento di esercitare la loro discrezionalità.

L'autore fonda l'esistenza di questo nuovo obbligo, in seguito trasposto sul piano giuridico, sul principio di uguale dignità di ogni essere umano²⁷⁷. Gli argomenti a sostegno della tesi muovono da considerazioni in merito al principio di autodeterminazione a cui deve essere dato un respiro più ampio mediante la considerazione degli interessi di attori stranieri, ed alla concezione monistica del diritto di Kelsen: la dimensione domestica del diritto altro non è che un mezzo per una sua funzione sociale a servizio della comunità globale nella sua interezza²⁷⁸. Infine, il legame stesso tra popolazione statale e territorio viene rivisitato, sulla base della concezione che una certa popolazione dispone in via esclusiva di un certo territorio e di certe risorse in ragione di una originaria decisione collettiva inerente la divisione delle stesse, scelta che precede concettualmente la sovranità. Per comprendere il concetto è utile richiamare la metafora creata da Cicerone ed utilizzata da Grozio, secondo la quale il mondo è un teatro "dove è corretto dire che ogni sedile che un individuo ha preso è suo"²⁷⁹. Ma le drammatiche conseguenze dell'esclusione di persone dal godimento del territorio, unitamente alla considerazione che i costi sociali delle politiche interne spesso producono effetti pregiudizievoli all'estero e alla constatazione del progressivo cambiamento nel concetto di proprietà, sempre più limitato dall'interesse generale, inducono a ritenere in crisi questo modello²⁸⁰.

Alla luce di quanto detto, la tesi esposta in questo paragrafo ritiene che la sovranità sul piano esterno dello Stato sia oggi in un certo modo condizionata anche al rispetto di alcuni interessi qualificati degli individui stranieri.

Vi sono comprensibili difficoltà nel delineare tutte le implicazioni derivanti da una visione della sovranità nel senso appena proposto. Sul piano normativo, i sostenitori di questa concezione suggeriscono la progressiva affermazione di un obbligo di diritto internazionale generale dovuto nei confronti della Comunità

²⁷⁶ Si veda "AJIL Symposium: Comment on Eyal Benvenisti, Sovereigns as Trustees of Humanity", con le criticità di Klabbers, McCrudden, Von Bogdandy and Schmalz, e la risposta dell'autore, all'indirizzo <http://opiniojuris.org/2013/07/25/ajil-symposium-comment-on-eyal-benvenisti-sovereigns-as-trustees-of-humanity/>

²⁷⁷ E. Benvenisti, "Sovereigns as Trustees of Humanity...", cit., pp. 301-302.

²⁷⁸ R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Unesco, Economica, 1986, pp. 169-170.

²⁷⁹ Grozio, *De Iure Belli ac Pacis*, 1625.

²⁸⁰ E' stato obiettato che in quest'ottica, la nascita dello Stato sembra essere più una conseguenza di un accordo preso nell'alveo del diritto internazionale, e non il contrario. Christopher McCrudden, "AJIL Symposium: Comment on Eyal Benvenisti, Sovereigns as Trustees of Humanity", cit.

internazionale che vincola gli Stati a valorizzare l'interesse anche degli individui stranieri al momento di esercitare una propria facoltà. L'inadempimento di tale obbligo continua a dover essere rilevato dalla comunità degli Stati, ma sono gli individui stranieri in genere ad esserne eletti beneficiari, mentre il rispetto dell'obbligo è presupposto per il riconoscimento della sovranità esterna dello Stato. L'obbligo inciderebbe in primo luogo sul processo deliberativo, per cui i poteri sovrani dovrebbero considerare gli interessi degli stranieri e sul piano procedurale, per cui essi dovrebbero prevedere processi di partecipazione da parte degli stranieri alla formazione delle decisioni che li interessano. Tra di essi dovrebbero essere previsti obblighi di giustificare i propri comportamenti; di indagare il potenziale impatto di misure che potrebbero avere effetti su individui stranieri; di introdurre garanzie procedurali volte ad assicurare che l'interesse dello straniero sia preso in considerazione; di investire risorse per processi deliberativi più trasparenti; di sottoporre tutte le dette garanzie e misure al controllo ed alla revisione internazionale. Altre implicazioni riguardano l'obbligo di considerare l'interesse dello straniero; di non frustrarlo ove ciò non presenti costi per lo Stato, fino a dargli un certo peso nel bilanciamento con un concorrente interesse statale, che dovrebbe valutarsi alla luce di questo²⁸¹. Il contenuto dell'obbligo si differenzia dal contenuto dell'obbligo di effettuare un esame individuale della posizione dello straniero²⁸², perché quest'ultimo è il necessario presupposto per valutazioni sull'applicazione di diversi diritti e norme, elencate nel secondo e terzo capitolo, le quali limitano la discrezionalità dello Stato. Invece, l'obbligo in questione richiede che si dia precedenza all'interesse dello straniero all'ammissione sul territorio fino al rinvenimento da parte dello Stato di ragioni ad esso ostative.

Un compiuto sistema di criteri normativi volto a imporre la considerazione l'interesse dello straniero da parte dell'Autorità dello Stato dovrebbe considerare altresì il diverso peso di scelte che incidono sulla salvaguardia, ad esempio, della vita umana rispetto a scelte di sviluppo economico, e considerare la particolare posizione di uno Stato rispetto a certi stranieri, dovuta, per esempio, a particolari legami commerciali, o ad un passato di potenza coloniale, o anche dovrebbe considerare i diversi effetti delle proprie scelte a seconda dei destinatari (stranieri giusto fuori dal confine, stranieri nei Paesi vicini), ai fini di graduarne la responsabilità. Infine, gli Stati dovrebbero avere l'obbligo di perseguire e sviluppare i processi internazionali volti ad attribuire competenze e poteri alle istituzioni sovranazionali che possono rispondere al bisogno di tutti gli individui di efficienza, equità e democrazia.

L'obbligo per gli Stati di considerare l'interesse altrui e darne conto è spesso richiamato dai Tribunali internazionali, nonché codificato in diverse disposizioni normative internazionali, e può suffragare le conclusioni della tesi che si sta esaminando²⁸³. E' difficile che gli organismi giurisdizionali siano espliciti

²⁸¹ E. Benvenuti, "The Paradoxes of Sovereigns as Trustees of Humanity: Concluding Remarks", in *Theoretical Inquiries L.*, vol. 16, 2015, pp. 535 ss.

²⁸² Su cui *infra*, par. 31.

²⁸³ Resolution adopted by the general Assembly on Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, 8 July 1997, G.A. Res. 51/229, art. 12: ("Notification concerning planned measures with possible adverse effects"): "Before a watercourse State implements or permits the implementation of planned measures which may have a significant adverse effect upon other watercourse States, it shall provide those States with timely notification thereof. Such notification shall be accompanied by available technical data and information, including the results of any environmental impact assessment, in order to

rispetto al proprio diritto di verificare l'adempimento di un obbligo del genere, che non è contenuto in disposizioni convenzionali e, comunque, non è ben delineato nel diritto internazionale generale, ma ogni qual volta essi nelle proprie decisioni fanno riferimento al benessere della collettività, esulando dal compito di comporre conflitti bilaterali, promuovono in effetti la visione per la quale le autorità statali sono "global trustees"²⁸⁴.

Per quanto più strettamente inerente al nostro lavoro, la visione della sovranità appena descritta implica il rovesciamento della dialettica della discrezionalità nell'ammissione dello straniero sul territorio come regola, contrapposta alle ipotesi eccezionali in cui si ravvisa un diritto di questi all'ingresso e stanziamento. Lo Stato dovrebbe dimostrare alla Comunità internazionale di aver in ogni caso considerato l'interesse dello straniero ed allegare la ragione che impedisce la sua inclusione nel territorio. Sul piano pratico probabilmente non muterebbe il numero delle espulsioni o respingimenti di stranieri dal territorio, giacché, sulla base dell'obbligo generale che, si sostiene, si stia affermando, allo Stato non è richiesto alcun bilanciamento tra contrapposte esigenze (in assenza di altri obblighi più specifici, ovviamente, quali le norme che tutelano i diritti dello straniero): gli interessi di individui stranieri in grado di prevalere sulle esigenze dello Stato (meglio, della sua popolazione) alla sicurezza, alla prosperità economica, all'ordine pubblico, sono per lo più cristallizzati nelle norme sui diritti dell'uomo che permettono allo straniero di entrare e restare sul territorio. Ma dal punto di vista concettuale la prospettiva verrebbe rovesciata: come condizione per il riconoscimento da parte degli altri Stati della sovranità non vi sarebbe più solo la tutela degli interessi degli individui cittadini, approdo raggiunto già da tempo, ma anche la considerazione dell'interesse degli stranieri che interloquiscono con l'apparato statale, condizionando la libera espressione della sua sovranità.

La tesi appena esposta, nel chiedere una rilettura del principio di sovranità alla luce del principio di pari dignità umana²⁸⁵ è diversa quantitativamente ma non qualitativamente dalle visioni costituzionalistiche dell'ordinamento internazionale, che si sono esaminate nel precedente paragrafo. Infatti, le critiche sono state

enable the notified States to evaluate the possible effects of the planned measures.”; *1994 Agreement on Agriculture* (che è parte di *Agreement Establishing the World Trade Organization of April 15, 1994*), Article 12, “Members instituting “any new export prohibition or restriction on foodstuffs [...] shall give due consideration to the effects of such prohibition or restriction on importing Members’ food security;” e “before any Member institutes an export prohibition or restriction, it shall give notice in writing, as far in advance as practicable, to the Committee on Agriculture comprising such information as the nature and the duration of such measure, and shall consult, upon request, with any other Member having a substantial interest as an importer with respect to any matter related to the measure in question. The Member instituting such export prohibition or restriction shall provide, upon request, such a Member with necessary information.”: all'indirizzo http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#ag; *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, ILC Yearbook, 2001, vol. II, Part Two (Article 8, “Notification and information”): “1. If the assessment referred to in article 7 indicates a risk of causing significant transboundary harm, the State of origin shall provide the State likely to be affected with timely notification of the risk and the assessment and shall transmit to it the available technical and all other relevant information on which the assessment is based.” Aderendo alla tesi esposta, è evidente che non vi sarebbe ragione per ritenere l'obbligo limitato ai casi di “hazardous activities”.

²⁸⁴ M. Benzing, “Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals”, in *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, 2006, p. 369 ss., alle pp. 395-404.

²⁸⁵ Sull'assunzione in via aprioristica del principio di pari dignità umana come pilastro per l'ordinamento internazionale si veda la critica di Christopher McCrudden, “AJIL: Symposium. Comment on Eyal Benvenisti, Sovereigns as Trustees of Humanity”, cit.

rivolte alla tesi della sovranità come “trustee” sono essenzialmente le stesse che vengono rivolte al costituzionalismo²⁸⁶. L’approccio è però più moderato perché segue considerazioni di effettività: l’esistenza dello Stato sovrano non è osteggiata, ma è vista come strumento a servizio della tutela dei diritti degli individui. In questo modo la proposta sembra anche maggiormente rispettosa del pluralismo valoriale che l’idea di una molteplicità di Stati reca con sé.

Si è dell’opinione che una rilettura della sovranità nel senso di richiedere alle Autorità statali di considerare l’interesse di tutti gli individui, non solo dei propri cittadini, sia realmente l’unica direzione da seguire per riconciliare il diritto del migrante con l’esercizio della sovranità statale. Come vedremo nei capitoli che seguono, l’ambito di applicazione delle norme internazionali a tutela dell’individuo migrante si sta inesorabilmente allargando: tanto suggerisce che gli Stati tendano ad assumersi sempre più responsabilità nei confronti di individui stranieri migranti, partendo dalle considerazioni di interdipendenza formulate all’inizio del paragrafo. Il campo delle migrazioni internazionali può essere un utile banco di prova della validità della teoria appena esposta, al pari che delle altre ricostruzioni presentate in questo capitolo. Dalla disamina di come la prassi e la dottrina concepiscano attualmente il potere statale di esclusione dello straniero dal territorio e dei confini dentro cui agiscono le norme di diritto internazionale dei diritti umani che rilevano nel campo delle migrazioni internazionali, verificheremo nei prossimi capitoli se sia possibile iniziare a concepire gli Stati vincolati di fronte alla Comunità internazionale a valorizzare l’interesse dello straniero migrante, con effetti rivoluzionari sul concetto di sovranità statale. E’ però importante tenere a mente che ogni ricostruzione della sovranità è in parte un prodotto normativo: “hence, there can be no appeal to brute facts about practice to demonstrate that practice is reconcilable with the idea of sovereignty. Arguments in this domain, as elsewhere in the human sciences, are always complex mixes of normative and factual claims, and reconciliation for one paradigm of sovereignty might be the abdication of sovereignty for another”²⁸⁷.

Pertanto, come già detto in altre circostanze nel presente lavoro, la scelta non potrà prescindere dalla posizione che assume in proposito l’interprete.

²⁸⁶ A. Fitzmaurice, “Sovereign Trusteeship and Empire”, in *Theoretical Inquiries Law*, vol. 16, 2015, p. 447 ss., ricostruisce il processo imperialistico scaturito nei secoli dall’idea di “humanitarian trusteeship”, ammettendo però che ogni concetto politico sia un mero strumento: “the conditions of their production should not determine the ends to which they are put” (p. 469), mentre D. Dyzenhaus, “Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought”, *Theoretical Inquiries Law*, vol. 16, 2015, pp. 337 ss., ricorda come Schmitt osservasse che chiunque invochi l’“humanity” vuole trarre in inganno (*Teologia politica*, cit.).

²⁸⁷ D. Dyzenhaus, “Kelsen, Heller and Schmitt”...cit., pp. 339-340.

PARTE SECONDA

CAPITOLO SECONDO
IL POTERE STATALE DI ESCLUSIONE DELLO STRANIERO DAL
TERRITORIO

SEZIONE 1. Le caratteristiche del potere

11. Il fondamento: la sovranità statale

Il potere²⁸⁸ delle Autorità statali di esclusione di un individuo dal territorio è generalmente accettato dalla dottrina e dalla prassi internazionale. Esso viene indicato come un potere “inerente” la sovranità statale, dalla quale direttamente scaturisce. In questo paragrafo si cercherà di far luce su cosa ciò significhi.

La dottrina, a far data dalla nascita del concetto di Stato moderno, ha sempre rinvenuto nello *ius escludendi* dello straniero una caratteristica della sovranità statale²⁸⁹, che a sua volta è un principio fondamentale del diritto internazionale²⁹⁰.

Negare agli Stati un diritto potestativo di escludere dal territorio individui non legati dal rapporto di cittadinanza con l’organizzazione statale avrebbe condotto a conseguenze aberranti rispetto alla stessa teoria

²⁸⁸ I termini utilizzati per descrivere la natura della possibilità dello Stato di allontanare uno straniero sono molteplici. Secondo Goodwin-Gill: “States have the ‘right’ or ‘power’ or ‘competence’, to expel aliens”, G.S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 201. Il *Memorandum on the Expulsion of Aliens* del Segretariato dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 10 Luglio 2006, A/CN.4/565, nota come i termini “potere” o “capacità” siano stati usati più frequentemente all’inizio del 20esimo secolo, per sottolineare la natura illimitata della possibilità dello Stato di espulsione dello straniero, rispetto all’attuale utilizzo del termine “diritto”, concomitante al progressivo riconoscimento di limiti alla stessa (p. 131).

²⁸⁹ Lo *ius escludendi* ha interpellato pensatori come Grozio, Pufendorf e Kant, che nel suo *Per la Pace Perpetua* (1795) definisce l’ospitalità come il diritto di uno straniero di non essere trattato con ostilità esclusivamente in ragione del proprio arrivo in una terra straniera. Tuttavia, Kant conclude che lo straniero non può nella norma reclamare il diritto di essere ospite più a lungo che un normale visitatore, salvo esistano trattati che gli permettano di invocare la cosiddetta “libertà di casa”. Esaustiva, sia dal punto di vista storico che comparatistico è la ricostruzione operata da: R. Plender, *International Migration Law*, 2nd ed. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 39 ss. Nella seconda metà del Settecento, Blackstone riassume elegantemente lo stato del diritto internazionale dell’epoca al riguardo affermando che, secondo il diritto delle Nazioni, nessun membro di una società ha il diritto di introdursi in un’altra, anche se, in tempo di pace, gli stranieri dal comportamento impeccabile possono tranquillamente ritenersi “under the King’s protection” (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1795, Vol. II, par. 94). Dello stesso tenore: “It can hardly be disputed that every civilized state is entitled to make what regulations it pleases both a stop emigration from, and immigration onto its territory” (M. Crackanthorpe, *The Destitute Alien in Great Britain: A Series of Papers Dealing with the Subject of Foreign Pauper Immigration*, London, 1892, p. 50); “The control of the people within its limits, and the right to expel from its territory persons who are dangerous to the peace of the State are too clearly within the essential attributes of sovereignty to be seriously contested”, estratto del discorso del Segretario di Stato degli Stati Uniti, Mr. Fish, 1869, in J.B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., 1906, Vol. 4, p. 74. Alcuni giuristi si spingevano al punto di tracciare una stretta analogia tra il diritto proprietario dell’individuo e la sovranità territoriale dello Stato (P. Heilborn, *Das System des Völkerrechts Entwickelt Aus Den Völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, 1896, p. 22); una delle chiare implicazioni di queste osservazioni era che agli stranieri poteva essere impedito il godimento del territorio, in quanto oggetto della sovranità, di proprietà statale.

²⁹⁰ H. Steinberger, “Sovereignty”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., pp. 500 ss.; J.M. Castro Rial, “States, Sovereign Equality”, *ibidem*, pp. 682 ss.; S. Torres Bernardez, “Territorial Sovereignty”, *ibidem*, pp. 823 ss.

del contratto sociale²⁹¹. Difatti, era difficile accettare che la volontà dello Stato potesse essere influenzata da interessi di persone estranee al patto intercorso tra individui, che tramite esso erano divenuti cittadini.

Già al momento del conio di termini quali “comunità delle nazioni” ed “ordinamento internazionale”, appariva ben chiaro ai giuristi che nessun potere esterno avrebbe mai potuto interferire talmente a fondo nel dominio riservato di uno Stato sovrano tanto da sottoporlo ad imposizioni in ordine alla scelta sulla propria popolazione, ovvero, in definitiva, condizionarne l'essenza. Nel 1892 l'*Institut de Droit International* esprimeva l'opinione che “for each State the right to admit or refuse to admit aliens into its territory or to admit them conditionally or to expel them is a logical and necessary consequence of its sovereignty and independence”²⁹².

Benché verso la fine dell'Ottocento diversi autori (tra i quali Lord Cajke, M. Sapey Phineiro-Ferreira, P. Fiore, M. Clovis Hugues) avessero considerato, nel nome dell'umanesimo idealista proprio dell'epoca, che nessuno potesse impedire la libertà umana, qualificando il potere di espulsione come una flagrante violazione dei diritti imprescrittibili della persona, il diritto di escludere gli stranieri da parte di uno Stato sembra oggi essere riconosciuto unanimamente²⁹³ come conseguenza della sovranità. Nel trattare il tema Goodwin-Gill parla, per l'appunto, di “incidente di sovranità”²⁹⁴, mutuando l'espressione da alcuni internazionalisti attivi nella prima metà del secolo²⁹⁵.

Così, inteso come scaturente dalla sovranità, il potere di esclusione ne tocca ogni ambito: deriva, infatti, sia dal legame tra lo Stato e la sua popolazione²⁹⁶, sia dal concetto di sovranità territoriale, ricostruito come diritto di escludere o ammettere individui all'interno dei confini²⁹⁷. In altre parole, il diritto al controllo dell'ingresso di stranieri sul proprio territorio è inerente alla sovranità statale nel suo complesso, giacché

²⁹¹ Come noto, la formulazione più completa della citata teoria si deve a J.J. Rousseau, *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762.

²⁹² Institut de Droit International (IDI), “Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers”, Résolution du 9 septembre 1892, Session de Genève – Septembre 1892, preambolo, par. 1, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. XII, 1892-1894.

²⁹³ “There is no dissent from the proposition that every state possesses the power of expulsion, as the corollary to its right to determine the conditions for entry upon its territory” (L. Preuss, “International Law and Deprivation of Nationality”, in *GLJ*, Vol. 23, 1934-1935, pp. 250-276, p. 272). “That a State has in general the right to expel aliens from its territory is not in doubt. The right has long been acknowledged” (R. Plender, *International Migration Law*, cit., p. 459); P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, cit., p. 664.; “The right of states to expel aliens is generally recognised. It matters not whether the alien is only on a temporary visit, or has settled down for professional business or other purposes on its territory, having established his domicile there”, (R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., p. 940).

²⁹⁴ G.S. Goodwin-Gill, “The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law”, in *BYBIL*, Vol. 47, 1974-75, pp. 55-156, p. 58.

²⁹⁵ G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. III, Washington, U.S. Government Printing Office, 1942, p. 717; A.S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, New York, Macmillan, 1927, p. 374.

²⁹⁶ K. Ipsen, *Völkerrecht*, Munich, Verlag C.H. Beck, 1990, p. 298.

²⁹⁷ Di contrario avviso è G. Noll, “Return of Persons to State of Origin and Third States”, in T.A. Aleinikoff, V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 61-74, p. 71, secondo cui la sovranità territoriale gioca esclusivamente un ruolo subordinato.

l'esistenza di uno Stato si deve all'esistenza di una popolazione che riconosce la sua sovranità, congiuntamente all'esistenza di un territorio sul quale si esercita in forma esclusiva tale sovranità, tanto di fatto, quanto di diritto²⁹⁸. Pertanto, la sovranità interna, ovvero il potere di governo di una popolazione su un territorio, è fortemente caratterizzata dallo *ius excludendi*, in tutte le forme in cui si manifesta, che verranno analizzate in seguito²⁹⁹.

Allo stesso modo, il potere di espulsione dello straniero si dispiega anche nell'alveo della sovranità esterna, quando lo Stato afferma la propria indipendenza ed il proprio *status* di *par cum paribus* nell'ordinamento internazionale. Si ricorderà che corollario del principio di sovrana uguaglianza tra gli Stati è il divieto di ingerenza negli affari interni di ciascuno di essi da parte degli altri. In ossequio a ciò, la giurisprudenza internazionale ha sempre pacificamente ricompreso la scelta in ordine ai criteri di concessione della cittadinanza, nell'ambito di *domestic jurisdiction*, quale materia la cui disciplina è affidata, quindi esclusivamente agli Stati³⁰⁰. Il vincolo internazionale, rinvenibile nella circostanza evidenziata nella pronuncia *Nottebohm*, prescrive l'esistenza di un legame genuino dello Stato con l'individuo nel momento in cui gli effetti venissero a dispiegarsi nella relazione internazionale con altri Stati. Ciononostante, deve rilevarsi che al giorno d'oggi sta emergendo qualche altro limite alla discrezionalità dello Stato nella scelta sulla concessione della cittadinanza, soprattutto nell'ambito di organizzazioni regionali come l'Unione europea³⁰¹.

Come altra faccia della stessa medaglia, la giurisprudenza ha sempre affermato l'esistenza del potere discrezionale dello Stato sull'ammissione o meno dello straniero. I Tribunali arbitrali di inizio secolo sono stati particolarmente esaustivi nei casi *Maal*, *Boffolo* e *Paquet*³⁰². Nel primo, la Commissione mista d'arbitrato Olanda-Venezuela caratterizzò il diritto d'esclusione (nel caso si trattava di un'ipotesi di espulsione) come “*one of the attributes of sovereignty*” e puntualizzò la sua funzione difensiva:

“the right [of expulsion] is inherent in all sovereign powers and is one of the attributes of sovereignty, since it exercises it rightfully only in a proper defense of the country from some danger anticipated or actual.”³⁰³

Nel caso *Boffolo*, l'Arbitro espresse l'opinione, condivisa dal Commissario italiano, che: “The right to expel foreigners is fully held by every State and is deduced from its very sovereignty”. Il potere, in tale occasione, venne riconosciuto come “generale”, seppur da esercitarsi in maniera corretta, quindi non esente da limiti³⁰⁴.

²⁹⁸ M. Kamto, *Third report on the expulsion of aliens*, ILC, 59th session, Geneva, 2007, A/CN.4/581.

²⁹⁹ Si veda *infra*, par. 13.

³⁰⁰ PCIJ, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion of 7 February 1923, PCIJ Series B, n. 4.; ICJ, *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955 : I.C. J. Reports 1955, p. 4.

³⁰¹ *Infra*, par. 27. Si veda: P. Gargiulo, *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, Ediesse, 2012.

³⁰² *Boffolo Case*, Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, in *RIAA*, 1903, vol. X, pp. 528; *Paquet Case*, Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, in *RIAA*, 1903, vol. IX, p. 325. *Maal Case*, Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela, 1903, in *RIAA*, vol. X, p. 730.

³⁰³ *Maal Case*, cit., p. 731

La scarsa considerazione delle istanze individuali da parte dei citati Tribunali di inizio secolo poteva apparire in linea con gli standard di tutela dei diritti dell'individuo all'epoca, che non brillavano per generosità. Tuttavia, l'impostazione interpretativa si è mantenuta ancor'oggi, e, per di più, ad essa aderisce la giurisprudenza di Tribunali preposti alla protezione dei diritti dell'uomo. Proprio la Corte europea per i diritti umani e le libertà fondamentali di Strasburgo (CEDU), molto realisticamente, non ha mancato di ricordare in ogni caso concernente l'asserita violazione di diritti nell'ambito di una decisione di allontanamento di uno straniero:

“the Contracting States’ concern to maintain public order, in particular in exercising their right, as a matter of well-established International law, and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens³⁰⁵”,

salvo poi, applicando i criteri interpretativi visti nella prima parte, accordare spesso prevalenza alla tutela della norma convenzionale. Anche la Commissione africana sui diritti dell'Uomo e dei Popoli non ha potuto evitare un'uguale constatazione:

“The Commission does not wish to call into question nor is it calling into question the right of any State to take legal action against illegal immigrants and deport them to their countries of origin, if the competent courts so decide³⁰⁶.”

Infine, si rileva che la prassi degli Stati depone nel senso finora illustrato. Sono, fra l'altro, numerose le pronunce di corti interne che già agli inizi del diciannovesimo secolo ribadivano il diritto di esclusione dello straniero da parte dell'Autorità. La giurisprudenza della Suprema Corte degli Stati Uniti non lascia dubbi in proposito:

“The right of a nation to expel or deport foreigners, who have not been naturalized or taken any steps towards becoming citizens of the country, rests upon the same grounds, and is as absolute and unqualified as the right to prohibit and prevent their entrance into the country. [...] The right to exclude or expel all aliens,

³⁰⁴ “That a general power to expel foreigners, at least for cause, exists in governments can not be doubted ...But it will be borne in mind that there may be a broad difference between the right to exercise a power and the rightful exercise of that power ...”, *Boffolo Case*, cit., p. 528, 531-532. L'opinione venne reiterata nel caso *Oliva*, Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, 1903, in *RIAA*, vol. X, pp. 600-609, p. 608.

³⁰⁵ *Chahal v. United Kingdom*, GC, Application n. 22414/93, Judgment of 15 November 1996, par. 73, *Ahmed v. Austria*, Application n. 25964/94, Judgment of 17 December 1996, par. 38, *H. L. R. v. France*, GC, Application n. 24573/94, Judgment of 29 April 1997, par. 33, *Vilvarajah and Others v. United Kingdom*, Applications ns. 13163/87-13164/87- 13165/87-13447/87-13448/87 Judgment of 30 October 1991, par. 102, *Moustaquim v. Belgium*, Application n. 12313/86, Judgment of 18 February 1991 par. 43; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Application ns. 9214/80 9473/81 9474/81, Judgment of 24 April 1985, p. 67.

³⁰⁶ *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola*, Communication No. 159/96, Judgment of 11 November 1997, par. 20, p. 3.

or any class of aliens, absolutely or upon certain conditions, in war or in peace, being an inherent and inalienable right of every sovereign and independent nation, essential to its safety, its independence and its welfare. [...] The power to exclude aliens and the power to expel them rest upon one foundation, are derived from one source, are supported by the same reasons, and are in truth but parts of one and the same power.³⁰⁷”

Anche alcune legislazioni enunciano espressamente il potere in questione, che in Svizzera è previsto a livello costituzionale³⁰⁸.

Una così univoca ed ampia certezza sull'esistenza dello *ius excludendi* è certo dovuta alla stretta connessione dello stesso la sovranità statale. Affermare che lo Stato gode di un potere/diritto in merito all'esclusione dello straniero dal territorio significa riconoscere che esiste una norma internazionale che permette allo Stato di esercitare le facoltà connesse a tale potere/diritto. Ricondurre, in secondo luogo, tale potere alla sovranità, significa trovare la *ratio* ed il fondamento della stessa nel principio di sovranità statale, che è ben conosciuto come principio fondamentale del sistema giuridico internazionale³⁰⁹. Dunque lo *ius excludendi* è “inerente” alla sovranità, perché “appartiene all'essenza stessa (...), è implicito in questa, è a questa essenziale o ne deriva immediatamente”³¹⁰.

Nei paragrafi che seguono, si intende delineare meglio la natura dello stesso, le forme ed il luogo di esercizio, per introdurre il discorso inerente i limiti che si rinvergono all'esercizio del medesimo.

³⁰⁷ *Fong Yue Ting v. United States*, Supreme Court of the United States, 15 May 1893, 149 U.S. 698, pp. 707, 711 e 713. Si veda anche *Nishimura Ekiu v. United States et al.*, Supreme Court of the United States, 18 January 1892, 142 U.S. 651. Rispetto ai Tribunali di altri Stati si può ricordare *Att.-Gen. for Canada v. Cain*, 1906, A.C. 542, p. 546; *Everardo Diaz*, Supreme Federal Tribunal of Brazil, 8 November 1919; *Salebhoy v. The Controller of Immigration*, Burma Chief Court, 24 January 1963, in E. Lauterpacht (ed.), *ILR*, Vol. 36, pp. 345-350, p. 348; *Canada, Ontario Court of Appeal*, 13 June 1962, in E. Lauterpacht (ed.), *ILR*, Vol. 42, pp. 213-218, p. 216.

³⁰⁸ G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 238, riferendosi all'art. 121, par. 2 della Costituzione svizzera.

³⁰⁹ Si veda S. Besson, “Sovereignty”, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 366 ss. Bin Cheng, piuttosto, lo riconduce alle conseguenze dell'applicazione interna del “*principle of self-preservation*” statale: B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius, 1987, pp. 69 ss.

³¹⁰ Dizionario Treccani (consultabile al sito www.treccani.it), definizione di “inerente”. Similmente, l'*Oxford dictionary* definisce “inherent” come “Existing in something as a permanent, essential, or characteristic attribute” (www.oxforddictionaries.com).

12. La natura discrezionale del potere e l'esistenza di limiti

Il termine “discrezionalità” indica la possibilità per l’Autorità di governo di decidere in che modo una certa situazione debba essere trattata. Una tale possibilità è ampiamente concessa agli Stati da dottrina e prassi internazionale in riferimento alla scelta sull’allontanamento dello straniero³¹¹.

La Commissione mista Olanda-Venezuela si è espressa a proposito in maniera inequivocabile:

“There is no question in the mind of the umpire that the Government of Venezuela in a proper and lawful manner may exclude, or if need be, expel persons dangerous to the welfare of the country, and may exercise large discretionary powers in this regard”³¹².

Gli stessi Stati si sono orientati nel corso del tempo in modo diverso, ma comunque mostrando di non rinvenire alcun ostacolo alla propria discrezionalità: gli Stati Uniti, per esempio, a fronte di un’iniziale politica ampiamente liberale in materia di immigrazione, hanno poi emanato atti interni fortemente restrittivi e selettivi, esclusivamente sulla base delle proprie esigenze particolari e contingenti, politica seguita ancor’oggi³¹³. Quanto mai significativa è stata la mancata reazione da parte degli Stati maggiormente colpiti dalla nuova politica statunitense di chiusura delle frontiere, che l’hanno docilmente accettata come legittima e non contestabile³¹⁴. Ancor oggi, le perplessità sono per lo più rivolte alle modalità con cui le restrizioni all’immigrazione irregolare sono poste in essere ed ai limiti del potere espulsivo, ma gli Stati tendono a volersi riservare ampia discrezionalità in materia. Il Regno Unito così osserva al progetto di articoli della CDI su *Expulsion of Aliens*: “The United Kingdom considers the management and control of immigration across its borders should be a matter for individual States. There is a need to balance wider international obligations with the primacy of the State and the protection of its domestic population”, mentre gli Stati Uniti non credono che il Progetto “currently strike a proper balance in dealing with the competing interests in this field, especially to the extent they advocate certain protections for individuals that unduly restrain States’ prerogative and responsibility to control admission to and unlawful presence in their territories”³¹⁵. Anche i Paesi Bassi intendono riservare ampio campo d’azione agli Stati: “We believe that there is no scope for progressive development of international law in this area, precisely because so much of the law in this

³¹¹ K. Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., pp. 109-112. P. Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London and New York, Routledge, 1997, p. 261. R. Arnold, “Aliens”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 104.

³¹² Caso *Maal*, cit., p. 731. Dello stesso tenore, *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal, Award of 2 November 1987, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 106.

³¹³ *Immigration Act* del 1917, in C.C. Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2nd ed., Vol. I, Boston, Little, Brown and Company, 1947, p. 100.

³¹⁴ P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations...*, cit., pp. 180 ss.

³¹⁵ ILC, 66th Session, 2014, *Expulsion of Aliens, Comments and observations received from Governments*, A/CN.4/669 and Add.1, p. 7.

area has already been codified and because of the politically sensitive nature of this subject in many countries”.

Si osserva in dottrina³¹⁶ che, nella prassi, gli Stati raramente hanno agito in protezione diplomatica a beneficio dei propri cittadini colpiti da un provvedimento di esclusione dal territorio di altri Stati³¹⁷. In un maggior numero di casi (comunque pochi, per la verità), il diniego di ingresso è stato contestato sulla base di norme pattizie *ad hoc* esistenti nei rapporti bilaterali tra i due Stati, e non è mai stato considerato come un fatto illecito *di per sé* sulla base delle norme generali disciplinanti il trattamento degli stranieri. Dal canto suo, lo Stato territoriale ha sempre riaffermato la propria libertà di principio. Tutto ciò conduce a negare l’esistenza di una norma di diritto internazionale generale che imponga allo Stato l’ammissione dell’individuo non cittadino. Al contrario, principio base del sistema è la libertà per lo Stato di allontanare discrezionalmente gli stranieri dal territorio.

Tuttavia, come vedremo, può evidenziarsi una tendenza evolutiva nella materia volta a progressivamente restringere l’esercizio della discrezionalità dello Stato. Tale tendenza è espressa anche dall’affermazione di limiti generali ai poteri discrezionali degli Stati, quale il principio di buona fede od il principio di ragionevolezza³¹⁸, e non solo espressamente previsti dalle norme che riconoscono i poteri.

Il dibattito sul fondamento giuridico dei limiti ai poteri discrezionali degli Stati ruota attorno a due teorie³¹⁹. La prima è la c.d. “teoria delle competenze”, per la quale i poteri degli Stati sono conferiti dall’ordinamento internazionale per il perseguimento di certe finalità e sono pertanto qualificabili come “competenze”. Gli Stati, quindi, agirebbero come organi detentori di un potere delegato volto a scopi sociali di rilievo generale, in cui i limiti sono impliciti giacché “Il n’y a pas de compétence absolument discretionnaire (...) Il y a toujours norme dan l’institution de compétence³²⁰.” La seconda è la “teoria della potestà di governo funzionale”, per la quale i poteri internazionali degli Stati servono le stesse finalità di governo dei poteri interni, ed il loro esercizio extraterritoriale è consentito dall’ordinamento internazionale³²¹. In questo senso i limiti che vi si riconoscono riguardano la reale corrispondenza dell’esercizio alle finalità di governo consentite dall’ordinamento internazionale.

La necessità di individuare la base giuridica per l’esistenza di limiti ai poteri discrezionali degli Stati segue necessariamente il dibattito sulla sovranità, che secondo una prima ricostruzione è una situazione di fatto preesistente all’ordinamento internazionale ed ai suoi limiti, dalla quale scaturiscono poteri che per loro

³¹⁶ A.M. Calamia, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 22-23. L’autore ribadisce recentemente la propria posizione in “Le norme “non statali” e lo straniero”, in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (eds.), *Immigrazione, Diritto, Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, Cedam, 2012, p. 8.

³¹⁷ Ad esempio nel caso *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, su cui *infra*, par. 22, 32.

³¹⁸ Su cui *infra*, Sez. 2.

³¹⁹ D. Russo, “Sull’uso della ragionevolezza da parte della Corte internazionale di giustizia nel controllo sull’esercizio dei poteri discrezionali degli Stati”, in *RDI*, Vol. 98, Fasc. 2, 2015, pp. 487-516.

³²⁰ G. Scelle, “Règles générales du droit de la paix”, in *RCADI*, 46, 1933, pp. 327-703, p. 381.

³²¹ B. Conforti, *Il regime giuridico dei mari: contributo alla ricostruzione dei principi generali*, Napoli, Jovene, 1957, pp. 106 ss.

natura sono determinabili in ampiezza e contenuto solo dagli stessi Stati³²². Secondo una seconda teoria essa è un concetto formale, ovvero un concetto “primario” che postula la validità dell’ordinamento giuridico dello Stato come ordinamento supremo. Al momento in cui si attribuisce vigenza ad un ordinamento sovranazionale, questo concetto viene convertito sul piano internazionale in un concetto “giuridico materiale”, mediante l’attribuzione alla sovranità di un particolare contenuto, fatto di competenze o di poteri dello Stato, e di particolari diritti soggettivi dello Stato, senza che l’esistenza di restrizioni ne possa pregiudicare la validità³²³. Hans Kelsen, riconducendo la sovranità ad una creazione schiettamente giuridica, inizia così il lungo processo che scioglie il binomio Stato-sovranità.

Tale percorso storico vede emergere, a partire dalla seconda metà del Novecento, una realtà del diritto e dei poteri più complessa e meno univoca del modello hobbesiano precedente, basata sulla constatazione di esperienze di globalizzazione ed interdipendenza planetaria. Viene messa in luce l’esistenza di un principio di interdipendenza e di solidarietà tra gli Stati. Evidenziando l’efficacia di quest’ultimo, è giocoforza riconoscere spazio per l’operatività di limiti più o meno incisivi alla discrezionalità statale, che si sostanziano in regole di condotta per i membri della comunità internazionale. Tali regole possono essere esplicitate in maniera quantitativamente differente, oltre che essere diversamente incisive sul potere di espulsione.

Antonio Marcello Calamia, per esempio, sostiene che una politica di totale chiusura delle frontiere non sia compatibile con gli obblighi di cooperazione internazionale derivanti dalla partecipazione dello Stato alle Nazioni Unite. Secondo Calamia, anche in assenza di norme convenzionali, appare sostenibile che gli organi statali non possano emettere determinazioni contrarie agli impegni solidaristici già assunti, considerati nella loro complessiva esistenza ed in relazione ai principi che ne scaturiscono³²⁴. In altre parole: essendosi assunti un impegno di collaborazione solidaristico gli Stati non possono tenere comportamenti contrari alla vita sociale in cui hanno scelto di inserirsi, quale una totale, indiscriminata ed immotivata esclusione di individui stranieri dal proprio territorio. Tuttavia, piuttosto che influire sulla natura stessa del potere di espulsione, sembra che possano esserne meglio descritti gli effetti di una tale interdipendenza intendendo gli obblighi internazionali di cooperazione come un limite al potere che resta discrezionale³²⁵. Ciò proprio a causa della suddetta inesistenza di una norma di diritto generale che sancisca il contrario. In effetti, è difficile sostenere che il principio di interdipendenza non abbia legami con il principio di buona fede, o la proibizione di atti arbitrari, che, comunque, operano nell’ambito delle relazioni tra Stati. Tutte queste norme verranno esaminate tra breve, insieme ai loro effetti sullo *ius excludendi*.

³²² C. Schmitt, *Teologia politica*, cit.; H.J. Morgenthau, “Positivism, Functionalism and International Law”, in *AJIL*, Vol. 34, No. 2, April 1940, pp. 260-284, pp. 283-284.

³²³ H. Kelsen (tradotto da J. Luther e E. Daly), *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 260-261.

³²⁴ A.M. Calamia, “Le norme “non statali” e lo straniero”, cit., p. 10-11.

³²⁵ R. Pisillo Mazzeschi, “Su rapporti tra diritti umani ed i diritti degli stranieri e dei migranti nell’ordinamento internazionale”, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 10-11; C. Campiglio, “Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali”, in V. Gasparini Casari (a cura di), *Il diritto dell’immigrazione. Profili di Diritto Italiano, Comunitario e Internazionale*, Vol. I, Modena, Mucchi, 2010, pp. 23-44, pp. 25-27.

L'ulteriore evoluzione nel diritto internazionale che incide sul principio di sovranità, si è visto, riguarda lo sviluppo di una collaborazione interstatale anche nella riaffermazione politico-giuridica dei diritti umani. Quanto ciò abbia influito in concreto sulla limitazione dello *ius excludendi* è oggetto di analisi nel terzo capitolo.

13. La forma di esercizio: espulsione, non ammissione, respingimento

a. Definizioni

Il potere di esclusione si declina nella pratica secondo modalità in grado di ottenere lo stesso risultato, ma che presuppongono un diverso tipo di legame tra l'individuo ed il territorio di immigrazione. Nonostante la discrezionalità di principio nella scelta in merito all'ammissione e, di converso, all'allontanamento dello straniero dal territorio, i termini del contemperamento tra pretesa statale e posizione del singolo non possono fare a meno di tenere in considerazione il fattore temporale ed il legittimo affidamento dello straniero. I canoni di valutazione delle scelte statali possono, e devono, mutare a seconda della durata del soggiorno (e quindi del grado del radicamento *in loco* del soggetto) e della regolarità o meno del medesimo³²⁶. Il diverso grado di collegamento con la comunità territoriale giustifica anche l'applicazione di un diverso regime giuridico al momento dell'allontanamento che, qualora lo straniero soggiorni da tempo sul territorio, si differenzia notevolmente per una maggiore pregnanza dell'indagine sul radicamento dello straniero lungo soggiornante nello Stato ospitante e sui motivi dell'allontanamento, che sono ristretti ai casi di "minaccia effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica"³²⁷.

A seconda della durata della permanenza dello straniero sul territorio si tende ad utilizzare termini differenti per l'allontanamento come espulsione, respingimento, rimpatrio, riammissione, accompagnamento alla frontiera, ritorno. I concetti di espulsione, non ammissione e di respingimento sono indicativi di modalità di allontanamento dal territorio diverse a seconda della località in cui il potere viene esercitato. In particolare, la distinzione tra respingimento alla frontiera ed espulsione, relativa quest'ultima ad un soggetto che abbia già fatto ingresso sul territorio e vi abbia risieduto, anche solo per un breve tempo, legittimerebbe maggiori garanzie per lo straniero in quest'ultimo caso, che aumenterebbero proporzionalmente alla durata

³²⁶ Nell'ambito dell'Unione Europea la situazione dei cittadini di paesi terzi soggiornanti da lungo periodo negli Stati membri è stata oggetto di specifiche direttive (Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo in GUUE n. L 016 del 23/01/2004 p. 44 ss, recentemente modificata da Direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2011 che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale, in GUUE n. L 132/1 del 19.5.2011) volte a creare in capo a tali individui un vero e proprio status differenziato. Tale status – che è permanente, salva revoca o perdita a date condizioni – reca con sé alcuni diritti, circa la parità di trattamento nell'esercizio di un'attività lavorativa, la tutela contro l'allontanamento, il soggiorno negli altri Stati membri, il ricongiungimento con i familiari.

³²⁷ Art. 12, dir. 2003/109/UE.

del soggiorno. Si nota, però, che alcuni autori faticano nel tracciare confini netti nella prassi tra le ipotesi di *espulsione* e le ipotesi di *respingimento*, stante l'esistenza di una vasta gamma di situazioni intermedie. Un esempio pertinente si configura qualora un migrante *sans papier* venga intercettato in frontiera e poi trattenuto temporaneamente sul territorio al fine di espletamento delle procedure relative alla sua eventuale domanda di asilo, o al suo trasferimento al Paese di provenienza³²⁸. Ci si chiede poi se stranieri irregolari sul territorio, solo per il fatto di essere riusciti a protrarre la loro permanenza clandestina, debbano ricevere un trattamento diverso dai migranti irregolari respinti alla frontiera. Inoltre, nei trattati internazionali e nel diritto dell'Unione europea è dato riscontrare una certa mutevolezza terminologica, per non parlare dell'eterogeneità di espressioni utilizzata dalle varie legislazioni statali al momento di descrivere i diversi fenomeni³²⁹. Ciononostante, la distinzione, seppur si presenti a volte non del tutto soddisfacente, conserva la propria utilità concettuale. Per di più, la differenziazione si rivela utile sul piano disciplinare giacché, a fronte di un graduale riavvicinamento nel grado di tutela, persistono differenze nelle normative applicabili alle varie fattispecie.

Il concetto di *espulsione* viene generalmente definito come ogni rimozione coattiva di uno straniero dal territorio dello Stato³³⁰, non conseguente ad una formale richiesta di estradizione da parte di un'autorità straniera³³¹. Qualora il fenomeno espulsivo riguardi l'allontanamento in massa di persone verso un Paese scelto in via esclusiva dallo Stato, perpetrato per lo più in tempo di guerra, senza consultare gli individui destinatari, si suole parlare di "deportazione", termine con cui si indica anche il trasferimento forzoso di

³²⁸ M. Di Filippo, "L'allontanamento dello straniero nel diritto internazionale", in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (eds.), *Immigrazione, Diritto, Diritti...*, cit., p. 412.

³²⁹ B. Nascimbene, A. Di Pascale, "Rapport de synthèse et conclusion", in B. Nascimbene (ed.), *L'éloignement et la détention des étrangers dans les États membres de l'Union Européenne*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 590-592; gli autori comparano le varie tipologie di allontanamento di stranieri dal territorio in uso negli Stati europei, evidenziando anche come in alcuni casi l'utilizzo dei termini non coincida (ad esempio, alcuni Stati interpretano il *refoulement* come l'allontanamento di chi è già all'interno del territorio, ma in maniera irregolare). A.M. Calamia, *Ammissione ed allontanamento...*, cit., p. 9.

³³⁰ M.D. Hmoud, *Expulsion of Aliens, Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, ILC, 64th session, 29 May 2012, pp. 3-4.

³³¹ Come noto, l'extradizione è un meccanismo giuridico di cooperazione giudiziaria che non si esplica mediante un atto unilaterale, bensì grazie ad un accordo tra uno Stato richiedente ed uno Stato destinatario della richiesta: I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., p. 318. Giorgio Gaja considera l'extradizione una sottocategoria dell'espulsione, alla quale si applicano norme speciali, riconoscendo comunque che a causa di tale specialità essa si considera un istituto giuridico differente: G. Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", in J. Cardona Lloréns (ed.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. 3, 1999, pp. 283-314, in particolare p. 291.

Non rientrando nella definizione di estradizione né di deportazione, che presuppongono una procedura formale, anche nel caso di "extraordinary rendition" può parlarsi di espulsione, purché essa riguardi degli stranieri. Il termine "rendition" non è un termine strettamente giuridico: esso indica il risultato di un'operazione che può avere varie forme e può essere o meno lecita di fronte al diritto internazionale, in cui uno Stato ottiene da un altro la custodia di una persona sospettata di terrorismo o di un altro grave crimine e/o il suo trasferimento sotto la propria giurisdizione o quella di uno Stato terzo. L'espressione "extraordinary rendition" viene usata quando vi sono pochi dubbi che la custodia di una persona sia stata ottenuta in disaccordo con la procedura di legge in vigore nel Paese in cui la persona si trovava. Per un approfondimento in materia: K.E. Boon, A. Huq, D.C. Lovelace, Jr., *Terrorism. Commentary on Security Documents, Extraordinary Rendition*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

popolazione civile (protetta dalle Convenzioni di Ginevra del 1949), al di fuori di territori militarmente occupati³³².

L'espulsione, la quale prescinde dalla tipologia legale od illegale di soggiorno dello straniero, può essere sia di diritto, ovvero conseguente un atto giuridico dell'autorità, che di fatto. Nel primo senso, si intende ogni atto formale dello Stato volto ad obbligare lo straniero a lasciare il territorio, indipendentemente dalla sua provenienza giurisdizionale od amministrativa, e dal fondamento o meno dello stesso nella legge³³³. Tra le espulsioni *de facto*, invece, rientrano quei comportamenti omissivi delle Autorità statali improntati alla tolleranza di condotte espulsive provenienti da privati o da gruppi organizzati nei confronti di uno straniero³³⁴. L'elemento coercitivo caratterizzante l'espulsione è costitutivo dell'allontanamento dal territorio, nonostante sia sufficiente che esso si presenti in fase determinativa, ben potendo lo straniero scegliere di eseguire volontariamente una decisione di espulsione.

D'altro lato, la *non ammissione* o il *respingimento alla frontiera*, non presuppongono un previo contatto dell'individuo con il territorio dello Stato. Naturalmente, per poter assimilare ogni ipotesi di *non ammissione* al *respingimento alla frontiera*, è necessario abbracciare una nozione ampia di "*frontiera*", intendendo non solo il confine fisicamente tracciato tra due territori, ma anche la barriera costituita dalla presenza di un'autorità consolare sul territorio dello Stato di provenienza, preposta, per l'appunto, alle attività funzionali degli agenti di frontiera³³⁵. Così, nel caso di un rifiuto di ammissione opposto dalle autorità consolari *in loco* ad una richiesta di visto d'ingresso inoltrata dal richiedente ancora nel Paese di provenienza, attualmente si dovrebbe applicare la stessa disciplina prevista per le ipotesi di respingimento alla frontiera territoriale³³⁶.

Inoltre, in entrambi i casi, i limiti al potere di non ammissione si sono progressivamente riavvicinati a quelli previsti nelle fattispecie di espulsione. Tanto si è ottenuto mediante la diffusione del concetto di giurisdizione effettiva, a cui sarà dedicato il prossimo paragrafo, ma anche tramite lo sviluppo e

³³² La distinzione terminologica tra "estradizione", "deportazione" ed "espulsione", non è cara agli autori e ai tribunali anglosassoni, i quali sono soliti intercambiare l'uso dei termini come se fossero sinonimi. Roman Rewald, ad esempio, fa ricadere all'interno della "Espulsione di stranieri" tanto la deportazione quanto l'estradizione: R. Rewald, "Judicial Control of Administrative Discretion in the Expulsion and Extradition of Aliens", in *AJCL*, Vol. 34, 1986, p. 451.

³³³ Ben altro discorso apre la discussione sul principio di conformità alla legge dell'azione amministrativa in materia di espulsione dello straniero, che verrà affrontato *infra*, par. 33.

³³⁴ Il binomio proposto azione/omissione intende riprendere la terminologia efficacemente utilizzata dalla Commissione di Diritto Internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati dell'anno 2001, (ILC, 53rd session, *Draft articles on Responsibility of states for internationally wrongful acts*, annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49(Vol. I)/Corr.4), nonché nel Progetto di articoli sull'espulsione dello straniero: ILC, 66th session, 2014, *Texts and titles of the draft articles adopted by the Drafting Committee on second reading*, A/CN.4/L.832

³³⁵ Il Black's Law Dictionary definisce la frontiera nella seguente maniera: "A line marking the limit of the territorial jurisdiction of a state or other entity having an international status".

³³⁶ Al contrario, spesso gli Stati specificano che il rilascio del visto non pregiudica in nessun modo la possibilità di un diniego di ingresso opposto alla frontiera fisica. Rilievi critici in merito a tale prassi e all'esistenza di eventuali rimedi sono svolti da: M. Di Filippo, "Controllo delle frontiere e ruolo della cooperazione internazionale", in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (eds.), *Immigrazione, Diritto, Diritti...*, cit., pp. 122 ss.

l'ampliamento dell'ambito di applicazione del principio di diritto internazionale di *non-refoulement*, di cui, invece, ci si accinge ad occuparsi.

b. Il principio di *non refoulement*

Com'è noto, l'origine del principio di *non refoulement* è relativamente recente³³⁷. Solo successivamente alla guerra del 1939-1945, contemporaneamente alla nascita delle Nazioni Unite ed alla creazione dell'*International Refugee Organization (IRO)*³³⁸, venne elaborata la nota Convenzione di Ginevra sui Rifugiati dell'anno 1951, il cui art. 33 enuncia il divieto di *refoulement*. Nonostante le affermazioni del Comitato *ad hoc* incaricato della stesura del progetto a favore della previsione di un ampio spazio per la tutela dei richiedenti asilo³³⁹, la Convenzione ha campo d'applicazione *ratione personae* molto limitato, nonché ulteriormente temperato dalla previsione delle eccezioni di cui al secondo comma dell'art. 33, dedicato al *non refoulement*³⁴⁰.

La formulazione del divieto convenzionale era inizialmente riferita ad una ristretta categoria di destinatari, tassativamente ricompresi nella definizione di rifugiato espressa dalla stessa Convenzione di

³³⁷ Solo nella prima metà del Novecento il principio di asilo e di non-estradizione degli oppositori politici ha visto concretizzazione in seguito ai grandi stravolgimenti politici del periodo in Europa e Sud-America, e agli ampi movimenti di cristiani ed ebrei in Russia e nell'Impero ottomano, nonché nei confronti dei rifugiati provenienti dal territorio del Terzo Reich tedesco. Il primo atto giuridico facente riferimento al divieto di respingimento di rifugiati, venne steso solo dopo la prima guerra mondiale, in un accordo del 1928, contenente una raccomandazione relativa ai rifugiati russi ed armeni (in 89 LNTS n. 2005). Il primo atto vincolante è la Convenzione del 1933 relativa allo Status dei rifugiati, ratificata tuttavia da solo 8 Stati, con pesanti riserve al principio di *non refoulement* alla frontiera, anche da parte del Regno Unito (in 159 LNTS n. 3952).

³³⁸ Istituita nel 1946. Sull'IRO e la pratica di respingimento del secondo dopoguerra, si veda: M.R. Marrus, *The Unwanted: European Refugees from the First World War Through the Cold War*, Philadelphia, Temple University Press, 2002; oppure, nel decennio immediatamente successivo alla guerra, P. Weis, "The International Protection of Refugees", in *AJIL*, Vol. 48, 1954, pp. 193 ss.

³³⁹ Il delegato per gli Stati Uniti, L. Henkin, afferma: "Whatever it was a question of closing the frontier to a refugee who asked admittance or of turning him back after he had crossed the frontier, or even of expelling him after he had been admitted to residence in the territory, the problem was more or less the same... he must not be turned back to a country where his life or freedom could be threatened. No consideration of public order should be allowed to overrule that guarantee..." , *Statement of Mr. Henkin of the United States*, in *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons, Memorandum by the Secretary General*, U.N. Document E/AC.32/2, 3 January 1950, par. 54-55, seguito dal rappresentante israeliano, "the prohibition on return must in fact apply to all refugees, whether or not they were admitted to residence; it must deal with both expulsion and no-admittance", *ibid*, par. 60-61, e dal britannico, che conclude ricomprendendo nella nozione di respingimento il diniego di ingresso a coloro che cercano l'ammissione. Seppur datati nel 1950 gli interventi rispecchiano l'opinione in seno al Comitato *ad hoc* sin dal momento della sua creazione. I lavori preparatori alla Convenzione possono essere interamente consultati on-line all'indirizzo: <http://www.unhcr.org/research.html>.

³⁴⁰ Si veda *infra*, par. 24. Il mutamento di opinione politica negli Stati dalla fase della negoziazione al momento dell'adozione del testo dell'Accordo è evidenziato anche dalla contemporanea scelta degli Stati di non inserire il diritto d'asilo nell'enunciazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nell'anno 1948.

Ginevra nel suo primo articolo³⁴¹. Da lì ha preso le mosse sia un progressivo allargamento della definizione di rifugiato, come si vedrà in seguito,³⁴² che una ridefinizione del campo di applicazione del *non-refoulement*, mediante la sua formulazione in ulteriori disposizioni normative di altri strumenti universali e regionali³⁴³.

Si ritiene generalmente che il contenuto del divieto in questione sia ormai fatto oggetto di una norma di diritto internazionale consuetudinario, pertanto gravante su ogni Stato anche non vincolato da particolari obblighi convenzionali. Per affermarlo, Guy S. Goodwin-Gill e Jane McAdam compiono un ampio ed attento esame della prassi e dell'*opinio iuris* degli Stati, nonché della diffusione di atti di *soft law* invocanti l'obbligatorietà della norma, quali le Conclusioni del Comitato esecutivo dell'UNHCR³⁴⁴. La conclusione raggiunta è condivisa da molti altri autori³⁴⁵.

Oltre che in relazione al novero dei soggetti obbligati, si sono registrati progressi anche nel numero di beneficiari raggiunti dal principio di *non-refoulement*. L'erosione dei limiti della Convenzione di Ginevra, permette di ampliare il numero di individui a cui lo Stato è oggi obbligato a fornire protezione, perlomeno temporanea, sulla base di ragioni di carattere umanitario³⁴⁶. La dottrina considera che oggi il contenuto dell'obbligo consuetudinario di *non-refoulement* si allarghi a ricomprendere proprio la presa in carico della situazione di questi altri individui, includendo le cosiddette *displaced persons* che non godono della protezione nei loro Paesi di origine³⁴⁷.

³⁴¹ Nonostante il Comitato Esecutivo dell'UNHCR abbia chiarito, per esempio, nella Conclusione n. 6 (1977), la fondamentale importanza del principio di *non-refoulement* "irrespective of whether or not individuals have been formally recognized as refugees", ribadita dalle Conclusioni N. 79 (1996), n. 81 (1997), n. 82 (1997). Anche l'Assemblea Generale si associa alla considerazione data ai rifugiati cosiddetti *prima facie*: "Office of the High Commissioner for Refugees", G.A. Res. 52.103 of 12 December 1997.

³⁴² *Infra*, par. 24.

³⁴³ Tra cui la Convenzione contro la Tortura del 1984, al cui art. 3 vieta agli Stati di "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." (Convenzione contro la tortura ed altri trattamenti o punizioni crudeli inumani e degradanti, adottata il 10 dicembre 1984, 1465 UNTS 85, entrata in vigore il 26 giugno 1987). Anche l'art. 7 del Patto di New York sui Diritti Civili e Politici del 1966 (Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966, 999 UNTS 171, entrato in vigore il 23 marzo 1976) è stato interpretato nel senso di contenere un'implicita previsione di *non-refoulement*: HRC, *General Comment 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

³⁴⁴ Per un esame della prassi in merito, si veda: G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 208-232.

³⁴⁵ D.W. Greig, "The Protection of Refugees and Customary International Law", in *Aust. YBIL*, Vol. 8, 1978-1980, pp. 108-141, pp. 133 ss.; T. Meron, *Human Rights and...*, cit., p. 23; D. Perluss, J.F. Hartman, "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm", in *VJIL*, Vol. 26, 1985-1986, pp. 551 ss.; E. Lauterpacht, D. Bethlehem, "The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion", in E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 87-177, p. 140 ss.

³⁴⁶ Non è questa la sede per affrontare il legame tra *non-refoulement* e protezione temporanea come contenuto positivo dell'obbligo; si rimanda, quindi, *infra* par. 25 b). Si vedano anche: D. Perluss, J.F. Hartman, "Temporary Refuge...", cit.; J. Fitzpatrick, "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", in *AJIL*, Vol. 94, No. 2, April 2000, pp. 279 ss.

³⁴⁷ G.S. Goodwin-Gill, "Non-refoulement and the New Asylum Seekers", in *VJIL*, Vol. 26, 1985-1986, pp. 897 ss., p. 902; D. Perluss, J.F. Hartman, "Temporary Refuge...", cit., p. 554; J. Fitzpatrick, "Temporary Protection...", cit., pp. 282-287. Si noti la

Il rinvenimento delle stesse ragioni umanitarie, sul cui presupposto scatta l'obbligo di protezione, è ormai lungi dall'essere rimesso alla discrezione dello Stato, in quanto condizionato, nell'ultimo decennio, da norme internazionali vincolanti lo Stato in ordine all'elargizione della cosiddetta *protezione complementare* di individui non rifugiati. La vigenza di un principio generale di protezione di coloro che fuggono da situazioni di guerra o di violenza generalizzata, basato su norme di diritto internazionale umanitario e di diritto internazionale dei diritti umani³⁴⁸, è suggerita anche dalla prassi degli Stati³⁴⁹.

c. Applicazione extraterritoriale del principio di *non refoulement*

Per quanto interessa attualmente, ci si deve soffermare su un particolare effetto dello sviluppo del principio di *non refoulement*: il divieto di respingimento, come appena brevemente caratterizzato, si applica oggi sia agli espulsi dal territorio di uno Stato, sia agli esclusi alla sua frontiera³⁵⁰ che lontano dai confini territoriali. L'assimilazione è tutt'altro che scontata. La dottrina si è lungamente interrogata sull'applicabilità extraterritoriale della previsione del *non refoulement*³⁵¹.

diversa opinione di: K. Hailbronner, "Non-Refoulement and "Humanitarian Refugees": Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", in *VJIL*, Vol. 26, 1986, pp. 857 ss.; e di J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, che afferma: "there is no basis to assert that just because most countries have accepted some kind of *non-refoulement* obligation, applying to at least some kinds of cases and in at least some contexts (many not involving refugees at all), it can now be concluded that there is an universally applicable duty of non-refoulement owed to refugees by all states including the forty five or so which have opted not to accede to either the Refugee Convention or Protocol", (p. 365).

³⁴⁸ Quali diritti umani vengano in considerazione è tema a cui è dedicato il capitolo seguente.

³⁴⁹ D. Perluss, J.F. Hartman, "Temporary Refuge...", cit.; G.S. Goodwin-Gill, "Non-refoulement...", cit.; K. Hailbronner, "Non-Refoulement...", cit.

³⁵⁰ Alcuni autori suggeriscono di accogliere una nozione omnicomprensiva e smaterializzata di "frontiera", con essa intendendo ogni momento di contatto tra individuo ed organizzazione statale. La tesi, che è sostenuta da Albert M., Jacobson B., Lapid Y.(eds), *Identities, Borders, Order: Rethinking International Relation Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001, porterebbe a qualificare "frontiera" anche la nave militare che raccoglie individui in alto mare, od in mare territoriale di un altro Stato.

³⁵¹ Cf. Robinson: *Commentary*, 1953, p.163: art. 33 concerns refugees who have gained entry into the territory of a contracting state, legally or illegally, but not refugees who seek entrance into this territory"; P. Weis., "Legal Aspects of the Convention of 28 July 1951 relating to the Status of refugees", in *BYBIL*, vol. 30, 1953, pp. 482-3, "*Non-refoulement* leads the way to the adoption of the principle that a State shall not refuse admission to a refugee, i.e. , it shall grant him at least temporary asylum...if non-admission is tantamount to surrender to the State of persecution" e *Temporary Asylum*, in *Indian Journal of International Law*, 1966, p. 183, dove argomenta per l'estensione del principio di non-respingimento alla frontiera, altrimenti diventando la protezione dipendente dalla "circostanza fortuita" che un rifugiato abbia o meno successo nel suo ingresso nel territorio. Al contrario, Grahl-Madsen afferma ripetutamente che l'art. 33 è limitato a coloro che, legalmente o illegalmente, sono presenti sul territorio degli Stati contraenti, poiché la protezione dipende dall'aver "messo piede" nel territorio: *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, Sijthoff, 1966, vol.2, pp. 94-99; *Territorial Asylum*, 1980, p. 40. Nella più recente analisi, E. Lauterpacht e D. Bethlehem sono convinti che il *non-refoulement* ricomprenda il divieto di respingimento alla frontiera, notando che: "Where States are not prepared to grant asylum to persons who have a well-founded fear of persecution, they must adopt a course that does not amount to *refoulement*... No other analysis, in our view, is consistent with the terms of Article 33", "The scope and content of the principle of *non-refoulement*:

A questo punto si impone una prima considerazione: con Goodwin-Gill, si ritiene che il divieto di respingimento sia ancorato a norme di diritto internazionale dei diritti dell'uomo. Il tema, quindi, può seguire le orme della discussione in merito alla sussistenza della giurisdizione dello Stato e, poi, di una sua eventuale responsabilità internazionale, anche per atti compiuti all'esterno dei suoi confini che siano idonei a ledere tali diritti. Il discorso verrà affrontato nel paragrafo che segue. Ma l'applicazione extraterritoriale del principio di *non refoulement* può, come è stato fatto, derivarsi anche da argomenti intrinsecamente legati al suo oggetto, al suo contenuto e al suo scopo.

In primo luogo, si impone l'argomento letterale: l'esegesi delle disposizioni di diritto positivo in cui il *principio di non refoulement* è contenuto ne conferma l'applicazione extraterritoriale. Nella formulazione dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, il termine francese ("*refoulés*") e quello inglese ("*return*") sono utilizzati in modo complementare al termine "espulsione", evidentemente identificando un fenomeno differente. Inoltre, la precisazione affidata all'inciso "in qualsiasi modo" ("*de quelque manière que ce soit*"; "*in any manner whatsoever*"), è evidentemente finalizzata a ricomprendere ogni tipo di modalità di allontanamento possibile.

Tuttavia il significato del verbo "*return*" è stato oggetto di una diversa interpretazione da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti, ai fini di avvallare la prassi statunitense di respingimenti in alto mare di profughi provenienti da Haiti. Nella nota sentenza *Sale v. Haitian Centers Council*³⁵², la Corte ha sostenuto che l'iniziale prassi del continente europeo, improntata alla reiezione di migranti alla frontiera, fosse in linea con il significato che dovesse essere attribuito al termine *return*, ovvero

"a defensive act of resistance or exclusion at a border, rather than an act of transporting someone to their home state or some other country... in the context of the Convention, to return means to repulse rather than to reinstate."³⁵³

Pertanto "to return" si differenzerebbe da "to expel" per le modalità forzose e dirette dell'allontanamento posto in essere dagli agenti statali al confine.

Come è stato ben evidenziato nello stesso procedimento giudiziario, sia tramite gli interventi dell'UNHCR come *amicus curiae* che nelle *dissenting opinions*, una siffatta forzatura della portata letterale della norma

Opinion", in E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (eds), *Refugee Protection...*, cit., p. 113. Nello stesso senso, si veda: D.W. Greig, "The Protection of Refugees...", cit., p. 134; Conetti, *Rifugiati*, in *Appendice, Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, 1986, p. 920; G.S. Goodwin-Gill, "Non-refoulement...", cit.; G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee...*, cit.; P. Bonetti, L. Neri, "Il diritto d'asilo", in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 1139 ss.; *contra*, K. Hailbronner, "Non-Refoulement...", cit., p. 860.

³⁵² *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al., Petitioners v. Haitian Centers Council, Inc. et al.*, 509 US 155 (US SC, Jan. 12, 1993)

³⁵³ *Ibid*, par. 182. Recentemente la decisione è stata ripresa dal governo statunitense allo scopo di osservare al Progetto di articoli della CDI in materia di espulsione dello straniero come tutte le ipotesi di respingimento non dovessero ritenersi ricomprese nel campo di applicazione del progetto di articoli: ILC, 66th Session, 2014, *Expulsion of Aliens, Comments and observations received from Governments*, A/CN.4/669, pp. 13-14.

non può che essere stata strumentale all'argomentazione di una decisione già presa, in quanto non solo a "return" viene attribuito un significato che si discosta da quello comunemente in uso³⁵⁴, ma l'effetto logico che si otterrebbe, qualora si avallasse tale interpretazione, sarebbe di privare il termine "return" del suo effetto utile. Tanto anche omettendo di considerare l'inciso "in any manner whatsoever", che certo si riferisce "ai vari metodi con i quali i rifugiati possono essere espulsi, non ammessi o allontanati"³⁵⁵.

In definitiva, si crede che la scelta della Corte statunitense semplicemente non sia pertinente³⁵⁶.

Il secondo argomento in base a cui considerare equiparabile il respingimento extraterritoriale rispetto alle ipotesi espulsive, è l'argomento teleologico che impedisce di considerare vigenti limitazioni di carattere geografico all'applicazione del principio di *non refoulement*. Anche a tale fine è utile prendere le mosse dal testo della disposizione della Convenzione di Ginevra del 1951. In merito, è noto che i criteri generali di interpretazione delle disposizioni convenzionali, elencati nell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul Diritto dei Trattati, impongono un'interpretazione della disposizione conforme all'oggetto e allo scopo del trattato. Il criterio teleologico di interpretazione dei trattati è particolarmente utilizzato dalle istanze giurisdizionali preposte a vigilare l'applicazione delle norme sui diritti umani dell'individuo³⁵⁷. Orbene, le Convenzioni contenenti il principio *non-refoulement* sono trattati sui diritti umani³⁵⁸, ed una concezione limitatamente territoriale del principio recherebbe un grave pregiudizio al perseguimento della finalità di

³⁵⁴ La definizione di "return", secondo *Oxford Dictionary Online*, è "come or go back, ... give, put or send back to a place or person", in <http://oxforddictionaries.com/definition/english/return?q=return> Come sarcasticamente argomentò l'UNHCR di fronte alla Corte Suprema: "The definition of "refouler" upon which the government relies to render the term "return" ambiguous simultaneously renders it redundant. Under the (US Government's) reading, the phrase "expel or return" is transformed into "expel or expel": UNHCR, "The Haitian Interdiction Case 1993. Brief as Amicus Curiae", in *IJRL*, 1994, p. 85. Amaramente conclude il giudice Blackmun nella propria opinione dissidente: "Today's majority decides that the forced repatriation of the Haitian refugees is perfectly legal because the word return does not mean return and because the opposite of "within the US" is not outside the US... The Convention... was enacted largely in response to the experience of Jewish refugees in Europe during the period of World War II. The tragic consequences of the world's indifference at that time are well known. The resulting ban of *refoulement*, as broad as the humanitarian purpose that inspired it, is easily applicable here, the Court's protestation of impotence and regret notwithstanding", in *Sale...cit.*, parr. 207-208.

³⁵⁵ *Statement* del rappresentante belga Mr. Cuvelier, UN. Doc. E/AC.32/SR.22, 2 febbraio 1950, par. 20

³⁵⁶ E' la conclusione a cui giunge J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, cit., p. 340, da cui sono riprese le considerazioni dell'UNHCR riguardanti la pronuncia statunitense appena proposte. E' stata avanzata un'ulteriore interpretazione del binomio terminologico "expel" e "return" utilizzato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, che fa leva sul significato del termine *refoulement* in Belgio e Francia: nelle legislazioni di questi Paesi il termine "espulsione" si riferisce a misure prese sulla base di provvedimenti volti al contrasto della criminalità, mentre il *refoulement* interessa ogni straniero indesiderato: Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, 1953 (ristampata il 1997 da Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees), p. 138.

³⁵⁷ P. Wachsmann, "Les méthodes d'interprétation...", pp. 188-193; Lucius Caflish et Antonio Cançado Trindade, «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général», *RGDIP*, vol. 108, 2004, p. 11-22.

³⁵⁸ Anche perché, come visto, spesso il divieto di respingimento viene fatto oggetto delle decisioni dei tribunali preposti proprio al controllo sul rispetto dei diritti dell'uomo, che lo legano inscindibilmente alle disposizioni convenzionali di cui giudicano il rispetto.

tutela dell'individuo propria del trattato, seppur l'ambito di applicazione dei trattati sui diritti umani non possa essere determinato in via generale³⁵⁹.

Infine, per indagare l'ambito (extra)territoriale di applicazione del *non refoulement* deve aversi a faro la prassi applicativa. Nella sua posizione di *amicus curiae* nel processo *Sale*, l'UNHCR non manca di rilevare il paradosso di distinguere gli aventi diritto alla protezione internazionale sulla base della sola circostanza fortuita del successo nel tentativo illecito di attraversamento dei confini³⁶⁰. Argomenti di questo tipo sono stati più volte ribaditi. Nella trattazione di fatti sostanzialmente identici, la Commissione Inter-Americana per i Diritti Umani nel 1997 criticò pesantemente la conclusione raggiunta dalla Corte Suprema statunitense; e in un procedimento per questo aspetto assimilabile, quale il giudizio di fronte ad una Corte d'Appello inglese relativo al divieto di ammissione opposto da agenti inglesi a passeggeri rumeni nell'aeroporto di Praga³⁶¹. La Corte di Strasburgo, dal canto suo, li ha fatti propri nel caso *Hirsi*, il quale si interessa di un'applicazione extraterritoriale del principio in una fattispecie di respingimento lontano dalla frontiera³⁶².

In riferimento alla prassi statale, deve notarsi come i comportamenti siano vari e possano portare ad opposte conclusioni. Difatti, le numerose situazioni in cui le frontiere sono state chiuse di fronte all'arrivo di grandi numeri di rifugiati sono spesso assunte ad argomento di prova in senso contrario all'esistenza di un'applicazione extraterritoriale del *non refoulement*³⁶³. Se non ché è gioco facile notare come, ogni qual volta ciò sia avvenuto, i Governi interessati abbiano cercato di non dare risonanza al fatto e, comunque, di procurarsi qualche giustificazione di fronte gli altri Stati per la loro inadempienza, mostrando evidenze in merito alla loro *opinio iuris* sull'esistenza di un obbligo internazionale di *non-refoulement* alla frontiera, che non intendevano punto rispettare³⁶⁴. Anzi, in alcuni casi è la gravità stessa della violazione che non permette

³⁵⁹Cfr. M. Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 80. Si veda anche, *idem*, "From Compromise to Principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties", in *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, pp. 401-448.

³⁶⁰ UNHCR, *Brief..cit.*

³⁶¹*R. (European Human Rights Centre and Others) v. Immigration Officer at Prague Airport*, 2033 EWCA Civ 666, May, 20, 2003 par.35, in cui si ritiene, sul punto, in errore la Corte Suprema degli Stati Uniti in quanto "it is impermissible to return refugees from the high sea to their country of origin". Ciò si afferma nonostante la puntualizzazione della Corte d'Appello anglossassone nel senso di ritenere di non poter permettere, sulla base del necessario adempimento in buona fede dello scopo del trattato, interpretazioni che prevedono obblighi dove in realtà non ve ne siano, *R....cit.*, par. 28. Il rilievo è condiviso anche dalla House of Lords, chiamata a decidere in terza istanza, *R. v Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents), ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)* 2004, UKHL 55, par. 19.

³⁶² Su cui *infra*, questo par.

³⁶³ Si veda, per esempio, i rifiuti opposti ai 907 ebrei tedeschi della nave *St. Louis*, a cui, durante il nazismo, fu negato l'ingresso da parte di tutti gli Stati d'America; il respingimento di Tanzania e Zaire dei profughi provenienti dal Rwanda, del Nepal verso i rifugiati tibetani, della Guinea al momento della guerra in Sierra Leone. Ad essi si aggiungono la mancata accoglienza della Giordania di mille tra Iranian, Palestinesi, Sudanesi, Somali, Siriani dopo il collasso del regime di Saddam Hussein, ed il rifiuto del governo macedone di fronte all'arrivo di albanesi kosovari nel 1999. Gli esempi continuano in: J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, cit., pp. 279-300.

³⁶⁴ Lo stesso Hathaway riporta le giustificazioni erette dal governo pakistano al momento di chiudere le proprie frontiere verso l'Afghanistan nel novembre 2000, dopo aver accolto più di 2 milioni di rifugiati; anche il ministro degli esteri macedone si riporta

di considerare lecito il comportamento tenuto: le norme internazionali in materia di trattamento dei rifugiati, anche già all'interno del territorio, sono state spesso disattese da molti Stati in maniera plateale, con conseguenze rispetto alle quali il giudizio di riprovevolezza della Comunità internazionale è stato univoco. Un esempio è il rifiuto opposto dagli Stati di fornire cibo e cure mediche ai rifugiati nel proprio territorio³⁶⁵.

In questi casi non può certo sostenersi l'inesistenza dell'obbligo, in base all'assunto che è stato violato.

Anche gli organi delle organizzazioni internazionali competenti a valutare l'applicazione della norma sono a favore di un'applicazione extraterritoriale del principio: la Commissione inter-americana per i diritti umani, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il Comitato delle Nazioni Unite contro la Tortura ed il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, si sono espressi in tal senso³⁶⁶. Recentemente la Corte EDU, reiterando la sua opinione sul punto³⁶⁷, si è pronunciata sulla questione, condannando l'Italia per il respingimento di un barcone di migranti irregolari che si trovava in alto mare³⁶⁸.

La possibilità che il divieto di *refoulement* si applichi anche in relazione ad individui che cercano protezione presso una sede diplomatica è stato, a sua volta, implicitamente ammesso dalla stessa Corte di Strasburgo, in un *obiter dictum* pronunciato in occasione della sentenza *Al Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito* del 2010³⁶⁹.

Pertanto, non sembra esservi dubbio sull'applicabilità del principio di *non refoulement* ad ogni fattispecie di allontanamento sia alla frontiera che lontano dalla stessa. Ciò contribuisce notevolmente a

all'inattività mostrata dagli altri Stati balcanici per sorreggere la propria decisione di non fornire rifugio ai Kosovari albanesi nel 1999, *Ivi*, p. 281.

³⁶⁵ *Ivi*, p. 288.

³⁶⁶ IACCommHR, *Haitian Centre for Human Rights v. United States of America*, Case 10.675, Report No. 51/96, Merits, 13 March 1997; UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, par. 24, e *Background note on the protection of asylum-seekers and refugees at sea*, 18 March 2002, par. 18, GA, Declaration on Territorial Asylum, adopted on 14 December 1967, UNGA resolution 2312 (XXII), A/RES/2312(XXII), second la quale "No person referred to in article 1, paragraph 1, shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any state where he may be subjected to persecution."; CAT, *Conclusions and Recommendations of the CAT concerning the second report of the USA*, CAT/C/USA/CO/2, 2006, par. 15 e 20, dove si afferma che gli Stati devono assicurare che il *non-refoulement* sia "fully enjoyed by all persons under (its effective control)...wherever located in the world", ed in *J.H.A. v. Spain*, Communication No. 323/2007, Views of 21 November 2008, che ritiene la Spagna responsabile del respingimento di migranti in alto mare; HRC, *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, par. 12, *Concluding Observations of the Human Rights Comm.: USA*, CCPR/79/Add.50, 1995, para. 284, e *Kindler v. Canada*, Commentary No. 470/1991, 30 July 1993, para. 6.2, e *ARJ v. Australia*, Commentary No. 692/1996, 11 August 1997, para. 6.8.

³⁶⁷ Si veda *Xhavara and Others v. Italy and Albania*, Application No. 39473/98, *Admissibility decision*, 11 January 2001, che veniva ritenuto inammissibile e *Medvedyev and Others v. France*, GC, Application No. 3394/03, Judgment of 29 March 2010.

³⁶⁸ CEDU, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, GC, Application No. 27765/09, Judgment of 23 February 2012. La sentenza ha chiarito definitivamente l'ambito extraterritoriale di applicazione del principio di *non refoulement* in ragione del suo scopo di tutela dei diritti dell'individuo, secondo F. Lenzerini, Il principio di *non-refoulement* dopo la sentenza *Hirsi* della Corte europea dei diritti dell'uomo, in RDI, 2012, p. 721 ss; Si trovava invece in acque territoriali il barcone di migranti il cui respingimento ha dato seguito alla sentenza CEDU, *Sharifi and oth. v. Italy and Greece*, App. n. 16643/09, Judgment of 21.10.2014.

³⁶⁹ Application n. 61498/08, Judgment of 2nd March 2010, par. 139. Nello stesso senso si esprime il giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione concorrente nel caso *Hirsi*.

riavvicinare la disciplina applicabile in caso di respingimenti di stranieri in ipotesi di extraterritorialità a quella seguita nelle fattispecie più propriamente espulsive. Come detto, il *divieto di refoulement* di sempre più vaste categorie di migranti (si è visto che alcuni autori spingono per una sua applicazione generalizzata, per ragioni umanitarie), permette l'operatività di tutte le norme disciplinanti il loro trattamento. In questo senso, è norma strumentale alla loro tutela³⁷⁰. Ciò non impedisce il dispiegarsi di differenze nella concreta disciplina applicabile all'esclusione dal territorio, in ragione del tempo di permanenza su di esso. Come detto, una prolungata presenza sul territorio pesa di più in sede di bilanciamento tra interesse dello straniero e quello dello Stato. Il *non refoulement* permette, però, in ogni caso, la considerazione della situazione giuridica dell'individuo. Per questo il riavvicinamento appare fondamentale.

14. Il luogo di esercizio: la giurisdizione extraterritoriale sullo straniero.

Come si è appena visto, si è a lungo discusso sull'applicabilità del *non refoulement* all'ipotesi di allontanamento dello straniero dal territorio mediante un respingimento in frontiera od in alto mare. Ad oggi, la dottrina e la giurisprudenza sembrano avere accolto la soluzione positiva, con gli argomenti che si sono richiamati. In realtà, la problematica sottesa alla questione è quella, antica, sull'esistenza di una giurisdizione dello Stato sullo straniero al di fuori del territorio. E' indubbio che, se sussiste giurisdizione, gli Stati sono tenuti al rispetto degli obblighi internazionali, anche a tutela del diritto del migrante. La "trappola" non sfugge agli Stati, che hanno spesso sostenuto di non avere tale giurisdizione³⁷¹ e, di conseguenza, di non potere essere ritenuti responsabili per violazioni dei diritti del richiedente. Orbene, una siffatta opinione, seppur frequentemente reiterata, non presenta più alcun margine per poter essere efficacemente sostenuta, giacché generalmente si concorda nel riconoscere agli obblighi di diritto internazionale dei diritti umani il carattere dell'extraterritorialità³⁷².

³⁷⁰ Il ruolo che gli si attribuisce è ben spiegato da: M. Di Filippo, "L'ammissione di cittadini stranieri", in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (eds.), *Immigrazione, Diritto, Diritti...*, cit.: "Ove si rifletta sulla sua *ratio* (ndr: del principio di *non refoulement*), non si può fare a meno di notarne l'aspetto saliente: esso offre una garanzia accessoria, potremmo dire, anticipatoria, rispetto alla violazione di alcuni diritti umani particolarmente qualificati. Combinando le norme sui diritti umani con le norme generali sull'illecito internazionale, sapevamo già che uno Stato non può realizzare certe condotte a danno degli individui, né da solo, né con la forma più soft della mera assistenza contemplata dall'art. 16 del Progetto di articoli della ILC. Ebbene, la garanzia di *non refoulement* offre una tutela aggiuntiva (anticipatoria, appunto), vietando ad uno Stato di contribuire, in forme che altrimenti sfuggirebbero alla nozione di complicità o di assistenza, a potenziali violazioni da parte di un altro Stato" (p. 103).

³⁷¹ Si veda per esempio la difesa dello stato italiano nel caso CEDU, *Hirsi*, cit. V. al riguardo A. Liguori, "La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi", in *RDI*, vol. 95, 2012, pp. 415 ss. Cfr. B. Nascimbene, "Condanna senza appello per i 'respingimenti'", in www.affarinternazionali.it; F. Messineo, "Yet another mala figura: Italy breached *non refoulement* obligations by intercepting migrants' boats at sea, say ECtHR", alla pagina www.ejiltalk.org.

³⁷² V. M. Milanović, *Extraterritorial Application*, cit.

Il fondamento e lo scopo della stessa è molto dibattuto. L'applicazione delle norme di diritto internazionale al di fuori del territorio dello Stato non è limitata ad obblighi ristretti nel regime speciale di diritto internazionale dei diritti umani: la cosiddetta "giurisdizione personale", ovvero la giurisdizione di uno Stato su parti che si trovano all'estero o sull'esercizio di attività extraterritoriali, è concetto noto anche in altri settori del diritto internazionale, quale quello dell'immunità degli Stati e dei loro agenti all'estero. L'esistenza della giurisdizione in ipotesi extraterritoriali è stata fondata vuoi sulle sole norme di diritto internazionale classico vuoi, in alternativa, sulle norme a proposito delle immunità diplomatiche, grazie al consenso dello Stato territoriale, vuoi sulla base del controllo *de facto* di un territorio altrui a seguito di un'occupazione militare³⁷³.

In alcune occasioni, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e del Comitato per i Diritti Umani ha mostrato di avallare un siffatto concetto unico ed omnicomprensivo di giurisdizione. Nel caso *Bankovic*³⁷⁴ la Corte attribuisce una connotazione essenzialmente "territorialistica" alla nozione di giurisdizione, alla luce del diritto internazionale generale³⁷⁵, nonché in base alla prassi seguita dagli Stati nell'applicazione della Convenzione Europea³⁷⁶, e perviene, poi, a configurare i casi di estensione extraterritoriale della giurisdizione come ipotesi eccezionali, tendenzialmente coincidenti con i casi di esercizio fuori dal territorio di competenze statali. Ciò purché l'esercizio di tali poteri statali possa dirsi sufficientemente *stabile*: proprio sulla base dell'instabilità dell'esercizio dei poteri di governo da parte degli Stati convenuti, la Corte nega l'esistenza di una loro giurisdizione extraterritoriale nel caso *Bankovic*.

Il tribunale europeo quindi, seppur non rinvenendola nel caso *Bankovic*, si pronuncia in via di principio a favore dell'esistenza di una giurisdizione extraterritoriale "as a consequence of a military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory"³⁷⁷. La medesima deriverebbe dalle norme che disciplinano l'azione degli organi statali all'estero tra cui, oltre ai casi dell'occupazione militare o del consenso dato dallo Stato territoriale, rileverebbero le "activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State".

Ancora più interessanti sono i casi concernenti atti coercitivi compiuti da alcuni Stati contraenti del Patto sui diritti civili e politici del 1966 sul territorio di Stati terzi, implicanti la violazione di una pluralità di diritti, tra cui il diritto a non essere sottoposti ad un arresto arbitrario (art. 9, parr. 1 e 4), il diritto alla libertà di movimento (art. 12, par. 1), il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 7), le garanzie processuali dell'imputato in materia penale (art. 14), il diritto ad un trattamento dignitoso da parte dei

³⁷³ Un'ampia ricognizione nonché critica di questi orientamenti è contenuta in P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002, il quale, a p. 115, cita A. J. Frowein, *Artikel I*, in A. J. Frowein, W. Peukert (a cura di), *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, Arlington, 1994, pp 24 ss., e E. Decaux., *Le territoire des droits de l'homme*, in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, 1995, p. 65 ss.

³⁷⁴ *Bankovic...cit.*

³⁷⁵ Par. 59 della decisione.

³⁷⁶ Par. 62.

³⁷⁷ *Bankovic*, cit. par. 71

detenuti (art. 10). Nel caso *Lopez Burgos v. Uruguay*³⁷⁸, così come nel caso *Celiberti de Casariego v. Uruguay*³⁷⁹, l'iter argomentativo del Comitato non pare dare rilievo né all'indagine sul consenso o acquiescenza da parte dello Stato territoriale, né alla circostanza che le azioni abbiano interessato cittadini dello stato agente piuttosto che stranieri. La conclusione del Comitato in ordine all'esistenza di giurisdizione dell'Uruguay e, quindi, all'applicabilità delle disposizioni del Patto e alla propria competenza ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo Opzionale³⁸⁰, viene fatta discendere dalla stessa interpretazione dell'art. 2, par. 1, del Patto che, disgiuntivamente³⁸¹, obbliga gli Stati alla tutela del diritto dell'individuo "within their territory and subject to their jurisdiction". Nella soluzione del caso *Lopez Burgos*, il Comitato afferma:

"it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory"³⁸²;

Di conseguenza, secondo il Comitato, la propria competenza non dipende dal luogo di commissione dell'asserita violazione, ma è dovuta

"rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant wherever they occurred"³⁸³.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, malgrado l'eterogeneità delle fattispecie rilevanti, ha spesso deciso sulla giurisdizione con argomenti in linea con la giurisprudenza del Comitato delle Nazioni Unite.

Nei casi *Öcalan v. Turkey*³⁸⁴ e *Issa and others v. Turkey*³⁸⁵, riguardanti atti coercitivi svolti dal governo turco rispettivamente in territorio kenyota ed iracheno, l'azione turca si svolge senza il consenso del governo territoriale, sono perciò assimilabili ai detti casi *Lopez Burgos* e *Celiberti de Casariego* risolti dal Comitato. Anche nei celebri casi *Medvedyev and others v. France*³⁸⁶, risolto nel 2010, e *Al-Skeini and Others v. United*

³⁷⁸ Communication No. R 12/52, Views of 6 June 1979

³⁷⁹ Communication No. 56/1979, Views of 29 July 1981

³⁸⁰ Che limita la competenza del Comitato in relazione agli individui soggetti alla giurisdizione degli Stati parte.

³⁸¹ Si veda in questo senso HRC, General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligations...cit.

³⁸² Caso *Lopez Burgos*, par. 12.3

³⁸³ Caso *Lopez Burgos*, par. 12.2 e caso *Celiberti de Casariego*, par. 10.2

³⁸⁴ CEDU, GC, Application No. 46221/99, Judgment of 12 May 2005. Con il ricorso veniva fatta valere la contrarietà agli art. 3 e 5 della Convenzione dell'arresto del noto leader del PKK (Partito dei lavoratori del Kurdistan), eseguito nel 1999 a Nairobi da parte turca, presumibilmente senza il preventivo consenso delle autorità kenyote, come dichiarato dallo stesso governo kenyote ad alcuni giorni di distanza dal fatto. Sull'esistenza di una vera forma di cooperazione giudiziaria tra i due Stati si basava invece la difesa del governo della Turchia.

³⁸⁵ CEDU, GC, Application No. 31821/96, Judgment of 16 November 2004, che riguardava l'omicidio di alcuni cittadini iracheni di etnia curda da parte delle truppe turche che svolgevano attività coercitive sul territorio dell'Iraq.

³⁸⁶ GC, Application No. 3394/03, Judgment of 29 March 2010, par. 67.

*Kingdom*³⁸⁷, del 2011, la Corte ricondusse ad un particolare *fatto*, ovvero un “full and exclusive control over a prison or a ship³⁸⁸”, l’esistenza della giurisdizione extraterritoriale esercitata dagli Stati convenuti:

“What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question. It is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual³⁸⁹”.

La Corte richiama la sufficienza e la necessità di un controllo e potere sull’individuo per l’operatività delle norme convenzionali. Assumendo la prospettiva della necessità di un controllo di fatto sull’individuo affinché vi sia giurisdizione, la Corte europea richiede solamente che l’azione dello Stato sia idonea ad influire sul singolo per il godimento dei diritti tutelati. Ciò può spiegarsi esclusivamente con la volontà di rendere effettiva la tutela accordata ai diritti del singolo, *ratio* alla base dell’ampliamento di giurisdizione.

L’impostazione teleologica seguita dal Comitato e dalla Corte EDU, saldamente ancorata all’oggetto e scopo delle norme da applicarsi, sembra trovare corrispondenza in quanto affermato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel parere relativo alle *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, emesso nel 2004 a seguito della costruzione da parte del governo israeliano di un muro in territorio palestinese³⁹⁰. La Corte ritiene lo Stato israeliano vincolato alle norme del Patto sui diritti civili e politici e del Patto sui diritti economici sociali e culturali anche rispetto ad attività svolte in territorio palestinese, mostrando riguardo a quanto costantemente ribadito dai rispettivi Comitati. Da un lato la Corte richiama l’opinione del Comitato sui diritti civili e politici, il quale così si esprime:

“the provisions of the Covenant apply to benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party’s authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights ensured in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility *under the principles of public international law*³⁹¹”,

Dall’altro, si rifà alla statuizione del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, secondo il quale:

“the State party’s obligations under the Covenant apply to all territories and population under its *effective control*”³⁹².

³⁸⁷ GC, Application No. 55721/07, Judgment of 7 July 2011, par. 130-137.

³⁸⁸ Sentenza *Hirsi*, cit., par. 73.

³⁸⁹ Sentenza *Al-Skeini and Others v. United Kingdom* GC, Application No. 55721/07, Judgment of 7 July 2011, par. 136 e sent. *Hirsi*, cit., par.74.

³⁹⁰ *Legal Consequences*, cit., par. 107-113.

³⁹¹ HRC, Concluding Observations on Israel, 23 August 2003, CCPR/CO/78/ISR, par. 11.

³⁹² CESCR, Concluding Observations on Israel, 23 June 2003, E/C.12/1/Add. 90, par. 15 e 31

Si noti come i due organi delle Nazioni Unite attribuiscono alla giurisdizione extraterritoriale di Israele origini diverse: da un lato “the principles of public international law”, e dall’altro l’“effective control”. La Corte, dal canto suo, palesa indifferenza alla questione, soffermandosi, invece, su scopo ed oggetto dei trattati di cui si discute l’applicazione³⁹³, dai quali si ricaverebbe “an obligation not to raise any obstacle to the exercise of such rights³⁹⁴”.

Infine vi è chi considera questo tipo di giurisdizione come fondata sull’attitudine di un comportamento statale ad incidere sui diritti dell’individuo³⁹⁵.

In quest’ultima prospettiva, al pari che in quella della giurisdizione fondata sull’*effective control* dello Stato sull’individuo si può dire che ogni qualvolta l’esercizio del potere di esclusione dello straniero dal territorio abbia luogo in una località esterna ai confini statali, e ciò avviene con alta frequenza, il diritto internazionale imporrebbe di verificare l’incidenza potenziale che esso ha sul diritto del singolo. Questo, sembra essere il criterio guida per verificare l’esistenza della giurisdizione dello Stato ai fini dell’applicazione delle norme di diritto internazionale dei diritti umani poste a limite del potere di esclusione dal territorio.

15. La delega all’esercizio: l’esternalizzazione del controllo sull’ingresso dello straniero

Nel paragrafo appena concluso si è esaminato l’esercizio dello *ius excludendi* sotto il profilo della località in cui esso si attua. Problemi ulteriori emergono rispetto all’ipotesi della delega a terzi dell’esercizio del potere da parte dello Stato. Si deve verificare se, anche in questo caso, permangano nei confronti del delegante gli obblighi internazionali a tutela dell’individuo straniero. Pertanto, si impone l’esame di un fenomeno in rapida ascesa nella prassi internazionale: l’esternalizzazione del controllo sugli ingressi³⁹⁶.

³⁹³ In relazione alle norme del PDCP, par. 109.

³⁹⁴ Riferito ai diritti economici, sociali, culturali, par. 112.

³⁹⁵ Ad esempio, i *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights* (2011), sottoscritti il 28 settembre 2011 da un gruppo di giuristi esperti in materia di diritti dell’uomo riunitisi a Maastricht, così si esprimono: “For the purposes of these Principles, extraterritorial obligations encompass: a) obligations relating to the acts and omissions of a State, within or beyond its territory, that have effects on the enjoyment of human rights outside of that State’s territory; (...) 9. Scope of jurisdiction: A State has obligations to respect, protect and fulfil economic, social and cultural rights in any of the following: a) situations over which it exercises authority or effective control, whether or not such control is exercised in accordance with international law; b) situations over which State acts or omissions bring about foreseeable effects on the enjoyment of economic, social and cultural rights, whether within or outside its territory; c) situations in which the State, acting separately or jointly, whether through its executive, legislative or judicial branches, is in a position to exercise decisive influence or to take measures to realize economic, social and cultural rights extraterritorially, in accordance with international law. (corsivo nostro)”, disponibile on line all’indirizzo <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/Maastricht-Principles-on-Extraterritorial-Obligations-of-States-in-the-area-of-Economic-Social-and-Cultural-Rights.pdf>

³⁹⁶ In questo paragrafo si utilizzerà il termine “esternalizzazione” in senso ampio e letterale, mentre alcuni autori preferiscono con ciò indicare esclusivamente il fenomeno di delega delle procedure volte ad esaminare le eventuali domande di asilo, interpretandolo così

Il fenomeno si presenta come una forma di delega che coinvolge gli Stati di destinazione dei flussi migratori, gli Stati di provenienza, gli individui migranti e anche organismi di organizzazioni internazionali quali gli organi dell'Unione europea³⁹⁷. La declinazione della competenza per lo svolgimento del procedimento di esame della domanda di asilo può risolversi in un vero rifiuto di gestione della domanda da parte delle autorità dello Stato a cui il richiedente si rivolge. Ciò può essere molto problematico se provoca una violazione indiretta dei diritti dell'individuo, in particolar modo se lo Stato a favore del quale viene compiuta tale abdicazione di competenza non offre le medesime garanzie di protezione del proprio diritto al richiedente: per esempio, perché non protegge a sufficienza i rifugiati in quanto non firmatario della Convenzione di Ginevra del 1951.

Strutturalmente l'esternalizzazione può presentarsi come un atto unilaterale di delega da parte dello Stato di destinazione, oppure come un accordo. Nel primo caso si tratta di una mera decisione di allontanamento dello Stato di destinazione; essa comprende l'esternalizzazione delle procedure volte a garantire l'eventuale *status* goduto dall'individuo o la presa in carico del suo diritto solo se preceduta dalla volontà espressa di affidarle allo Stato di rinvio. Con quest'ultimo accorgimento non si esclude, comunque, un'eventuale responsabilità per fatto illecito dello Stato rinviante. Infatti, di fronte alla sovranità altrui, la possibilità per esso di intervenire nella soluzione che verrà data al caso da parte dello Stato di allontanamento è scarsa: l'operazione si risolve, di fatto, in uno spoglio "a monte" della propria responsabilità. Per questi motivi, tale forma di esternalizzazione unilaterale è ritenuta la più estrema, nonché quella che offre meno garanzie: essa può esporre gli individui che la subiscono al concreto rischio di essere sottoposti ad un *refoulement* indiretto, qualora il Paese di allontanamento non soddisfi i requisiti delle *safe third countries*³⁹⁸.

Nel passare ad esaminare la seconda forma che può assumere la procedura di delega del potere di esclusione è indispensabile operare previamente una distinzione. Il procedimento si presenta sotto la forma di un accordo. Accordi di tale tipo possono avere ad oggetto anche le procedure che esternalizzano altresì la valutazione sull'eventuale diritto del migrante all'ingresso, oppure possono semplicemente prevedere obblighi di ammissione degli individui all'interno del territorio dello Stato richiesto. In questo secondo caso, si parla semplicemente di accordi di riammissione.

Invece, gli accordi di esternalizzazione del primo tipo sono bilaterali o multilaterali e di contenuto variamente modulato. Così, l'esternalizzazione può essere completa, con la rinuncia totale da parte dello

in senso stretto, ad es. Cortese, "L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: la prassi dell'Unione europea tra Stati membri e competenze comunitarie", in L. Zagato (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, Cedam, 2006.

³⁹⁷ Cfr. l'esauritiva analisi di Cortese, "L'esternalizzazione delle procedure", cit., e nella stessa raccolta, B. Leimsidor, "The Concept of "Safe Third Country", in *Asylum Legislation, Regulation and Practice: Political Humanitarian and Practical Considerations*", pp. 40 ss.

³⁹⁸ Si veda *infra*, questo paragrafo.

Stato rinviante ad ogni competenza a decidere sulla domanda di ingresso ed eventualmente di asilo. Tanto avviene tra gli Stati membri dell'Unione europea, applicandosi il regime previsto a Schengen e a Dublino³⁹⁹. Interessante, a questo proposito, sono la decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 e la decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015⁴⁰⁰ che istituiscono misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, mediante la previsione di meccanismi di ricollocazione dei richiedenti asilo in questi ultimi Paesi negli altri Stati. Da un lato, Italia e Grecia sono temporaneamente esonerate dall'applicazione di alcune norme di cui al Reg.to "Dublino" e dall'altro, gli altri Stati membri sono obbligati a ricevere un certo numero di richiedenti asilo, determinato sulla base di quote che considerano vari indici, tra cui la popolazione, l'indice di disoccupazione, ecc... (i richiedenti "ricollocati" si trovano già sul territorio europeo: in ciò la differenza con il ri-collocamento di richiedenti che si trovano in Stati terzi, di cui alla ulteriore proposta della Commissione europea del 20 aprile 2015).

La scelta è stata obbligata dal collasso dei sistemi di accoglienza di Italia e Grecia, a seguito dell'arrivo di un'ingente numero di persone via mare, ed al momento attuale si medita (con l'opposizione politica di alcuni Stati⁴⁰¹) di allargare la misura in favore dell'Ungheria, colpita da un grande numero di arrivi via terra di persone provenienti dai balcani, per la maggioranza siriani⁴⁰². In ogni caso, la decisione precisa che le misure di ricollocazione non dispensino gli Stati membri dall'applicare integralmente il regolamento (UE) n. 604/2013, comprese le disposizioni relative al ricongiungimento familiare, alla protezione speciale dei minori non accompagnati e alla clausola discrezionale per motivi umanitari, e che "le garanzie giuridiche e procedurali previste dal regolamento (UE) n. 604/2013 restano applicabili ai richiedenti cui si riferisce la presente decisione. Inoltre, i richiedenti dovrebbero essere informati della procedura di ricollocazione istituita con la presente decisione e della decisione di ricollocazione che costituisce una decisione di trasferimento ai sensi dell'articolo 26 del regolamento (UE) n. 604/2013. Considerato che nell'ambito del

³⁹⁹ Reg. to 562/2006, c.d. "Codice frontiere Schengen", su cui *supra*, *Introduzione*. Per quanto riguarda la competenza ad esaminare una domanda di asilo è in vigore il Regolamento (UE) N. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, c.d. "Dublino III", in GU L 180 del 29.6.2013, pag. 31. Si vedano anche i regolamenti attuativi: Regolamento (CE) n. 1560/2003 della Commissione, del 2 settembre 2003 e Regolamento di esecuzione (UE) n. 118/2014 della Commissione, del 30 gennaio 2014.

⁴⁰⁰ Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia in GUUE L239/146 del 15.9.2015; Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia in GUUE L 240/80 del 24.9.2015.

⁴⁰¹ I Paesi contrari costituiscono il c.d. "blocco est" di Visegrad, che ricomprende Ungheria, Polonia, Rep. Slovacca, Rep. Ceca, a cui si aggiungono, ad oggi, Danimarca e Croazia. Il braccio di ferro politico è ben rappresentato dalla cronaca attuale. Si veda, ad esempio, su *l'Huffington Post* del 11 settembre 2015, "Crisi rifugiati: il blocco dell'est dice no all'Europa. Sulle quote i Paesi Visegrad non cambiano idea" all'indirizzo:

http://www.huffingtonpost.it/2015/09/11/crisi-rifugiati_n_8121650.html, sulla *Repubblica on line* del 18 settembre 2015, Profughi, Germania sfida il blocco Est: "Voteremo a maggioranza". Zagabria chiude le frontiere, all'indirizzo:

http://www.repubblica.it/esteri/2015/09/18/news/migranti_profughi_ungheria_croazia_slovenia_ue_18_settembre-123126021/?ref=HREC1-1

⁴⁰² Sulla decisione del Consiglio si veda anche *infra*, par. 25 b).

diritto dell'UE il richiedente non ha il diritto di scegliere lo Stato membro competente per l'esame della sua domanda, egli dovrebbe avere il diritto a un ricorso effettivo avverso la decisione di ricollocazione, conformemente al regolamento (UE) n. 604/2013, solo al fine di assicurare il rispetto dei suoi diritti fondamentali”⁴⁰³.

In altri casi può prevedersi un'esternalizzazione parziale, con una gestione congiunta delle richieste da parte delle autorità degli Stati coinvolti: la possibilità è realistica nel momento in cui i due o più Stati contraenti si accordano per una ripartizione dell'onere di accogliere masse di richiedenti sul loro territorio.

Tuttavia è possibile che uno Stato “appalti” ad un'autorità straniera l'esame delle procedure che gli spetterebbero in quanto Paese di destinazione, e che si svolgono sul suo territorio. Il paradigma di questo tipo di esternalizzazione è la situazione delle richieste di asilo nel porto della città francese di Calais, all'imbocco del c.d. “Eurotunnel” sotto il canale della Manica. Nell'esame della domanda di asilo dei migranti, e nei controlli di frontiera, la Polizia francese e britannica operano congiuntamente, nel tentativo di evitare l'elusione dei controlli da parte dei migranti, che si nascondono a bordo di autorimorchi.. L'esternalizzazione dei controlli da parte della Francia al Regno Unito, volta a velocizzare i tempi della procedura, durante la quale i migranti affollano veri e propri accampamenti vicino al porto dalle condizioni igieniche e sanitarie del tutto precarie⁴⁰⁴. Per di più, l'accordo franco-britannico, c.d. “Trattato di Touquet⁴⁰⁵”, prevede la presenza in un suolo francese di un vero e proprio di detenzione di richiedenti asilo gestito dalle Autorità britanniche secondo le norme inglesi: in questo caso si tratta di una vera zona extraterritoriale in cui l'esternalizzazione è totale. Ma la cooperazione non si svolge solo a Calais: la Gran Bretagna opera su territorio francese anche nelle stazioni ferroviarie della *Gare du Nord* a Parigi e a Lille, e nei porti di Boulogne e Dunkerque, e la Francia ha i suoi uffici nelle stazioni ferroviarie di Londra, Ashford e a Dover.

All'estremo inferiore della scala, vi sono le forme di esternalizzazione minima, in cui nessuna responsabilità è affidata al Paese delegatario, se non quella di lasciar svolgere alla controparte le procedure in ordine all'ammissione e l'onere di allontanare, eventualmente, dallo stesso gli individui la cui istanza viene respinta. Come è facile rendersi conto, la prassi di esternalizzazione si presta di frequente a violazioni degli obblighi convenzionali e consuetudinari di rispetto del diritto del migrante, nel caso in cui sia compiuta senza un preventivo vaglio sulle garanzie di rispetto del *non refoulement* e degli altri diritti del richiedente da parte dello Stato di rinvio.

⁴⁰³ Preambolo, punto 19 e 30 Decisione 2015/1523.

⁴⁰⁴ Denunciate anche dall'UNHCR: “UNHCR calls for comprehensive response to the Calais situation, Briefing Notes”, 7 August 2015, sul sito www.unhcr.org

⁴⁰⁵ “Traité entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif à la mise en oeuvre de contrôles frontaliers dans les ports maritimes de la Manche et de la mer du Nord des deux pays, signé au Touquet le 4 février 2003; traité entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif à la mise en oeuvre de contrôles frontaliers dans les ports maritimes de la Manche et de la mer du Nord des deux pays”. Il testo dell'accordo è disponibile sul sito del Senato francese, all'indirizzo <http://www.senat.fr/leg/pjl02-433.html>. Per una critica: M. Nebbiolo, “Border force, il modello franco-britannico che uccide i migranti a Calais”, 22 agosto 2015, sul sito www.meltingpot.org.

Sanzioni giurisdizionali si sono avute per esempio, da parte della Corte europea di Strasburgo. Nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sentenza del 21 gennaio 2011, per quanto riguarda le sospette violazioni da parte del Belgio, la Corte, modificando il proprio precedente orientamento espresso nel caso *K.R.S. c. Gran Bretagna*⁴⁰⁶, ritenne che nella situazione in esame ci fosse stata violazione dell'art. 3 nella misura in cui le autorità belghe, ben consapevoli delle carenze del sistema greco in materia di richiedenti asilo, hanno proceduto comunque all'espulsione di M.S.S. Ancora più recente è la sentenza, pronunciata il 4 novembre 2014, nel caso *Tarakhel v. Switzerland*⁴⁰⁷, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato a maggioranza dei suoi membri (14 contro 3) che, allo stato attuale, il rinvio verso l'Italia di richiedenti asilo particolarmente vulnerabili, quali un nucleo familiare con minori, è suscettibile, in mancanza di adeguate garanzie, di violare il divieto di trattamenti inumani o degradanti, sancito dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁰⁸. Le decisioni della Grande Camera appaiono particolarmente importanti in quanto mettono in questione gli automatismi del Regolamento Dublino II, ed oggi Dublino III, e l'assunzione sul quale esso si basa, ossia che la normativa a tutela dei diritti dei richiedenti asilo sia applicata e rispettata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea allo stesso modo⁴⁰⁹. Nelle due sentenze citate, prima la Grecia, e poi l'Italia sono state considerati "Paesi non sicuri" per i richiedenti asilo, ed è stato sanzionato il *refoulement* verso i territori greco ed italiano.

Anche il diritto dell'Unione europea sanziona lo Stato Membro che non controlli l'applicazione delle garanzie previste dalle direttive pertinenti: non è contemplata la possibilità che gli Stati membri scelgano di "lavarsi le mani" di fronte alla situazione di richiedenti protezione internazionale, declinando la propria responsabilità⁴¹⁰. Per evitare tale rischio si è fatto strada, dapprima nelle legislazioni interne ad alcuni Stati, in seguito nel sistema internazionale e dell'Unione europea, il concetto di *safe third country*, ad indicare quei

⁴⁰⁶ Application No. 32733/08, Admissibility Decision of 2 December 2008

⁴⁰⁷ GC, Application No. 29217/12, Judgment of 4 November 2014.

⁴⁰⁸ Come fa notare C. Favilli in "Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'unione europea", in *RDI*, vol. 98 2015, p. 701 ss, le carenze strutturali del sistema di accoglienza italiano sono prese in considerazione e valutate in relazione alla specifica situazione dei ricorrenti. La Corte di Strasburgo ha in effetti stabilito che le stesse misure possono essere vautate in modo differente a seconda della situazione del signolo nella decisione, *A.M.E. v. Netherlands*, Application no. 51428/10, Judgment of 5 February 2015, originata da un trasferimento Dublino dall'Olanda verso l'Italia di una persona singola, non qualificabile come vulnerabile.

⁴⁰⁹ Le anzioni rivolte agli Stati europei per violazione degli articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno dato il via a quella che è stata definita la c.d. "saga Dublino", che ha visto la Corte di giustizia dell'Unione europea, (con la sentenza *N. S.* del 21 dicembre 2011, C-411/10, in Raccolta, 2010, p. I-13905, e con il noto parere 2/13, del 18 dicembre 2014, che nega la possibilità per la UE di adesione alla CEDU) e la Corte di Strasburgo contrapposte in merito all'applicazione del principio di mutuo riconoscimento e di presunzione di sicurezza nell'ambito del sistema d'asilo europeo. Le ragioni dello scontro, la sua cronaca e le osservazioni conseguenti si ritrovano in C. Favilli, "Reciproca fiducia...", cit.

⁴¹⁰ Ad esempio quando la stipula di accordi di esternalizzazione sia incoerente con quanto stabilito dalla direttiva "qualifiche", nel cui art. 4 sono enunciati una serie di criteri da valutarsi al momento del vaglio della domanda, a fini di garanzia per il richiedente, ma, soprattutto, è prevista la necessità di una valutazione individuale di ciascuna domanda. Cortese, "L'esternalizzazione...", cit, p. 231. Sui possibili contrasti tra misure di esternalizzazione e obblighi internazionali di rispetto dei diritti umani si veda T. Clark e F. Crepau, "Human Rights in Asylum Sharing and Other Human Transfer Agreements", in *NQHR* 2004, pp. 217 ss.

Paesi verso i quali possono essere operati allontanamenti di individui in modo “sicuro”, vale a dire conformemente agli obblighi internazionali assunti dallo Stato. L’individuazione da parte dello Stato obbligato di un “Paese sicuro”, verso cui allontanare il richiedente asilo, libera il primo dall’obbligo di evitare il *refoulement*, mentre al contrario, se la destinazione prescelta non è “sicura”, un respingimento verso tali confini integrerebbe una violazione dell’obbligo⁴¹¹. A causa delle difformità nelle norme e nella prassi degli Stati europei⁴¹², era frequente il verificarsi di fenomeni di respingimento “a catena”, con il successivo allontanamento di migranti da un Paese all’altro, con ampie probabilità di lesione incidentale dei loro diritti.

A livello internazionale vi sono stati, quindi, dei tentativi di precisazione del concetto di *safe country*⁴¹³, tuttavia, troppo nell’identificazione dei requisiti era ancora lasciato agli Stati perché le norme fossero uniformi ed il sistema risultasse complessivamente coerente. Anche per questo motivo, è intervenuta l’Unione europea che, con la direttiva 2005/85, ha previsto una definizione di “Paese terzo sicuro” valevole per i suoi membri, da cui dipende anche l’applicazione delle norme procedurali e sostanziali contenute nella direttiva. La previsione di un elenco tassativo di Paesi considerati “supersicuri”, di cui all’art. 29 della direttiva, rappresenta la prima codificazione a livello europeo del concetto di *safe third country*. La nozione accoglie una concezione che si differenzia sostanzialmente da quelle elaborate nelle legislazioni nazionali in quanto strettamente legata al rispetto, da parte del Paese considerato sicuro, del regime internazionale in materia di rifugiati e dei diritti umani⁴¹⁴.

La prassi di delega del potere statale di esclusione del migrante viene, quindi, regolamentata con pregnanza sempre maggiore dalla normativa a proposito delle *safe third countries*, che dovrebbe garantire l’individuo destinatario dell’esercizio del potere. Inoltre, i tribunali internazionali, come visto, sono intervenuti varie volte ad arrestare decisioni di trasferimento non rispettose del diritto del migrante, così sottolineando la responsabilità degli Stati di destinazione⁴¹⁵. Al contempo, tramite queste decisioni di carattere giurisdizionale

⁴¹¹ Tanto potrebbe anche sembrare una sorta di scappatoia: già nei primi anni Novanta il concetto di “safe third country” ha preso piede negli ordinamenti di alcuni Stati europei, come sintomo di una certa tendenza ad erodere il contenuto degli obblighi internazionali in materia di asilo e rifugio, senza però rifiutarne apertamente il carattere imperativo: Cortese, “L’externalizzazione...”, cit, p. 205; B. Leimsidor, “The Concept of “Safe Third Country”, in *Asylum Legislation*”, cit.

⁴¹² Diverso era il potere discrezionale affidato alla pubblica amministrazione in ciascun ordinamento, ed il concetto di “sicuro” previsto dal Legislatore. In Germania la qualifica di “*safe third countries*” spettava solo ai membri della Convenzione Europea per i Diritti dell’Uomo (Art. 16a *Grundgesetz*, introdotto dal *Gesetz zur Änderung des Grundgesetz vom 28.6.1993*, BGBl I S.1002), mentre nell’*Immigration Rule* britannico (*Section 345*, HC 1993-1994, p. 395) si invocava piuttosto la ratifica della Convenzione di Ginevra del 1951.

⁴¹³ Dapprima con atti di *soft law*, e successivamente all’interno della Convenzione di Dublino del 1990. Tra i primi, sono degne di nota le Conclusioni del Comitato esecutivo dell’UNHCR, Conclusion n. 85 (XLIX) del 9 ottobre 1998, par aa): “Conclusion on International protection”, Conclusion n. 58 (XL) del 13 ottobre 1989: “The problem of refugees and asylum seekers who move in a irregular manner from a country in which they have already found protection la Conclusione n. 85 del 1998⁴¹³ e Conclusion n. 87 (L) dell’8 ottobre 1999, par. j). Le Conclusioni del Comitato esecutivo sono disponibili sul sito www.unhcr.org.

⁴¹⁴ Cortese, “L’externalizzazione...”, cit., p.213.

⁴¹⁵ Tuttavia, l’utilizzo del concetto di *safe third country* non va immune da critiche in dottrina, soprattutto qualora favorisca automatismi espulsivi, permettendo allo Stato di allontanare in blocco migranti provenienti da regioni che vengono d’ufficio

vengono attentamente vagliate sul piano internazionale le prassi degli Stati verso cui i migranti sono trasferiti, per evitare che il comportamento statale conseguente alla domanda di ammissione dello straniero sul territorio non abbia riguardo al diritto del migrante. In pratica entrambi, sia lo Stato che effettua l'esternalizzazione che lo Stato che ne è destinatario, vengono sollecitati dalla giurisprudenza, che vigila sul compimento degli obblighi internazionali a tutela del migrante.

considerate sicure (il problema è stato segnalato dall'Ufficio europeo per l'immigrazione già negli anni Novanta: *Resolution on Manifestly Unfounded Application for Asylum*, Ad Hoc Group on Immigration, Doc. SN4822/1/92 (WG1 1282), 1992), o allorché l'inserimento di un Paese nella "white list" non appaia suffragato da forti valutazioni di merito. Ad esempio, J.C. Hathaway, in *The Rights of Refugees...*, cit., sottolinea il fatto che la definizione australiana di *safe third country* differisce ampiamente da quella accolta in seno all'Unione europea, favorendo allontanamenti "non protetti" di rifugiati. Infatti, la legislazione australiana non richiede che la *safe third country* garantisca lo svolgimento di procedure volte a determinare l'esistenza di un eventuale *status* di rifugiato né limita la scelta tra le *countries* toccate da quest'ultimo durante il suo viaggio. La Francia ha in passato considerato presuntivamente sicuri Paesi come il Ghana ed il Mali, la Svizzera ha respinto tutti gli stranieri provenienti dall'India, l'Inghilterra ha incluso tra i Paesi sicuri il Bangladesh, la Serbia, lo Sri Lanka, l'Ucraina (p. 295). Per una valutazione molto critica sull'impatto delle tecniche di esternalizzazione dei controlli di frontiera sul principio dello Stato di diritto, altresì: Cremona, Rijpma, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, EUI Working Paper LAW n. 2007/01, 2007 (<http://cadmus.eui.eu>).

SEZIONE 2. I limiti al potere

16. I limiti tradizionalmente riconosciuti al potere: il principio di buona fede...

L'esercizio del potere statale di allontanamento dello straniero dal territorio, seppur discrezionale in essenza, incontra, come detto, alcuni limiti. Alcuni di essi fanno da necessaria contropartita al suo effetto nell'ambito dell'ordinamento internazionale e verranno esaminati nel presente paragrafo: ci si riferisce al principio di buona fede, al divieto di abuso di diritto, al divieto di arbitrio ed alle norme internazionali in tema di trattamento dello straniero. Il diritto internazionale nel suo complesso è permeato dalle norme generali appena citate; non fa eccezione l'esercizio del potere di allontanamento dello straniero, nelle modalità che ci si accinge a considerare.

La buona fede è principio ben consolidato nel diritto internazionale⁴¹⁶. Quanto alla precisa definizione del contenuto del principio di buona fede è difficile ricostruire il significato esatto di nozioni così elementari che "possono essere ben esemplificate, ma non definite"⁴¹⁷. Ad esso è fatto riferimento dall'art. 2, par. 2, della Carta delle Nazioni Unite⁴¹⁸, così come da molti altri trattati e strumenti internazionali che lo invocano espressamente⁴¹⁹.

La Corte Internazionale di Giustizia lo ha richiamato in molte decisioni⁴²⁰ e riconosciuto come un principio chiave in particolare nella soluzione del caso *Nuclear Tests Case*⁴²¹.

⁴¹⁶ Proprio per questo, alcuni autori lo ritengono una sorta di principio generale del diritto, "inerente" ogni norma giuridica, vedi: P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, cit., p. 349. Si veda anche: R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., p. 44: "Thus it (equity) may be regarded as incorporated in and forming a necessary part of certain general principles of law, such as, for example, the principle of good faith."

⁴¹⁷ B.O. Iluyomade, "The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, pp. 47-92, a p. 50; G. Schwarzenberger, *International Law...*, cit., p. 306; e, in relazione anche al significato di "equità": R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., p. 44.

⁴¹⁸ "I Membri, al fine di assicurare a ciascuno di essi i diritti e i benefici risultanti dalla loro qualità di Membro, devono adempiere in buona fede gli obblighi da loro assunti in conformità al presente Statuto."

⁴¹⁹ Oltre alla citata Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, nelle disposizioni dell'art. 26, dell'art. 31, par. 1 e del par. 3 del Preambolo, si veda la corrispondente Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati conclusi tra Stati ed Organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali, Vienna, 21 marzo 1986, non ancora in vigore, in 25 ILM 543, par. 3 del Preambolo; art. 26; art. 31, para. 1; art. 46, par. 3; art. 69, par. 2, lit. b); Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, Montego Bay, 10 dicembre 1982, in 1833 UNTS 396, p. 3, art. 105, 157, par. 4, e 300. Tra gli altri strumenti: General Assembly resolution 56/83, 28 January 2002, Responsibility of States for internationally wrongful acts, Annex, article 52, par. 4; Rio Declaration on Environment and Development (1992), 33 ILM 874, Principles 19 and 27; e ILC, Draft articles on prevention of transboundary harm from hazardous activities, 2001, ILC Report, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), chap. V.E.1, art. 4, 14, 1.

⁴²⁰ Anche la Corte Permanente di Giustizia Internazionale lo ha invocato espressamente in varie occasioni: *Factory at Chorzów (Merits)*, Judgement, 1928, in *Publications of the PCIJ*, Series A, n. 17, p 30; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order, 1930, in *Publications of the PCIJ*, Series A, n. 24, e Judgement, 1932, in *Publications of the PCIJ*, Series A/B, n. 46, p 167).

Il principio di buona fede ha un vasto campo di applicazione, innanzitutto nell'ambito del diritto dei trattati, così come risulta dal largo consenso sviluppatosi attorno alle disposizioni della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati⁴²², sui doveri delle parti firmatarie di un trattato precedentemente alla sua ratifica⁴²³ e sull'esecuzione in buona fede degli obblighi convenzionali⁴²⁴. In generale, si ritiene che il principio si applichi rispetto a qualunque altro obbligo internazionale, che dovrebbe attuarsi in modo onesto, corretto, ragionevole, in accordo con l'oggetto e con lo scopo dell'obbligo stesso⁴²⁵. In un'importante Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, emessa nel 1970 ed intitolata “*Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation Among States*”, il principio è proclamato in questa maniera:

“Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under the generally recognized principles and rules of international law. Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under international agreements valid under the generally recognized principles and rules of international law”⁴²⁶.

Ci si chiede se il principio di buona fede, in quanto principio generale dell'ordinamento internazionale, si applichi anche all'esercizio di diritti da parte dello Stato. La dottrina del “abuso di diritto”, su cui si tornerà più avanti, sembra far leva su questa possibilità. In ogni caso, le conseguenze delle due prescrizioni sono completamente sovrapponibili, motivo per cui alcuni autori lamentano l'inutilità o, al contrario, la sovrabbondanza del concetto di “abuso”. Ai limitati fini di questo lavoro, essi saranno considerati entrambi come principi distinti dell'ordinamento internazionale, lasciando, quindi, consapevolmente sospesa la questione dell'interazione tra buona fede e divieto di abuso di diritto. In relazione al movimento di persone e al trattamento di stranieri l'obbligo di buona fede, sempre operante nei confronti degli altri Stati, è stato descritto come segue:

La Corte Internazionale di Giustizia l'ha applicato per la prima volta nel 1952 nella soluzione del caso *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, (Judgment, ICJ Reports, 1952, p 212), poi nei casi *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, (*Jurisdiction of the Court, Judgment, ICJ Reports 1973*, p 18), *Nuclear Tests cases*, (Judgment, ICJ Reports 1974, pp. 268 e 473), *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* (Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports, 1988, p 105); *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections Judgment, ICJ Reports, 1998, par. 38.

⁴²¹ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, cit., par. 46.

⁴²² L'art. 31, par. 1, della Convenzione, che è stata largamente ratificata, recita: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. Si ritiene che la norma codifichi altresì una norma di diritto internazionale consuetudinario.

⁴²³ Art. 18 CdV

⁴²⁴ Art. 26 CdV (*pacta sunt servanda*): “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”.

⁴²⁵ B. Cheng, *General Principles of Law...*, cit., p. 105; A. D'Amato, “Good Faith”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., pp. 599-601; R. Kolb, *La bonne foi en droit International public*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

⁴²⁶ General Assembly resolution 2625, cit., Annex. Si veda anche supra, par. 4.

“States have the right to regulate the movement of persons across borders and they may impose different restrictions on that movement. Only regulations which have been properly adopted, in accordance with a legislative authorization, should be applied; and in applying the regulations, the authorities should act in good faith. The application of municipal law concerning the movement of persons across national borders, especially in relation to aliens, always has an international aspect, and international law requires that each State comply with its international obligations in good faith”⁴²⁷.

Dato che la regolamentazione dei confini ha riflessi internazionali, lo Stato deve compierla conformemente al principio internazionale di buona fede. Anche Goodwin-Gill ritiene che il principio di buona fede regoli l’azione dello Stato nelle zone soggette alla sua autorità sovrana, per l’appunto in materia di movimento di persone attraverso i propri confini, assicurando che essa si dispieghi in conformità ai propri obblighi internazionali: “good faith regulates the area between the permissible and the clearly impermissible”⁴²⁸. Tuttavia, sul piano pratico, l’ampia discrezionalità goduta in merito dagli Stati si riflette nella difficoltà procedurale di raggiungere la prova dell’asserita infrazione. Si ricorderà che la *bona fides* è presunta⁴²⁹.

L’esercizio del potere di esclusione dello straniero secondo buona fede richiede, in primo luogo, che esista una giustificazione od un ragionevole motivo per il suo esercizio, che non può essere arbitrario⁴³⁰.

In secondo luogo, tale giustificazione deve essere reale e non nascondere finalità occulte sottese all’allontanamento dello straniero dal territorio, quali la sottrazione delle sue proprietà e beni, l’intento persecutorio, la sua illegale estradizione⁴³¹. Tra i motivi illeciti di espulsione di uno straniero *l’Insitut de Droit international* già nel 1892⁴³² elencava la finalità di profitto personale e lo scopo di distogliere lo straniero da una pretesa legittima, da un ricorso, da un’azione, mediante il suo allontanamento. In terzo luogo, la buona fede si concretizza anche nel rispetto di garanzie procedurali nell’emissione ed esecuzione di decisioni di espulsione⁴³³.

⁴²⁷ L. B. Sohn and T. Buergenthal (ed), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, p. 23.

⁴²⁸ G.S. Goodwin-Gill, “State Responsibility and the ‘Good Faith’ Obligation in International Law”, in M. Fitzmaurice and D. Sarooshi, (ed), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, vol. 7, Oxford and Portland Oregon, 2004, a p. 100.

⁴²⁹ Ibidem, p. 206; G. Schwarzenberger, *International Law...*, cit., p. 88.

⁴³⁰ G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 233. Sulla proibizione di arbitrio si veda anche *infra*, questo paragrafo.

⁴³¹ Ibidem, pp. 307-308

⁴³² *Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers*, session de Genève, 1892, Résolution du 9 septembre 1892, art. 14.

⁴³³ In *Case of Čonka v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 5 February 2002, Application number 51564/99, par. 42. la Corte europea per i diritti umani ha ritenuto contraria all’art. 5 “a conscious decision by the authorities to facilitate or improve the effectiveness of a planned operation for the expulsion of aliens by misleading them about the purpose of a notice so as to make it easier to deprive them of their liberty.”

Infine, secondo alcuni autori il principio di buona fede richiede allo Stato considerazione degli interessi e dei diritti dell'individuo, che devono essere bilanciati alle contrapposte pretese statali di tutela dell'ordine pubblico⁴³⁴.

“It is submitted that the principle [of good faith] thus requires the State to identify in good faith the actual circumstances and interests affected by its proposed action; to select the course of action to be adopted in good faith; to ensure that policies and practices are implemented in a manner compatible with the letter and spirit of international obligations that bind the State; to define in good faith the scope of its policies and practices so as not to apply them in such a way as to cause damage to the rights and lawful interests of other subjects of international law, including protected persons; and to refrain from or avoid abuse of rights”⁴³⁵.

Seppur l'esito dell'operazione di bilanciamento con i propri, anche concorrenti, interessi dipenda solamente dal diritto interno dello Stato che la effettua, l'opinione riportata mette in luce come lo Stato abbia un obbligo di considerare l'interesse del migrante straniero che gli deriva direttamente dal principio di buona fede. I risvolti dell'obbligo di diritto internazionale generale di buona fede nell'ambito che ci occupa, quindi, possono contribuire a delineare l'esistenza di un vincolo per gli Stati alla valorizzazione dell'interesse dell'individuo nei casi in cui ciò non frusti alcun proprio interesse, obbligo del cui rispetto gli Stati dovrebbero dar conto alla Comunità internazionale ed al cui rispetto dovrebbero dedicare appositi meccanismi procedurali che, per essere efficienti, dovrebbero contemplare anche la partecipazione dello straniero.

17. ...il divieto di abuso del diritto

La nozione di abuso di diritto si riferisce all'esercizio di un diritto altrimenti lecito in una maniera illecita. L'essenza della dottrina dell'abuso di diritto è che, giacché i diritti sono conferiti dalla comunità, quest'ultima non può permettere un loro uso anti-sociale, ovvero che contrasti con un preponderante interesse riconosciuto in un altro diritto dell'individuo o della collettività⁴³⁶.

Va peraltro ricordato che una gran parte della dottrina nega che la nozione di abuso di diritto sia configurabile in diritto internazionale, adducendo che essa non ha mai fornito le basi per alcuna decisione o lodo arbitrale in qualsivoglia giudizio sia stata invocata. Sul piano teorico, critiche vengono avanzate all'utilità della nozione, che sarebbe ridondante anche considerando l'obbligo di buone fede, la previsione di

⁴³⁴ G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 262.

⁴³⁵ G.S. Goodwin-Gill, “State Responsibility and the ‘Good Faith’ Obligation in International Law”, in M. Fitzmaurice e D. Sarooshi, (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, vol. 7, Oxford and Portland Oregon, HART Publishing, 2004, pp. 75-104, pp. 100-101.

⁴³⁶ H. Lauterpacht (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 286.

divieto di arbitrarietà, il divieto di causare danni intenzionali, i limiti all'esercizio dei diritti⁴³⁷. Ian Brownlie critica la dottrina dell'abuso di diritto anche contestando l'assunto che la liceità dell'esercizio di un diritto possa dipendere dalla previsione di certi obiettivi⁴³⁸. Ad ogni modo, si reputa corretto ritenere che ogni diritto venga conferito a protezione di un interesse e che, pertanto, il suo esercizio per altre finalità, qualora provochi un danno altrui, possa certo condurre a contestare la liceità di quell'esercizio⁴³⁹.

⁴³⁷ "The existence of similar or identical principles of law, therefore, need not compel the conclusion that abuse of right is either non-existent or redundant. The different doctrines or theories of relief complement each other. In many cases, the claim of abuse of right may involve a better appraisal of the factual situation revolving around the use of a right, a power, or a discretion." B.O. Iluyomade, "The Scope and Content", cit., p. 90; A. Kiss, "Abuse of Rights", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 6. In riferimento all'utilizzo del concetto di abuso di diritto da parte dei Giudici della Corte Internazionale di Giustizia, con lo stesso significato del principio di buona fede: Giudice Azevedo in *Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1948, p. 57, pp. 79, 80; Alvarez in *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, Advisory Opinion, I.C. J. Reports 1950, p. 4, p. 15; Anzilotti in the PCIJ, *Electricity Company of Sofia and Bulgaria Case, (Bel. v. Bul)*, 1939, Series A/B, No 77, p. 88; e nella Opinione dissenziente condivisa in *Admission*, cit., pp. 91-92. Della stessa opinione: H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", BYIL, vol. 60, 1989, pp. 1-158, p. 25. A. D'Amato, "Good Faith" ...cit.p. 600; G. Schwarzenberger, *International Law...*, cit., pp. 103, 107; *Idem*, "The fundamental principles of international law", in *RCADI*, 87, 1955, pp. 191-385, p. 318. Particolarmente riferito all'espulsione di stranieri: C.C. Hyde, *International Law...*, cit., p. 230. "Since good faith has been presented sometimes as a subjective criterion, sometimes as an objective criterion of the abuse of rights, there seem to be close ties between the two notions... In relation to the abuse of rights, good faith plays the role of an objective criterion in the interpretation of the circumstances of fact or law which determined the realization of the illicit act." E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977. Gli autori favorevoli a ritrovare un ambito proprio di applicazione del principio rispondono che la sovrapposizione tra principi è comune nella regolamentazione di una certa disciplina anche negli ordinamenti interni, e che, seppur vero che in certi casi il richiamo all'abuso di diritto non si riveli necessario poiché utilmente supplito da altre norme, in molte altre situazioni che non presentano una così definita regolamentazione esso può servire a complemento. B.O. Iluyomade fornisce gli esempi delle norme in materia di diffamazione che limitano il diritto di espressione, ed in materia di molestie, che limitano il diritto di proprietà: "The Scope" ...cit., p. 90.

⁴³⁸ "The present writer has reservations concerning the precise role, as an independent and necessary principle, of the doctrine of abuse of rights. A major issue is the logical question-begging involved: to be relevant the doctrine must presuppose that the legal validity of the exercise of a power or privilege is dependent upon the presence of certain objectives", I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part 1*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 70; *Idem*, *Principles of Public...*, cit., pp. 429-430. Si veda anche: A. Kiss, "Abuse of Rights" cit, p. 6., G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 210.

⁴³⁹ B. Cheng, *General Principles of Law...*, cit., p. 122. Il dibattito è sorto in seno alla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *South West Africa*, cit. Così opina il giudice Foster: "However the discretionary power is by no means synonymous with arbitrary power. It may be lawfully used only for the achievement of the purpose laid down in the Mandate, (...), and must only be so used. For in the last resort, however complete the powers conferred on the mandatory, they stop short of sovereignty over South West Africa. Therefore the discretionary power cannot cover acts performed for a purpose different from that stipulated in the mandate. Such act would be an abuse of power" pp. 480-481. Parimenti si vedano le opinioni dei giudici Tanaka, pp. 283-285, Jessup, pp. 433-438, Padilla-Nervo, pp. 466-469. Anche la discussione nella Commissione di Diritto internazionale in materia di responsabilità statale per danni causati sul suo territorio alla persona o alle proprietà degli stranieri è stata animata: il primo *Rapporteur*, Garcia Amador, nel suo *Report* presentato nel 1960 esprimeva l'opinione che l'abuso di diritto, in quanto nozione residuale, potesse impiegarsi soprattutto in materie non regolate analiticamente dal diritto internazionale, essenzialmente parte della *domestic jurisdiction* degli Stati. Tra di esse spiccava la materia dell'espulsione degli stranieri. Al contrario, il secondo *Special Rapporteur* Roberto Ago, nel 1973, non ritenne necessario considerare l'abuso di diritto nell'ambito dell'argomento in esame, in quanto tematica assorbita dal generale discorso in ordine all'inadempimento: "the abusive exercise of a right then constituted failure to fulfill an

La nozione dell'“abuso di diritto” implica la negazione di un concetto rigido di diritto in genere, riassunto nella massima latina *neminem laedit qui suo iure utitur*, prescrivendo, al contrario, l'esercizio del diritto individuale in una maniera che non danneggi ingiustamente gli altri. E' necessario preliminarmente precisare che l'abuso di diritto presuppone, per l'appunto, l'esistenza di un diritto in capo a chi lo compie; diversa è la responsabilità che discende dalla pretesa di chi vuole esercitare un diritto inesistente in una certa situazione, ad esempio perché compreso da un obbligo in senso contrario. Ad esempio, l'espulsione di un individuo rifugiato è in contrasto con l'obbligo internazionale che vincola all'accoglienza dei rifugiati: tale obbligo è posto a limite del diritto statale di esclusione dello Stato, che si “ritira” in confini più ristretti. Perciò un atto di espulsione di un rifugiato è illecito perché di per sé stesso contrario ad una norma internazionale e non perché costituisce abuso di diritto: in tale ipotesi il diritto semplicemente non c'è!

L'accettazione della nozione nell'ordinamento internazionale è intervenuta solo nella seconda metà del 20esimo secolo, grazie alla consacrazione in alcune disposizioni convenzionali, tra le quali evidenza deve darsi alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982⁴⁴⁰. L'abuso di diritto può essere fonte di responsabilità internazionale dello Stato che lo compie, secondo le generali norme applicabili in materia di giustizia internazionale.

In materia di *ius excludendi* dello straniero, l'abuso del diritto degli Stati di allontanare gli stranieri dal territorio è uno degli esempi più comuni di un atto in sé lecito, il quale può essere esercitato in un modo e per finalità illecite.

“In the great majority of cases, while admitting the general right of the State to expel aliens, international tribunals stressed at the same time the limitations of this right either in regard to the expulsion itself or to the procedure accompanying it ... The conspicuous feature of these awards is the view that the undoubted right of expulsion degenerates into an abuse of rights whenever an alien who has been allowed to take up residence in the country, to establish his business and set up a home, is expelled without just reason, and that such an abuse of rights constitutes a wrong involving the duty of reparation.”⁴⁴¹

Per esempio, lo *ius excludendi* può essere esercitato con l'intenzione di effettuare un'extradizione *de facto*, o di espropriare le proprietà dello straniero, o anche allo scopo di genocidio, come le espulsioni di massa alle frontiere nel deserto. In tutte queste ipotesi l'esercizio del potere è internazionalmente illecito perché in violazione di altre norme. Ma in altri casi, “l'ingiustizia” nell'esercizio di un diritto è data dal danno provocato ad un soggetto, senza che tale danno venga compensato con un corrispondente vantaggio per il

obligation. Hence the statement of the principle that an internationally wrongful act was considered to be the violation of an obligation was enough to cover the case of abuse of a right”, *Statement dello Special Rapporteur* in occasione dell'introduzione del Progetto di articoli, *ILC Yearbook 1973*, vol. I, Summary Records, 1205th meeting, par. 12.

⁴⁴⁰ United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, cit., article 300: “States Parties shall fulfil in good faith the obligations assumed under this Convention and shall exercise the rights, jurisdiction and freedoms recognized in this Convention in a manner which would not constitute an abuse of right.”

⁴⁴¹ H. Lauterpacht (ed.), *The Function of Law...cit.*, p. 289 (riferendosi al caso *Boffolo* e ad altre pronunce arbitrali).

soggetto agente. E' allora che l'abuso di diritto si può rivelare la chiave di volta della soluzione del caso, anche in tema di espulsione di stranieri. In sostanza, sebbene non possa dirsi esistente un principio generale di diritto internazionale sulla proibizione di abuso di diritto, la dottrina in merito può esser utile allo scopo di richiamare attenzione sulle ragioni che motivano l'espulsione⁴⁴², le quali dovrebbero avere una qualche consistenza. Si osserva che anche ritenere lo Stato vincolato a non esercitare in maniera abusiva il proprio *ius excludendi* è opinione che contribuisce ad ancorare l'esercizio di tale potere sulla premessa della valorizzazione dell'interesse dello straniero, il quale quantomeno non deve essere ingiustamente leso.

18. ...il principio di ragionevolezza

La Corte internazionale di Giustizia si è sempre astenuta dal dare una definizione precisa di ragionevolezza: "What is reasonable and equitable in any given case must depend on its particular circumstances"⁴⁴³ e lo stesso ha fatto la Corte europea dei diritti dell'uomo "reasonableness ... must be assessed in each case according to its special features"⁴⁴⁴. In ambito di diritto internazionale dei diritti umani numerose previsioni vi si riferiscono: ogni udienza, con rispetto all'art. 6 della CEDU, deve fissarsi in un lasso di tempo "ragionevole"; lo stesso deve dirsi ai sensi dell'art. 9 PDCP per il processo od il rilascio di chi sia sottoposto ad arresto o detenzione. Affinché le restrizioni all'esercizio di diritti fondamentali soggetti a limitazione siano lecite alla luce della CEDU deve esserci "a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aim pursued"⁴⁴⁵, e le discriminazioni devono avere "an objective and reasonable justification"⁴⁴⁶. Il concetto è presente anche nel diritto internazionale marittimo⁴⁴⁷, nel diritto internazionale del commercio e nel diritto internazionale dell'ambiente⁴⁴⁸.

Oltre alla sua applicazione in contesti specifici il concetto di ragionevolezza è stato usato in via generale per limitare il margine di apprezzamento degli Stati. Esso si distingue dalla buona fede e dal divieto di abuso di diritto, nonostante condivida con gli stessi il profilo funzionale, ovvero lo scopo di evitare che il potere sia esercitato in modo scorretto e ingiustamente lesivo dell'interesse degli altri soggetti. Diversamente

⁴⁴² G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., pp. 209, 212.

⁴⁴³ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory opinion, ICJ Reports 1980, p. 73, p. 96. Cfr. O. Corten, "Reasonableness in International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012, last update March 2013, disponibile on line all'indirizzo <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1679?rskey=JGNf1a&result=1&prd=EPIL>.

⁴⁴⁴ *Wemhoff v. Federal Republic of Germany*, Application No 2122/64, Judgment of 27th June 1968, par. 10.

⁴⁴⁵ *Chorherr v. Austria*, Application No 13308/87, Judgment of 25th August 1993, par. 33.

⁴⁴⁶ *Observer and Guardian v. United Kingdom*, Application No 13585/88, Judgment of 26th November 1991, par. 73.

⁴⁴⁷ La Corte chiede un "reasonable degree of proportionality" "nella delimitazione della piattaforma continentale, di modo che non venga in rilievo l'intenzione degli Stati, ma l'adeguatezza della soluzione al caso concreto: *North Sea Continental Shelf*, cit., par. 98.

⁴⁴⁸ Rispettivamente con i concetti di "reasonable price", "reasonable compensation", su cui E.-U. Petersmann, "World Trade, Principles" in *Max Planck Encyclopedia...*cit. e "reasonable and equitable utilization" di risorse ambientali internazionali, su cui si veda U. Beyerlin, J. Stoutenburg, "Environment, International Protection", *Ibidem*.

dalla buona fede il principio di ragionevolezza non valuta il profilo soggettivo delle Parti nel dare seguito agli impegni contrattuali, ma si assesta su valutazioni oggettive circa la adeguatezza dei comportamenti che ne scaturiscono. Rispetto al divieto di abuso di diritto, invece, la ragionevolezza si distingue nel senso di non richiedere necessariamente l'elusione delle finalità della norma violata. Così utilizzato il principio di ragionevolezza esprime l'esigenza che le misure adottate dallo Stato siano congrue e strumentali al raggiungimento dei fini della norma, confrontando "les moyens aux fins, le comportement aux circonstances, en distinguant discrétionnaire et arbitraire, en établissant un équilibre entre des intérêts divergents"⁴⁴⁹.

Tuttavia, in alcune pronunce, al pari che in alcuni ordinamenti interni⁴⁵⁰, la Corte ha utilizzato il principio di ragionevolezza con l'esito di confermare un ampio margine di discrezionalità nella scelta degli Stati. Tanto è avvenuto nel parere relativo a *Conditions on Admission of a State to Membership in the United Nations*, nella sentenza resa nel caso concernente *Rights of Nationals of United States in Morocco* e nel caso *Elettronica sicula*⁴⁵¹, in cui ha espresso una sorta di *self restraint* giudiziario mediante il quale ha riconosciuto di dover intervenire a limite del potere discrezionale solo in caso di manifesta irragionevolezza.

Più recentemente è stata segnalata in dottrina la tendenza della Corte a rendere maggiormente concreto e strutturato il meccanismo di controllo dell'esercizio dei poteri discrezionali degli Stati, anche tramite l'uso del principio in questione⁴⁵². La prospettiva in cui si inserisce tale tendenza, si è detto, è quella di rafforzare la legalità internazionale in modo da evitare il più possibile conflitti con interessi opposti a quello di chi esercita il potere, promuovendo il loro contemperamento e quindi, sollecitando una visione unitaria del diritto internazionale⁴⁵³. In quest'ottica la Corte ha giudicato ragionevole il comportamento dello Stato solo se ha adeguatamente garantito le situazioni giuridiche confliggenti: ciò è avvenuto in particolare nelle

⁴⁴⁹ J. Salmon, "Le concept de raisonnable en droit international public", in D. Bardonnet (ed) *Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pedone 1981, pp. 447 ss., p. 452.

⁴⁵⁰ Ad esempio nella giurisprudenza della Corte Suprema Americana: G. Bognetti, "Il principio di ragionevolezza e la Corte Suprema americana", in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 43 ss. Nei paesi anglosassoni, il principio di ragionevolezza viene configurato come criterio di giudizio minimale, di impatto assai circoscritto, da usarsi con misura, cautela e circospezione di fronte alla discrezionalità legislativa, solo in quei casi in cui sia necessario intervenire per rimuovere una legislazione così estremamente e manifestamente irragionevole da apparire tale a qualunque persona sensata. Secondo tale criterio, elaborato nella tradizione inglese secondo il cosiddetto "Wednesbury test", una determinazione pubblica è irragionevole quando contiene qualcosa di così assurdo che nessuno penserebbe mai che possa rientrare nei poteri di una pubblica autorità: "so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the power of the authority"; ovvero "so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it", *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410.

⁴⁵¹ *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (United States v. Italy)*, Judgment, I.C.J. Report 1989, p. 65.

⁴⁵² D. Russo, "Sull'uso della ragionevolezza...", cit., pp. 514-515.

⁴⁵³ *Ibidem*; O. Corten, "Reasonableness ...cit. "the use of the notion of reasonableness provides legitimacy to the international legal order as a whole, by presenting an image of a closed, coherent and complete legal system. From that perspective, references to reason suggest an ideal of unity and community of values that is particularly remarkable in a very loosely integrated international society, which is characterized by decentralized loci of power and acute cultural and political differences". Sui conflitti di norme si veda il primo capitolo.

pronunce *Cantiere sul fiume Uruguay*⁴⁵⁴, e *Dispute Regarding Navigational and Related Rights*⁴⁵⁵ in cui ha imposto rispettivamente all' Uruguay di garantire il diritto dell' Argentina allo sfruttamento del fiume ed alla sostenibilità ambientale e al Nicaragua di non imporre un sacrificio eccessivo al diritto alla navigazione del Costa Rica.

Il profilo più interessante ai fini della nostra indagine riguarda l'interpretazione del principio di ragionevolezza alla luce della proporzionalità, al fine di condurre una valutazione in concreto delle modalità di esercizio del potere discrezionale⁴⁵⁶. Il principio di ragionevolezza può essere utilizzato come limite esterno al potere espulsivo dello straniero, in combinato disposto con il principio di proporzionalità, qualora l'allontanamento dello straniero dal territorio debba essere bilanciato con un concorrente interesse di questi. Il canone generale di ragionevolezza impone allo Stato di esercitare il proprio potere di allontanamento in modo ragionevole, considerando l'interesse in questione. D'altra parte, in queste situazioni, spesso il potere statale incontra anche il limite imposto dalla norma speciale sui diritti umani la quale lo condiziona ad una valutazione di proporzionalità. Ciò avviene ad esempio nel caso sussista l'interesse alla tutela dell'unità familiare dello straniero, minacciata dall'allontanamento dal territorio⁴⁵⁷.

La dottrina mette in guardia dal sopravvalutare l'utilità del principio di ragionevolezza: quest'ultima rifugge una definizione univoca in presenza di interessi che non possono essere facilmente composti⁴⁵⁸. Ciononostante, ai fini del nostro lavoro, la progressiva definizione di questa norma nell'ordinamento internazionale può essere vista come un'ulteriore conferma del dovere degli Stati di considerare i contrapposti interessi dell'individuo straniero al momento di decidere sulla sua ammissione o permanenza sul territorio.

19. ...il divieto di arbitrio

Il divieto di arbitrio limita l'esercizio di un diritto che implica una larga discrezionalità. Quest'ultima, nel diritto internazionale, non può sconfinare nell'arbitrio senza dar luogo ad un illecito.

⁴⁵⁴ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports, 2010, p. 14.

⁴⁵⁵ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, soprattutto a p. 249. Si veda la ricostruzione della giurisprudenza fatta da D. Russo in "Sull'uso della ragionevolezza", cit., in particolare pp. 504-414.

⁴⁵⁶ L'operazione è stata compiuta dalla Corte nel caso *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226, in cui ha valutato dapprima il carattere della ricerca scientifica condotta dal Giappone, la quale legittimava una deroga alle norme della Convenzione sulla caccia alla balene, ed in seguito l'esistenza di un collegamento ragionevole tra modalità di ricerca scientifica ed obiettivi. L'operazione si è rivelata utile a contemperare gli opposti interessi in gioco nel caso *de quo*, ovvero sfruttamento dell'industria baleniera e protezione ambientale, seppur riavvicinati dal comune interesse alla ricerca scientifica.

⁴⁵⁷ *Infra*, par. 30.

⁴⁵⁸ O. Corten, "Reasonableness ..." cit. Si veda anche supra, cap. primo, in particolare par. 7 lett. d), la discussione sulla possibilità di armonizzazione delle norme di diritto internazionale.

La Corte Internazionale di Giustizia ha descritto l'arbitrio come un "wilful disregard of the due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety"⁴⁵⁹. Il divieto di arbitrio è fatto oggetto anche di espresse disposizioni normative: l'art. 13 del Patto sui Diritti Civili e Politici è norma procedurale, ma è stata interpretata dal Comitato per i Diritti Umani nel senso sostanziale concretante la proibizione di espulsioni arbitrarie. Nel *General Comment* n. 15 si scrive:

"Article 13 directly regulates only the procedure and not the substantive grounds for expulsion. However, by allowing only those carried out 'in pursuance of a decision reached in accordance with law', its purpose is clearly to prevent arbitrary expulsions"⁴⁶⁰.

Il potere di uno Stato di espellere stranieri non può essere esercitato in modo arbitrario⁴⁶¹ sia al momento della scelta sull'espulsione di uno straniero in particolare, sia in relazione alla modalità di assunzione della decisione, sia durante la conseguente procedura esecutiva. Alcuni autori chiamano arbitrio anche l'esercizio del potere espulsivo per ragioni, funzioni e scopi diversi da quelli per cui è attribuito. In questi casi forte è il legame con la figura dell'abuso di potere già esaminata: il potere è arbitrario rispetto alla finalità lecita, ed abusivo in quanto lede altri interessi. Le correlative proibizioni giungono, pertanto, a sovrapporsi⁴⁶².

Tuttavia, le norme in materia di espulsione di stranieri spesso utilizzano nozioni quali "ordine pubblico" o "sicurezza dello Stato" la cui ampiezza contenutistica rende spesso difficile la formulazione di precetti precisi. Secondo alcuni, la proibizione internazionale di decisioni arbitrarie non riesce, di fronte a queste clausole di salvaguardia del potere espulsivo così ampie, a ricavarsi un proprio spazio di autonoma applicazione rispetto alle norme sulla protezione dei diritti umani dello straniero⁴⁶³.

Da un altro punto di vista, proprio perché il potere di allontanamento dello straniero è altamente discrezionale, il carattere arbitrario di un allontanamento è difficilmente dimostrabile. I Tribunali arbitrali di inizio Novecento hanno inteso rinvenire un indice di arbitrio nell'assenza di ogni ragione a suffragio del

⁴⁵⁹ *Elettronica Sicula S.p.A.*, cit., par. 128. Si veda anche p. 63, par. 124, della stessa decisione: "To identify arbitrariness with mere unlawfulness would be to deprive it of any useful meaning in its own right. Nor does it follow from a finding by a municipal court that an act was unjustified, or unreasonable, or arbitrary, that that act is necessarily to be classed as arbitrary in international law, though the qualification given to the impugned act by a municipal authority may be a valuable indication."

⁴⁶⁰ HRC, General Comment No. 15: The Position of Aliens under the Covenant, 11 April 1986, par. 10. P. Hassan, "The Word 'Arbitrary' As Used In The Universal Declaration Of Human Rights: 'Illegal' or 'Unjust'?", *Harvard International Law Journal*, vol. 10, 1969, p. 225 ss., alle pp. 254, 259: gli scopi perseguiti dagli strumenti citati certo rimandano all'esigenza di limitare la discrezionalità statale in favore del pieno sviluppo e tutela della dignità di ogni individuo, ed in questo senso, nota Hassan, si esprime anche il Preambolo della Dichiarazione del 1948.

⁴⁶¹ R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., p. 940; B. Cheng, *General Principles of Law...*, cit., p. 36; R. Plender, *International Migration Law*, cit., p. 460; P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations...*, cit., pp. 82-83; B.O. Iluyomade, "The Scope and Content...cit.", pp. 47-92.

⁴⁶² "When arbitrary use of powers or a *détournement de pouvoir* is alleged, proof should also be brought that the right has been used in disregard of the purpose for which it was originally intended." A. Kiss, "Abuse of Rights"...cit., p. 8. G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 208.

⁴⁶³ D. O'Connell, *International Law*, 1965, pp. 766-767.

provvedimento di espulsione. Nel caso *Maal*, la Commissione mista liquidò all'Olanda un risarcimento per danni patiti da un suo cittadino che si era visto rifiutare l'ingresso in Venezuela, e che in seguito era stato sottoposto ad arresto, senza che il Venezuela dimostrasse l'esistenza di alcuna ragione di sicurezza nazionale⁴⁶⁴. Il caso *Paquet* è altrettanto evocativo. Il Venezuela aveva cancellato una concessione data al sig. Paquet relativa all'utilizzo di acque nere a Catis, in Venezuela. Quando il sig. Paquet tentò di rientrare in Venezuela dopo un'assenza temporanea, gli fu negato l'ingresso senza alcuna spiegazione. L'Arbitro così si esprime:

“... on the other hand, the general practice amongst governments is to give explanations to the government of the person expelled if it asks them, and when such explanations are refused, as in the case under consideration, the expulsion can be considered as an arbitrary act of such a nature as to entail reparation ...⁴⁶⁵”

Il fatto che non esistesse alcuna ragione di pericolo per l'ordine pubblico, o alcuna considerazione di alto carattere politico sottostante il divieto di ingresso opposto allo straniero rendeva il potere illecito in quanto arbitrario.

Anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha sanzionato decisioni di espulsione di stranieri in ambiti in cui al potere è chiesto di corrispondere a certi requisiti e scopi, qualificandole come arbitrarie, ad esempio in materia di tutela dell'unità familiare dell'individuo e della sua vita privata⁴⁶⁶. In questi casi l'espulsione è giustificata se persegue finalità espressamente elencate nell'art. 8 CEDU, in mancanza delle quali l'atto è stato considerato arbitrario. L'assenza di ragioni giustificative, qualora necessarie, e l'assenza delle ragioni giustificative precisate nelle norme convenzionali a protezione del migrante (è il caso dell'art. 8 CEDU appena citato) è il confine dell'arbitrarietà anche per la Commissione di Diritto Internazionale, che si è occupata di arbitrio in occasione di riflessioni sulle deportazioni di massa⁴⁶⁷. Infine, come ci si può immaginare, sono numerosissime le decisioni di Corti nazionali che sanzionano decisioni di espulsione sulla base della loro arbitrarietà⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴In *RIAA* pp. 10-731 (1903), si veda anche il caso *Boffolo*, *ibidem*, p. 528.

⁴⁶⁵*Paquet Case (Expulsion)*, Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, 1903, cit., p. 325.

⁴⁶⁶Si veda più diffusamente *infra*, par. 30.

⁴⁶⁷Secondo il Commentario: “The term ‘arbitrary’ is used to exclude the acts when committed for legitimate reasons, such as public health or well being, in a manner consistent with international law.” ILC, *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* (1996), article 18, paragraph (g), and Commentary (13), *ILC Yearbook*, 1996, vol. II, Part Two, A/51/10.

⁴⁶⁸Se ne riportano solo alcune: *The Japanese Immigrant Case*, United States Supreme Court, 189 U. S. 86, 6 April 1903, p. 101: “Therefore, it is not competent for the Secretary of the Treasury or any executive officer, at any time within the year limited by the statute, arbitrarily to cause an alien, who has entered the country, and has become subject in all respects to its jurisdiction, and a part of its population, although alleged to be illegally here, to be taken into custody and deported without giving him all opportunity to be heard upon the questions involving his right to be and remain in the United States. No such arbitrary power can exist where the principles involved in due process of law are recognized.” Ancora, secondo la Corte Suprema del Canada: “The first question is what standard should be adopted with respect to the Minister's decision that a refugee constitutes a danger to the security of Canada. We

In conclusione, si può affermare che la proibizione di arbitrio è una norma ben affermata nel diritto internazionale che inferisce anche l'ambito dell'espulsione di stranieri, ove i Tribunali ne interpretano il contenuto nel senso di richiedere in qualsiasi caso vi sia un interesse allegato dall'individuo straniero meritevole di tutela, una ragione giustificativa per l'esercizio dello *ius excludendi*, della quale dare conto qualora richiesto da eventuali norme internazionali più specifiche, da norme interne, o qualora interpellati dallo Stato di cittadinanza dello straniero. Come si vedrà nel terzo capitolo, l'obbligo viene fatto discendere anche dalla norma di diritto internazionale dei diritti umani che richiede la conformità del provvedimento esclusivo dal territorio alla legge.

20. ...il trattamento degli stranieri: lo standard di trattamento

Nel diritto internazionale anteriore alla Carta delle Nazioni Unite, la materia del trattamento da accordarsi ad opera dello Stato territoriale nei riguardi degli individui e delle persone giuridiche straniere, nonché dei loro beni, assumeva rilievo assolutamente centrale. I principi in tema di trattamento degli stranieri venivano a costituire i principali limiti all'esercizio della sovranità statale, tant'è che all'epoca della Società delle Nazioni la discussione in merito alla responsabilità statale si delineava seguendo i contorni delle regole in merito alla responsabilità per violazione delle norme sulla protezione degli stranieri⁴⁶⁹. Tanto, probabilmente, si doveva all'esiguo numero di obblighi internazionali gravanti sugli Stati rispetto al trattamento dei loro cittadini, fermo restando che la materia del trattamento degli stranieri è una tra quelle che hanno subito maggiori cambiamenti nel corso del tempo⁴⁷⁰. Lo sviluppo del diritto è avvenuto sia in relazione allo standard materiale a cui gli Stati sono tenuti nel trattamento dello straniero che rispetto alle modalità tramite le quali far valere tale standard.

Già dal sedicesimo secolo nei confronti degli stranieri era vietato il cosiddetto "diniego di giustizia". In una sua più larga accezione il "diniego di giustizia" si riferiva al trattamento illecito da parte delle autorità

agree with Robertson JA that the reviewing court should adopt a deferential approach to this question and should set aside the Minister's discretionary decision if it is patently unreasonable in the sense that it was made arbitrarily or in bad faith, it cannot be supported on the evidence, or the Minister failed to consider the appropriate factors. The court should not reweigh the factors or interfere merely because it would have come to a different conclusion." *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration and Others)*, Supreme Court, 11 January 2002, 41 ILM 954, 2002, par. 29.. Infine, secondo la Corte Suprema tedesca: "The plaintiff's contention that his expulsion contravenes the rule of equality must be dismissed. In the same manner in which the police of the District authorities in Lorrach had exercised their discretionary power, so the defendant was entitled to exercise his discretionary power. As desirable as it might be to have an homogeneous application of the *AuslG* in all the different *Länder* of the Federal Republic of Germany, the equality rule contained in Article 3 of the Basic Law merely obliges the authorities not to exercise their discretion in an arbitrary manner. Thus there is no need to examine whether the cases of N. and the plaintiff are comparable." *Expulsion Order Case*, Federal Republic of Germany, Supreme Administrative Court of Hesse, 13 November 1968, *ILR*, volume 61, p. 442.

⁴⁶⁹ A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (eds.), *Immigrazione, Diritto, Diritti...*, cit., p. 281.

⁴⁷⁰ R.B. Lillich, "Duties of States regarding the civil rights of aliens", in *RCADI*, vol. 161, 1978, pp. 329-444, p. 343.

esecutive, legislative e giudiziarie dello Stato di residenza. In senso stretto, però, con l'espressione si intendeva esclusivamente il rifiuto di dotare lo straniero di possibilità di ricorso giurisdizionale adeguate.

Il contenuto dello standard del "diniego di giustizia" ha da sempre rivestito confini incerti, tant'è che al giorno d'oggi si preferisce ritenere il concetto obsoleto ed inutile nella ricostruzione della materia⁴⁷¹. La Commissione di Diritto internazionale se n'è occupata durante i lavori sulla protezione diplomatica, ma ha preferito escluderlo dall'oggetto dello studio, rilevando il suo superamento ad opera delle disposizioni in materia di diritti umani che prevedono il diritto di ogni essere umano ad un giusto processo, in particolare grazie alla formulazione dell'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici⁴⁷².

A partire dal diciannovesimo secolo, la materia del trattamento degli stranieri divenne oggetto di due teorie contrapposte: la dottrina del *international minimum standard* e quella del *national standard* o *equal treatment*. Le due diverse concezioni sono portatrici di ideologie ed istanze politiche ed economiche profondamente differenti. La prima, altrimenti detta "ordinary standards of justice", "standards of the more advanced state", "standards of civilized justice", ecc...nacque grazie alla premura di alcune Potenze occidentali che si preoccupavano di ottenere un trattamento adeguato per i loro cittadini all'estero. La pretesa era di imporre tale standard di trattamento agli altri Stati, specialmente a quelli con le inefficienze giudiziarie ed amministrative più gravi. L'*international minimum standard* si basa sulla premessa che il diritto internazionale preveda certi standard in relazione al trattamento degli stranieri e che lo Stato non possa esimersi dal loro rispetto invocando la propria disciplina nazionale⁴⁷³. Essa è stata formulata già agli inizi del 1900⁴⁷⁴.

La difficoltà nell'approvazione dell'*international minimum standard* come criterio guida non è solo concettuale, ma deriva dalle divergenze tra gli Stati sulle regole di trattamento. Infatti, su alcune di esse, come il divieto di uccisioni arbitrarie, il divieto di sottoposizione a detenzione o violenze fisiche, il consenso degli Stati è maggiormente diffuso che su altre, la cui esistenza dipende dal contesto socio-culturale del singolo Stato (arresto e cattura di criminali, uso della forza per sedare una rivolta). Inoltre, alcuni autori hanno in passato sostenuto che non fosse possibile postulare un unico standard internazionale minimo

⁴⁷¹ I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit.: "To few terms in international law have such a wide variety of meanings or shades of meaning been attributed as to the term denial of justice" (p. 506); G. Fitzmaurice, "The Meaning of the Term 'Denial of Justice'", *BYBIL*, vol. 13, 1932, p. 93 ss. p. 93.

⁴⁷² ILC, Report on the work of its fifty-fourth session (29 April-7 June and 22 July- 16 August 2002), *General Assembly, Official Records, Fifty-seventh Session, Supplement No. 10 (A/57/10)*, par. 274-279.

⁴⁷³ R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., pp. 931-932.

⁴⁷⁴ "Furthermore, international custom also worked in favour of developing a minimum standard for the treatment of aliens, once admitted to a State. This conception took root in customary international law during the 19th century, with treaties stipulating a number of rights reflecting a minimum standard dating back to an earlier period." R. Arnold, "Aliens", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...* cit., pp. 103-104; R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., pp. 910, 932-933; H. Kelsen, *Principles of International Law*, cit., pp. 366-367; D. Vagts, "Minimum Standard", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., pp. 408-410; W. Friedman, "Some Impacts of Social Organization on International Law", *AJIL*, vol. 50, 1956, p. 475 ss., a pp. 500-502; I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., pp. 502-503; R.C. Chhangani, "Notes and Comments. Expulsion of Uganda Asians and International Law", *IJIL*, vol. 12, 1972, pp. 400 ss., a p. 404.

portatore di una sua filosofia economica e sociale a spese dello Stato ospitante⁴⁷⁵. Infine, la dottrina ha incontrato l'opposizione di una larga fetta di Stati, soprattutto dell'America Latina, dell'Asia e dell'Africa, che, considerando le ragioni dello sviluppo della nozione, temevano che l'*international minimum standard* recasse con sé uno *special status*, maggiormente dignitoso per gli stranieri⁴⁷⁶.

In contrapposizione a detta dottrina si è, quindi, affermata la teoria del *national standard*, ovvero dell'*equal treatment* tra cittadini e stranieri. Essa viene anche chiamata dottrina "Calvo", dal nome del noto giurista e diplomatico argentino che la formulò ai fini di opporsi all'esercizio abusivo della protezione diplomatica nel continente⁴⁷⁷. Previsioni di equo trattamento tra cittadini e stranieri erano già presenti nei trattati commerciali del diciassettesimo secolo, e la dottrina ha sempre avuto illustri sostenitori, oltre ad essere stata utilizzata in numerosi strumenti internazionali⁴⁷⁸. La medesima si fonda sul principio di giurisdizione territoriale e di uguaglianza: uno straniero sceglie di sottoporsi alle condizioni di vita dello Stato di residenza in maniera consapevole di "onori ed oneri", pertanto né lui né lo Stato di origine possono lamentare il trattamento che, al pari che ai cittadini, gli è riservato⁴⁷⁹.

Peraltro, in materia di allontanamento dello straniero dal territorio né il concetto di "diniego di giustizia" né il *national standard* possono soccorrere, il primo a causa della sua vaghezza, il secondo per via dell'ovvia constatazione che normalmente i cittadini non sono soggetti ad esclusione dal territorio. Invece, può essere utile il riferimento ad uno standard minimo di trattamento prescritto dal diritto internazionale a favore di tutti gli stranieri⁴⁸⁰. Tale standard non può però essere modellato sulla base del livello di tutela assicurato dagli Stati maggiormente sviluppati⁴⁸¹, occorrendo una valutazione che tenga conto delle caratteristiche concrete dello Stato territoriale. Quest'ultimo sembrerebbe obbligato a fornire una protezione

⁴⁷⁵ I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., p. 505.

⁴⁷⁶ R.C. Chhangani, "Notes and Comments", cit., p. 404

⁴⁷⁷ C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, Parigi, 1896. Per una forte critica degli abusi subiti in passato dagli Stati all'epoca meno sviluppati si veda anche l'opinione del giudice Padilla Nervo nel caso *Barcelona Traction*, cit., p. 247. Come rileva F. Tamburini in "La dottrina "Calvo". Storia, diritto, attualità", in *Africana*, 2001 pp. 159 ss., la dottrina Calvo è ben lungi dall'essere divenuto un concetto consacrato dai canoni dalle norme di diritto internazionale.

⁴⁷⁸ Per gli accordi commerciali: R. Arnold, "Aliens", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 103. Per il riconoscimento della dottrina F.V. Garcia-Amador, "Calvo Doctrine, Calvo Clause", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 521 (riferendosi a Carlos Calvo); I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., pp. 501-502; R.C. Chhangani, "Notes and Comments...cit.", pp. 403-404. Si veda anche Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, Montevideo, 26 December 1933, League of Nations, *Treaty Series*, vol. 165, p. 19, art. 9, par. 2 ("Nationals and foreigners are under the same protection of the law and the national authorities and the foreigners may not claim rights other or more extensive than those of the nationals").

⁴⁷⁹ I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., pp. 501-502.

⁴⁸⁰ G. Schwarzenberger, "The Fundamental Principles...", cit., pp. 309-310, 317-318; R. Plender, *International Migration Law*, cit., p. 460 (citando, *Administrative Decision No. V, United States v. Germany, Award of 31 October 1924*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VII, p. 119; *L.F.H. Neet and Pauline Neer (U.S.A) v. United Mexican States, General Claims Commission, (Mexico/U.S.A.), Award of 15 October 1926*, p. 60; *Hines v. Davidowitz et al.*, 312 U.S. 52 (1941)); G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 308; D. Vagts, "Minimum Standard", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...cit.*, p. 408.

⁴⁸¹ I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., p. 527.

“adeguata” allo straniero secondo un criterio di ragionevolezza e diligenza media⁴⁸². Ciononostante, ci si chiede quale sia oggi l’influenza di tale gruppo di norme, stante la diffusione che ha raggiunto a livello internazionale la tutela dei diritti dell’uomo.

I due standard tradizionali si basano sulla distinzione tra cittadini e stranieri, che gli strumenti internazionali sui diritti umani ignorano, ancorando la protezione alla dignità di persona in quanto tale. Il riconoscimento in capo ad ogni individuo dei diritti tutelati è stato salutato come un innalzamento del livello di tutela anche per gli stranieri. La questione verrà approfondita nel paragrafo seguente, dedicato ai nuovi limiti che incontra lo *ius excludendi* statale.

21. I limiti derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani

Lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani ha avuto un impatto significativo, oltre che sul diritto internazionale in genere⁴⁸³, anche sulle norme di diritto internazionale regolanti il trattamento degli stranieri poiché i diritti che vi sono contemplati vengono riconosciuti agli individui indipendentemente dal loro *status* di cittadini o meno. Si è visto che gli obblighi dei trattati sui diritti umani, in gran parte comunque corrispondenti a norme avente natura consuetudinaria, creano sugli Stati che ne sono parte vincoli solidali⁴⁸⁴. Il cambio di prospettiva è stato salutato come epocale⁴⁸⁵ e, nella pratica, ha contribuito notevolmente ad ampliare la lista di diritti precedentemente goduti dallo straniero grazie alle norme di diritto internazionale disciplinanti il trattamento degli stranieri. Inoltre, il movimento di sviluppo dei diritti umani ha avuto l’indubbio merito di innalzare la protezione di ogni individuo, anche non cittadino, oltre gli *standards* precedentemente accolti dal diritto internazionale⁴⁸⁶. Tuttavia, l’influenza del diritto internazionale dei diritti umani nella materia dell’espulsione dello straniero è stata anche descritta come insufficiente ai fini di fornire

⁴⁸² V. *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka*, 1990, in ILM, 1990, p. 608.

⁴⁸³ Si veda *supra*, par.6

⁴⁸⁴ *Supra*, par. 6. Si veda anche A. Cassese, “Individuo (diritto internazionale)”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 190, che aderisce alla tesi di Sperduti, *Lezioni di Diritto Internazionale*, Milano 1958, p. 140. La problematica recentemente è affrontata sotto la prospettiva di analisi degli obblighi *erga omnes partes*. P. Picone, “Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno stato individualmente leso”, RDI, 2013, p. 1.

⁴⁸⁵ “The transformation of the position of the individual is one of the most remarkable developments in contemporary international law.” S. Oda, “Legal Status of Aliens”, in M. Sørensen (dir.) *Manual of Public International Law*, New York, 1968, p. 481 ss., a p. 471. “In recent years the most important single change in the principle of domestic jurisdiction has been the development of a law of human rights. The idea that a person may be entitled in international law to certain rights that belong to him as a human person, and not merely indirectly in his capacity as a national of one State and an alien in another, and moreover that these rights can be available to him even against his own national State, is an invasion of one of the classical areas of the reserved domain.” R. Jennings, “General course on principles of international law”, in *RCADI*, 121, 1967, pp. 323-619, p. 503.

⁴⁸⁶ M.S. McDougal, H.D. Lasswell e L. Chen, “The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: responsibility of States Conjoined with Human Rights”, in *AJIL*, vol. 70, 1976, p. 432 ss., p. 464; I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., p. 505.

una protezione adeguata, constatando il ripetersi del paradigma illustrato nel primo capitolo, in cui la possibilità di esercizio del potere espulsivo si configura come regola, mentre il limite dato rispetto del diritto del migrante si pone ad eccezione⁴⁸⁷. L'applicabilità dei trattati sui diritti umani a beneficio degli individui non cittadini, è ribadita dalla Dichiarazione sui diritti umani degli individui non cittadini dello Stato in cui vivono, adottata nel 1985 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite⁴⁸⁸. La precisazione dell'Assemblea Generale può sembrare superflua, giacché si è già detto che l'universalità di applicazione caratterizza il contenuto dei trattati stessi e ne è, anzi, la principale portata innovativa. E' stato anche suggerito che la Dichiarazione non provveda ad alcuna protezione aggiuntiva per gli stranieri rispetto a quella offerta dai due Patti delle Nazioni Unite sui diritti umani, e che, al contrario, finisce per risultare dannosa⁴⁸⁹.

La relazione tra norme facenti parte del diritto internazionale dei diritti umani e norme di diritto internazionale cosiddetto "tradizionale" riguardanti il trattamento degli stranieri è stata controversa. Secondo alcuni autori, lo standard minimo internazionalmente previsto per il trattamento degli stranieri è lo stesso garantito dalle norme fondamentali sui diritti umani⁴⁹⁰. Altri, invece, ritengono la protezione fornita dal diritto internazionale dei diritti umani evolutasi fino al punto di tutelare gli stranieri più dei principi di "equo trattamento" o "standard minimo"⁴⁹¹; in quest'ottica è il diritto internazionale dei diritti umani che si pone a servizio del progressivo sviluppo degli standard suddetti, specialmente nelle aree in cui i contorni del

⁴⁸⁷ "Conceptually, human rights limits on expulsion are rather peculiar. As a rule, human rights protect all human beings regardless of their nationality; in some exceptional cases, such as the right to participate in elections, they can only be invoked by citizens of a particular country. Human rights limits on expulsion, in contrast, protect solely aliens. This explains why most of these guarantees provide comparatively rather weak protection allowing for many exceptions. The sovereignty of States regarding the admission of aliens is still the point of departure and limitations on the power to order expulsions and to deport are the exceptions. There is a danger in this approach not to take seriously enough the legitimate needs of persons living abroad and to recognize only insufficiently their vulnerability." W. Kälin, "Limits to Expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights", in F. Salerno (a cura di), *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione*, Padova, Cedam, 2003, pp. 143 ss., p. 143.

⁴⁸⁸ "The protection of human rights and fundamental freedoms provided for in international instruments should also be ensured for individuals who are not nationals of the country in which they live": Resolution 40/144, 13 Dicembre 1985, Preambolo, par. 7.

⁴⁸⁹ "To a considerable extent the provisions of the Declaration repeat, less comprehensively, the provisions which, under the 1966 Covenants on Economic, Social and Cultural Rights and on Civil and Political Rights, are already binding upon most states in respect of 'all individuals within [their] territory and subject to [their] jurisdiction', thereby including aliens as well as nationals", R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., p. 909. "Not surprisingly, perhaps, the breadth of this topic has led finally to a statement which is very general. Not only does it not add much to the understanding of existing rights but it can be argued that, overall, the Declaration will have a repressive effect where further efforts to achieve progress in the development of the rights of aliens are concerned. Indeed, it was found necessary to include in the second article of the Declaration a 'saving' clause that nothing within the Declaration would prejudice the enjoyment of the rights which under international law a State was obliged to accord to aliens, even where the Declaration did not recognize such rights or recognized them to a lesser extent." G. L. Coles, "The human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live", *Yearbook*, International Institute of Humanitarian Law, 1985, pp. 126-153, p. 126

⁴⁹⁰ H. Mosler, "The international society as a legal community", in *RCADI*, 140, 1974, pp. 1-320, p. 72.

⁴⁹¹ F. V. Garcia-Amador, "Calvo Doctrine, Calvo Clause", ...cit., p. 523.

principio di equità o di minimo trattamento non sono ben definiti o sono stati di fatto superati⁴⁹². Secondo l'opinione che Richard B. Lillich esprimeva già nel 1978, le norme internazionali che garantiscono il diritto alla vita, la libertà e la sicurezza della persona, come il diritto a non essere sottoposto a tortura, o a trattamenti o punizioni inumani o degradanti, avrebbero avuto l'effetto di rinforzare il diritto tradizionale disciplinante il trattamento degli stranieri. Invocando l'applicazione delle norme di diritto internazionale dei diritti umani in simili situazioni future, l'autore individuava una linea di tendenza secondo cui lo Stato non solo avrebbe protetto il diritto dell'individuo, ma avrebbe anche contribuito all'affermazione di un diritto contemporaneo a proposito del trattamento dello straniero⁴⁹³.

Infine, parte della dottrina crede che residui un campo di applicazione per gli obblighi tradizionali e che, in ogni caso, gli strumenti azionabili per richiedere il rispetto del diritto dello straniero, sotto l'uno o l'altro "ramo" del diritto, siano tra loro concorrenti⁴⁹⁴. Lo straniero, si dice, è maggiormente esposto a violazioni dei propri diritti fondamentali rispetto al cittadino, pertanto lo strumento preposto alla tutela delle norme sul trattamento dello straniero, ovvero, la protezione diplomatica conserva la sua utilità anche dal punto di vista dell'individuo. Si vedrà ciò più nel dettaglio nel paragrafo che segue.

22. La protezione diplomatica

L'efficacia delle norme materiali di diritto internazionale regolanti il trattamento degli stranieri è imprescindibilmente connessa alla possibilità di dare loro attuazione. Tradizionalmente, il mezzo preposto a tale scopo è l'esercizio della protezione diplomatica da parte degli Stati, istituto di diritto internazionale consuetudinario sul cui utilizzo ci si è interrogati anche ai fini di dare effettività alle norme di diritto internazionale dei diritti umani in favore di uno straniero.

In accordo con la prassi e la dottrina prevalente, la protezione diplomatica deve essere intesa come la protezione fornita da un soggetto di diritto internazionale alle persone fisiche e giuridiche contro la violazione di norme internazionali da parte di un altro soggetto di diritto internazionale⁴⁹⁵. La definizione è

⁴⁹² C. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Londra, 1967, p. 279. Si veda anche: G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 74.

⁴⁹³ R.B. Lillich, "Duties of States...", cit., p. 410.

⁴⁹⁴ M. S. McDougal, H. D. Lasswell e L. Chen, "The Protection of Aliens..." cit., p. 464, che considerano obsoleto il dibattito su quale che sia il trattamento da riservare allo straniero nel diritto consuetudinario tradizionale, giacché oggi un "*international standard*" è prescritto per tutti gli esseri umani. Tuttavia i mezzi di protezione tradizionalmente esercitabili secondo le norme consuetudinarie in merito alla responsabilità dello Stato per danni allo straniero sono ancora applicabili.

⁴⁹⁵ W.C. Geck, "Diplomatic Protection", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 1046; G. Leigh, "Nationality and Diplomatic Protection", *ICLQ*, Vol. 20 (1971), p. 453.

condivisa dal progetto di articoli scaturente dal lavoro dalla Commissione di Diritto Internazionale in materia, terminato nel 2006⁴⁹⁶.

Il rapporto in cui si inserisce l'intervento in protezione diplomatica è di struttura trilaterale: esso coinvolge infatti gli interessi della persona fisica o giuridica tutelata, dello Stato destinatario dell'azione e dello Stato agente. Quest'ultimo, salvo i rari casi in cui sia vincolato da norme interne al suo ordinamento⁴⁹⁷, può scegliere se esercitare la protezione in favore dell'individuo; nell'opzione entrano in gioco importanti e numerose considerazioni politiche sia sul piano interno che inerenti le relazioni internazionali.

Presupposti imprescindibili della protezione diplomatica sono l'esistenza di una violazione del diritto internazionale imputabile allo Stato destinatario secondo le norme sulla responsabilità internazionale, la speciale relazione tra individuo protetto e Stato agente, ed il previo esaurimento da parte del primo dei ricorsi che lo Stato destinatario pone a sua disposizione⁴⁹⁸.

Considerando il primo requisito, si osserva come l'inarrestabile espansione dei contatti tra individui e Stati stranieri e l'incremento nel numero di disposizioni pattizie vincolanti lo Stato, aumenti l'astratta applicabilità dell'istituto. Di contro, gioca un ruolo chiave la possibilità sempre più di frequente riconosciuta all'individuo di cercare egli stesso tutela di fronte a tribunali e corti internazionali. Quindi, se da un lato le violazioni del diritto internazionale idonee a pesare sugli individui stranieri sono sempre più numerose, dall'altro si sono sviluppati nel tempo differenti mezzi di composizione dei conflitti che ne derivano.

Il secondo presupposto è l'esistenza di un legame tra Stato ed individuo che, normalmente, è dato dalla cittadinanza⁴⁹⁹. Difatti, la protezione diplomatica è giustificata sulla base della giurisdizione personale che lo Stato ha sui propri cittadini⁵⁰⁰. Se non ché, anche le organizzazioni internazionali o Stati diversi da quello di cittadinanza possono essere eccezionalmente legittimati a fornire protezione, in presenza di stretti legami con l'individuo e di particolari cause del danno da lui subito⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ Al progetto di articoli del 2006, e al commentario, attualmente sottoposti da parte dell'Assemblea Generale alle osservazioni degli Stati, ci si riferisce in modo diffuso per le considerazioni tratte in questo paragrafo.

⁴⁹⁷ Ad esempio, alcune Corti tedesche, tra cui la Corte federale, hanno riconosciuto ai cittadini il diritto di agire in giudizio per esigere dalla Repubblica Federale di Germania l'esercizio di protezione diplomatica, sulla base di considerazioni di carattere costituzionale (Federal Constitutional Court, 7 luglio 1975, 1975, BVerfGE 40, 141, p. 177; 16 dicembre 1980, BVerfGE 55, 349, p. 364).

⁴⁹⁸ L'evoluzione del significato di questi requisiti è analizzata da L. Condorelli "La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle", in *RDI*, vol. 83, 2003, p. 5 ss.

⁴⁹⁹ La discussione in merito alla teoria del *genuine link* tra Stato e cittadino ai fini dell'esperimento della protezione diplomatica, espressa dalla ICJ nel caso *Nottebohm* (vedi *supra*, par. 11), i dubbi sulla legittimazione statale in presenza di cittadinanze multiple, od il requisito della continuità della cittadinanza, esulano dal sintetico approccio al tema che è scopo di questa breve esposizione, ma possono essere approfonditi in W.C. Geck, "Diplomatic Protection", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 1049 ss., G. Leigh, "Nationality and Diplomatic Protection", *..cit.*, nonché attraverso la lettura del *Commentary to the Draft Articles on Diplomatic Protection*, emesso dalla CDI., pp.31-47.

⁵⁰⁰ G. Leigh, "Nationality and Diplomatic Protection..."cit., p. 455, O'Connell, *International Law*, cit.pp. 730-731.

⁵⁰¹ La possibilità di intervento delle organizzazioni internazionali a protezione di un individuo si basa sul diverso concetto di protezione funzionale, volta ad assicurare il buon funzionamento dell'attività dell'organizzazione e la sua indipendenza. Essa è stata oggetto di una pronuncia dell'ICJ nel caso *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*,

Il terzo presupposto, ovvero il previo esperimento da parte dell'individuo dei rimedi che lo Stato straniero mette a disposizione⁵⁰², impone di interrogarsi sulla titolarità del diritto e sulla natura stessa dell'istituto della protezione diplomatica. Difatti, mentre secondo la tradizionale concezione, proposta da Emmerich de Vattel⁵⁰³, l'individuo è solo beneficiario di un diritto riconosciuto al suo Stato di cittadinanza *vis à vis* altri Stati, alcuni autori considerano la teoria per la quale il danno ad un individuo sia un danno al suo Stato come una mera finzione. Secondo queste tesi, deve abbandonarsi l'idea per cui solo gli Stati possono godere del diritto materiale al risarcimento, relegando gli individui al ruolo di meri beneficiari⁵⁰⁴. Nonostante la giurisprudenza internazionale abbia per lo più sostenuto la posizione tradizionale⁵⁰⁵, alcune decisioni possono essere interpretate in quest'ultimo senso. Nel caso *Interhandel*, la Corte ha mostrato di riferirsi al diritto come se fosse attribuito al singolo: "(The State having) adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law"⁵⁰⁶. La prassi più recente conferma che gli Stati intervengono per proteggere non solamente dei diritti propri, ma anche dei diritti dell'individuo⁵⁰⁷.

11 April 1949, *I.C.J. Reports 1949*, p. 174 ss. La CDI ha ritenuto di non interessarsene nei propri lavori sulla protezione diplomatica in quanto istituto ontologicamente differente. Per quanto riguarda le persone giuridiche, il diritto di agire in protezione diplomatica viene normalmente attribuito allo Stato di nazionalità, ovvero ove esse sono registrate (si veda art. 9 del Progetto di Articoli della CDI sulla Protezione diplomatica). Altri criteri che si sono avanzati considerano la località della sede sociale od amministrativa, o, se società per azioni, la cittadinanza della maggior parte degli azionisti. Peraltro, le tematiche si sono intrecciate con quello di cui ci occupiamo nel recente caso *Ahmadou Sadio Diallo*, cit., par. 65., deciso nel merito dalla Corte Internazionale di Giustizia nel 2010. Nel notissimo caso *Barcelona Traction*, cit., pp. 39-40 è ritenuto legittimato all'esercizio della protezione diplomatica anche lo Stato di cittadinanza degli azionisti perlomeno quando questi ultimi subiscano una personale lesione o qualora l'autore dell'illecito sia lo stesso Stato di registrazione della società, sulla base di esigenze di giustizia ed equità.

⁵⁰² L'art. 44 degli articoli sulla *Responsibility of States for internationally wrongful acts*, recita: "The responsibility of a State may not be invoked if: "(a) The claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims; "(b) The claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted." Si veda *Official Records of the General Assembly Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, para. 77, commentary on article 44, footnotes 722 and 726.

⁵⁰³ E. de Vattel, *Les droit des gens*, cit., Book II, p. 136.

⁵⁰⁴ Del tutto diverso è sostenere che l'istituto della protezione diplomatica dovrebbe essere abolito. Il tentativo è stato sviluppato nell'ambito della *dottrina Calvo*, per lo più da autori latino-americani che intendevano porre un freno all'esercizio spesso abusivo della stessa nel continente, soprattutto da parte degli Stati Uniti. Le critiche sono state feroci, si vedano: A.V. Freeman, "Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law", *AJIL*, vol. 40, 1946, pp. 40 ss.; R.B. Lillich, "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: an Elementary Principle of International Law Under Attack", in *AJIL*, vol. 69, No. 2, 1975, pp. 359-365, i quali sostengono si otterrebbe l'effetto di esonerare gli Stati dalla propria responsabilità internazionale.

⁵⁰⁵ PCIJ, *Mavrommatis Palestine Concessions case*, cit., p. 12; *Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v Kingdom of the Serbs, Croats, and Slovenes*, Judgment, 1929, in *Publications of the PCIJ*, Series A, n. 20, p. 17; *Panevezys-Salutiskis Railway, Estonia v Lithuania*, Order (Preliminary Objections), 1938, in *Publications of the PCIJ*, Series A/B, n. 75, p. 18, ICJ: *Nottebohm Case*, cit., 1955, p. 24; *Barcelona Traction*, cit., p. 45.

⁵⁰⁶ Judgment, 1959, p. 27.

⁵⁰⁷ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 466; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12.

In realtà, si dice, solo in tanto in quanto esista un'offesa alla persona, allora sorge il corrispondente diritto procedurale dello Stato all'azione diplomatica⁵⁰⁸. Tant'è che l'individuo può anche paralizzare l'esercizio della protezione statale, semplicemente scegliendo di non esperire tutti od alcuno dei rimedi previsti sul piano interno. Ciò corrisponde ad affermare che gli individui cercano protezione mediante il proprio Stato, fintanto che ciò è utile ai loro interessi, ma che il loro diritto non dipenda affatto da una scelta politica statale⁵⁰⁹. Cresce, in dottrina, la consapevolezza che, in conclusione, il diritto internazionale non si regge a beneficio degli Stati, ma in favore degli individui in quanto esseri umani.

A supporto di questa nuova concezione dell'istituto della protezione diplomatica possono aggiungersi una doppia serie di considerazioni, strettamente connesse. La prima: l'aumento di obblighi derivanti agli Stati sulla base di trattati multilaterali sui diritti umani porta progressivamente a corrodere la logica della reciprocità tra Stati, in favore dell'assunzione di obblighi *erga omnes partes* a beneficio dell'individuo. Tali obblighi sono assunti verso gli altri Stati, ma è innegabile che il diritto materiale tutelato appartenga alla persona umana, in modo esclusivo.

Di fronte a siffatti impegni internazionali, ci si è chiesti se lo Stato di nazionalità sia in posizione privilegiata rispetto agli altri Stati ai fini di richiederne l'adempimento⁵¹⁰, allo scopo di verificare se la protezione diplomatica possa essere applicabile alla violazione di queste norme.

Alcuni autori non vi rinvengono alcun ostacolo, constatando che ne sussistono tutti i presupposti come già elencati. Secondo altri, la risposta deve essere negativa, sia con riferimento ai lavori della Commissione di Diritto Internazionale sulla protezione diplomatica, che in relazione al Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001⁵¹¹. Tra di essi, Giorgio Gaja suggerisce che l'esercizio della protezione diplomatica e la tutela dei diritti umani procedano su due binari paralleli⁵¹².

⁵⁰⁸ L. Condorelli "La protection diplomatique...", cit., p. 15. Tra coloro che sostengono l'esistenza di un vero e proprio diritto dell'individuo si discute se il diritto processuale dello Stato alla protezione diplomatica faccia da scudo al solo diritto materiale del singolo ad ottenere ristoro dal danno subito, o piuttosto, anche ad un diritto dello Stato stesso a vedere il proprio protetto trattato in accordo alle norme internazionali. W.C. Geck, "Diplomatic Protection", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 1058.

⁵⁰⁹ Secondo alcuni autori, dato che lo Stato fa valere un diritto dell'individuo, non deve essere completamente libero di richiedere la forma di riparazione che preferisce, ma è ragionevole che richieda la restitutio in integrum o la riparazione pecuniaria in favore dell'individuo i cui diritti sono stati violati, in analogia con la previsione dell'art. 48 del Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati, com'è avvenuto nei casi di fronte alla CIG, *Lagrand, Avena e Diallo*: cfr, S. Forlati, "Protection diplomatique, droits de l'homme et reclamations "directe" devant la Cour International de Justice. Quelques réflexions en marge de l'arret Congo/Ouganda, in *RDIP*, vol. 57, 2007, p. 89 ss., a p. 100; L. Condorelli, "La protection diplomatique", cit., p. 14; G. Gaja, "Is a State Specially Affected when its Nationals' Human Rights Are Infringed?", in L.C. Vohrah *et al.* (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp. 373-382, p. 375.

⁵¹⁰ G. Gaja, "Is a State...", cit.; S. Forlati "Protection diplomatique..." cit., la quale si pone la questione all'indomani del rifiuto della Corte Internazionale di Giustizia di esaminare la richiesta di riparazione in favore di suoi cittadini, esperita dall'Uganda verso il Congo tramite l'esercizio di protezione diplomatica, poiché non era stata data prova del vincolo di cittadinanza.

⁵¹¹ In particolare, si è discusso se lo Stato di cittadinanza potesse considerarsi "injured State" ai sensi dell'art. 48 del Progetto. Alcuni autori sembravano propendere per una soluzione positiva: L. Condorelli, "La protection diplomatique...", cit., p. 22; B. Simma, "From bilateralism...", cit., p. 296. L'opinione contraria che vede tutti gli Stati ugualmente interessati nel rispetto dei diritti umani

In realtà, la protezione diplomatica non è limitata nel suo campo di applicazione in ragione della norma materiale violata⁵¹³, e la circostanza che le norme di diritto internazionale dei diritti umani siano obblighi *erga omnes* non sembra decisiva affinché uno Stato abbia facoltà di intervento per tutelare un diritto internazionalmente protetto di un proprio cittadino. Certamente, altro è dire che esso sia il mezzo più opportuno, ma i due rimedi ben possono concorrere⁵¹⁴.

In tema di allontanamento di stranieri dal territorio, la Guinea ha agito in protezione diplomatica nei confronti del Congo nel caso *Diallo*, risolto dalla Corte Internazionale di Giustizia nel senso di accogliere buona parte delle censure sollevate. Il sig. Ahmadou Diallo, cittadino della Guinea regolarmente soggiornante in territorio congolese, era stato destinatario di una serie di violazioni dei propri diritti mediante illeciti internazionali da parte del Congo, che ne aveva posto in essere arbitrariamente l'arresto, la detenzione ed, infine, l'espulsione. Proprio l'esecuzione di quest'ultima aveva impedito al cittadino straniero di ricorrere contro la misura illegittima mediante i rimedi offerti dall'ordinamento congolese; a causa di tale impossibilità la Corte ha ritenuto inesigibile nel caso in questione il requisito del previo esperimento dei ricorsi interni, aprendo la strada all'azione diplomatica dello Stato di cittadinanza.

L'utilizzo da parte di Cipro del meccanismo previsto dalla Convenzioni europea sui diritti dell'uomo in presenza di espulsioni illegittime di propri cittadini dal territorio turco ha invece condotto alla decisione del 12 maggio 2014⁵¹⁵. Ma ricorsi del genere non sono frequenti. Del resto, fino a che non sia data l'esistenza di

(G. Arangio-Ruiz, "Fourth Report on State Responsibility", cit., pp. 1-50, p. 47; W. Geck, "Diplomatic Protection",...cit., p. 1060.) è stata accolta dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Reservations*, cit., p. 23.

⁵¹² G. Gaja, "Is a State...", cit., p. 382. Gaja si era già espresso in tal senso durante i lavori della CDI sulla Protezione Diplomatica: "In the event of a breach that took the form of injury to aliens, which at the same time was also a violation of human rights, the State of nationality had two sets of rules at its disposal: a very venerable, old-fashioned and rigid set and a much more modern, streamlined, "politically correct" set involving the concept of human rights protection (...)very little would be left for diplomatic protection because the invocation of human rights was more effective than entitlements deriving from some international minimum standard. Care should be taken not to create areas of overlap and probably of confusion between human rights and diplomatic protection, something that might weaken the right of diplomatic protection that now existed.", in *YILC*, 2000, p. 71.

⁵¹³ Si veda ILC, *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, 2006, in Report of The study Group of International Law Commission 58th session., doc. A/61/10, p. 23. Lo *Special Rapporteur* Dugard precisa che nel Progetto non è stata inserita norma volta a definire le circostanze in cui la responsabilità statale viene ancorata alla violazione di un diritto di un cittadino straniero. Inoltre, nel *First Report*, Dugard precisava che le norme internazionali consuetudinarie sulla protezione diplomatica ed i più recenti principi che governano la protezione dei diritti umani si complementano a vicenda e servono gli stessi scopi, *YILC*, 2000, vol. II (Part One), A/CN.4/506 e Add.1, pp. 213–215: "diplomatic protection remains an important weapon in the arsenal of human rights protection", par. 32. La stessa opinione è condivisa da L. Condorelli, "La protection diplomatique"...cit., C. Tomuschat, *Human Rights, Between Idealism and Realism*, Oxford, 2014; G. Cohen Jonathan "La responsabilité internationale pour atteinte aux droits de l'homme: sur quelques tendances récentes", in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Ed. Scientifica, 2004, p. 675 ss.

⁵¹⁴ La presente, e le considerazioni che seguono sono ispirate all'opinione di W.C. Geck, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 1064. Si veda anche P. Weis, "Diplomatic Protection of Nationals and International Protection of Human Rights", *HRJ*, vol. 4, 1971, pp. 643 ss.

⁵¹⁵ La Turchia è stata condannata dalla Corte a versare entro tre mesi 90 milioni di euro a Cipro per risarcire i familiari delle vittime delle operazioni militari condotte dalle forze di Ankara tra il luglio e l'agosto 1974 contro i greco-ciprioti residenti nella penisola di

un sistema effettivo di protezione del diritto dell'individuo non sembra utile né sicuro contemplare la possibilità di scomparsa della protezione diplomatica di stranieri da parte del loro Stato nazionale⁵¹⁶. Si ritiene che la conferma dell'esistenza di un legame qualificato tra un individuo ed il proprio Stato anche di fronte alla tutela del diritto di quest'ultimo (che si esplica anche mediante l'esercizio di protezione diplomatica) non si contrapponga alla progressiva individuazione di una responsabilità generalizzata di tutti gli Stati in materia. Al contrario, si pensa che le due ricostruzioni possano conciliarsi e financo servire ai medesimi scopi di riservare interesse alla posizione del singolo, evidenziando la direzione intrapresa dal diritto internazionale.

Karpaz, costretti a lasciarne in massa il territorio. La Corte ha infatti riconosciuto che i diritti degli individui sono stati violati a causa della divisione dell'isola: GC, *Cyprus v. Turkey*, Application n. 25781/94, Judgment of 12 May 2014. Si tratta di una delle sanzioni più pesanti tra quelle comminate finora dalla Corte EDU. Secondo le stime dell'Onu, circa 165mila greco-ciprioti sono fuggiti o sono stati espulsi dal nord dal 1974, mentre 45mila turchi sono stati messi in fuga dal sud. La Turchia mantiene tuttora sulla parte settentrionale dell'isola circa 40mila soldati nella parte settentrionale riconosciuta solo da Ankara. La sentenza probabilmente non verrà rispettata dal governo turco e verrà usata dai turchi per bloccare i negoziati per la riunificazione dell'isola del Mediterraneo.

⁵¹⁶ H. Waldock, "Human rights in contemporary international law and the significance of the European Convention", in *ICLQ*, Supplementary Publication No. 11, 1965), pp. 1-23, a pp. 3-4. "Legal obligation that exist but cannot be enforced are ghosts that are seen in the law but are elusive to the grasp" Mr. Holmes, *The Western Maid*, 1922, citati in: R.B. Lillich, "The Diplomatic Protection...", cit., p. 359.

CAPITOLO TERZO
IL DIRITTO DEL MIGRANTE ALL'ACCESSO AL TERRITORIO

23. Introduzione

Il presente capitolo è dedicato al limite che il potere statale di esclusione dello straniero dal territorio incontra in ragione della tutela dovuta all'individuo migrante in base al principio di dignità umana già esaminato. La protezione che si riconosce alla persona, in alcune situazioni ha dato luogo alla creazione di *status* in capo alla medesima, quali lo *status* di rifugiato, lo *status* di apolide, lo *status* di ammesso alla protezione sussidiaria in Europa, a cui viene riconnesso il godimento di un trattamento ed una serie di diritti, tra cui quello della permanenza sul territorio. In altri casi è la protezione dovuta a certi diritti ad impedire la rimozione dell'individuo dal territorio, per scongiurare l'effetto di un *vulnus* nei medesimi.

I rischi che, suo malgrado, possono investire il migrante in caso di un suo respingimento o una sua espulsione verso il Paese di origine sono molti e la casistica investe sia i tribunali interni che quelli internazionali, i quali, come vedremo, si spingono spesso ad interpretazioni evolutive delle norme da applicare. Ciononostante, i pericoli sono molti di più di quelli che verranno considerati in queste pagine, perché non da tutti il diritto internazionale prevede una tutela dall'allontanamento: non sono protetti ad esempio, i c.d. “profughi ambientali”, che scappano da carestie o catastrofi naturali⁵¹⁷, né tantomeno coloro che soffrono la fame per mancanza di mezzi di sussistenza, né coloro che non godono di un adeguato accesso all'istruzione o a cure mediche non essenziali che però incidono sulla qualità della vita. Eppure, anche per queste persone si apre uno spiraglio perché, come si vedrà in queste pagine, la volontà politica di dare progressivamente più attenzione alla tutela della dignità umana è foriera di conseguenze sul piano giuridico.

24. I rifugiati

Una corsia preferenziale nella garanzia di un vero e proprio diritto all'ingresso sul territorio di uno Stato è riservata a coloro che godono dello *status* di rifugiato. Nel 2014, il numero totale di rifugiati nel mondo è stato stimato in 19,5 milioni. La Turchia ne ha accolto il maggior numero, ovvero 1,6 milioni, seguita dal Pakistan 1,5 milioni, e dal Libano, 1,2 milioni. Più della metà dei rifugiati nell'intero globo proviene da solo tra Paesi Siria (3,9 milioni), Afghanistan (2,6 milioni), e Somalia (1,1 milione)⁵¹⁸.

Lo *status* di rifugiato integra una sorta di privilegio rispetto al trattamento riservato alle altre categorie di migranti, probabilmente dovuto ad avvenimenti storici che provocarono l'interesse degli Stati dell'epoca rispetto il fenomeno dei rifugiati. Infatti, durante il secondo conflitto mondiale, il rischio di un respingimento da parte dei Paesi di asilo era stato vissuto “sulla loro pelle” dai cittadini degli stessi Stati europei in fuga dai loro Paesi, e minacciava di ripresentarsi con nuovo vigore durante la Guerra fredda. Non

⁵¹⁷ A loro dedicato il Rapporto CeSPI, FOCSIV e WWF (a cura di), “Migrazioni e cambiamento climatico” Italia rilasciato alla vigilia della COP di Parigi, ottobre 2015, disponibile in formato PDF all'indirizzo http://awsassets.wwf.it/panda.org/downloads/migranti__climatechange_wwf_def.pdf

⁵¹⁸ NU, “Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2016). International Migration Report 2015: Highlights”, cit., p. 1.

a caso, il primo testo normativo in materia, ovvero la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, inizialmente limitava la protezione ai soli rifugiati a causa di avvenimenti accorsi nei Paesi europei anteriormente alla data di entrata in vigore della Convenzione⁵¹⁹.

Al giorno d'oggi, un'intera branca del diritto internazionale si occupa dei rifugiati, il cui *status* giuridico sembra essere stato adeguatamente disciplinato: fulcro dell'intera materia è l'obbligo di matrice consuetudinaria (gravante, quindi, su tutti gli Stati) di *non-refoulement*⁵²⁰. I problemi aperti riguardano piuttosto la cornice che circonda il fenomeno: esistono profonde discrasie tra l'ambito di attività dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati⁵²¹ e l'insieme di coloro che vengono formalmente definiti tali. L'Alto Commissariato estende il proprio mandato su un ampio novero di persone che, pur richiedenti asilo, gli Stati non riconoscono come persone aventi diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Questo avviene poiché gli Stati preferiscono riservarsi maggiori spazi di azione evitando il più possibile l'uso di concetti riferibili allo status di rifugiato; i richiedenti asilo sono perciò di volta in volta qualificati come “*displaced persons*”, “migranti irregolari”, “migranti economici”, “*boat-people*” “quasi-rifugiati”.

L'attribuzione della qualifica di rifugiato, seppur affidata allo Stato di accoglienza, esclude ogni valutazione discrezionale in merito: ogni provvedimento in questa materia è meramente dichiarativo e non costitutivo dello *status*, il quale sussiste per il solo fatto che se ne realizzino i presupposti⁵²².

Tali presupposti si ricavano già dalla nozione di “rifugiato” fornita dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, che definisce rifugiato qualsiasi persona che si trovi “nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi”⁵²³.

Tale definizione, che ha valenza universale, considera condizioni rilevanti le seguenti: il trovarsi fuori dal Paese di cittadinanza o di residenza abituale, il giustificato timore, l'esistenza di una persecuzione, i motivi della stessa e l'impossibilità di ottenere una protezione da parte del proprio Paese. In riferimento alla prima condizione, la protezione fornita dalla Convenzione interessa anche agli apolidi e coloro che abbiano una cittadinanza multipla, oltre che i rifugiati “*sur place*”, vale a dire coloro che si trovino già all'estero da

⁵¹⁹ Convenzione di Ginevra relativa allo status di rifugiati del 28 luglio 1951, in UNTS vol. 189, pp. 137 ss. Dal momento dell'entrata in vigore del Protocollo di New York del 1967 viene meno la limitazione temporale della definizione, mentre risulti meno incisiva quella geografica, limitandosi alle riserve già formulate

⁵²⁰ Sul campo di applicazione del principio rispetto ai beneficiari e rispetto alle ipotesi di extraterritorialità si è già ampiamente detto nel par.

⁵²¹ L'UNHCR è stato creato con la risoluzione delle Nazioni Unite 319 A (IV) del 3 dicembre 1949. L'Assemblea adotterà poi lo Statuto dell'Alto Commissariato, che entrerà in vigore un anno dopo, con la risoluzione n. 428 A (V) del 14 dicembre 1950.

⁵²² Come spiega la guida UNHCR sulle procedure ed i criteri applicabili per la determinazione dello *status* di rifugiato: *Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugees Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, 2011, disponibile on line: <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>

⁵²³ Art 1 A, par. 2 della Convenzione.

diverso tempo e che, per l'insorgere di circostanze tali da mettere a rischio la propria vita od incolumità, siano impossibilitati a fare ritorno nel proprio Paese, circostanza equiparata alla costrizione all'allontanamento.

Il secondo elemento è rappresentato dal *timore fondato*, il quale consiste, a sua volta, in un profilo di carattere soggettivo, vale a dire la paura e l'insicurezza relativamente alla propria incolumità, ed in un profilo di carattere oggettivo, cioè il fondamento che questo timore trova nella contingente situazione storica di un determinato Paese, con riferimento alla legislazione interna in materia di diritti e libertà fondamentali.

Il concetto di persecuzione non è definito chiaramente, se non attraverso le cause che la provocano. La nozione si riferisce certamente ad atti in grado di ledere il diritto alla vita e alla libertà personale della persona, nonché ad attentati alla sua integrità fisica e psichica, quali la tortura, ma il confine appare certo più labile qualora ci si trovi in presenza di violazioni meno evidenti dei diritti della persona. Un'interpretazione estensiva del concetto ha portato una parte della dottrina ad includere nella persecuzione tutte quelle misure lesive della dignità umana e, per il loro carattere violento ed arbitrario, contrarie ai principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, anche se non direttamente incidenti sulla vita e libertà del soggetto. Dall'altra parte, un'interpretazione restrittiva del testo sembra escludere tutti i trattamenti, anche di aggressione fisica, che non abbiano come conseguenza la morte o una restrizione della libertà fisica⁵²⁴. Ulteriori elementi caratterizzanti la nozione di persecuzione sono la sua natura politica e diretta, il suo essere attuale o minacciata, ma comunque idonea a provocare una rottura del legame sociale tra lo Stato ed il cittadino, anche se proveniente da privati⁵²⁵.

Infine, anche rispetto al requisito dell'individualità della persecuzione è necessaria una precisazione: se la dottrina è unanime nel ritenere che il rischio cui è sottoposto il singolo deve colpirlo concretamente in virtù di caratteristiche dallo stesso possedute (ed accertare ciò è più semplice in quanto l'individuo possa provare di essere stato vittima di una persecuzione), non tutti gli autori riconoscono però l'esigenza che vi sia, per il riconoscimento della qualifica, un "accertamento individuale dell'atteggiamento del governo rispetto al suo cittadino", ben potendo essere oggetto della persecuzione un'intera comunità⁵²⁶. Perché vi sia persecuzione,

⁵²⁴ La differenza è proposta da A. Grahl-Madsen, *The status of refugees ...cit.*, p.193. La definizione di persecuzione ha interessato i lavori di molti altri autori: per P. Weis, "The Concept of Refugees in International Law", in *Journal de Droit International*, vol. 87, 1960, p. 971, tutte le misure contrarie alla dignità umana possono essere considerate persecuzione, mentre per G.S. Goodwin-Gill, J. McAdams, *The Refugee...*, cit., sono ricomprese tra le cause di persecuzione anche discriminazioni sulle condizioni di vita, lavoro, educazione e la presenza di principi che ledono i diritti fondamentali dell'uomo. Gli autori rifiutano però una lettura della persecuzione in chiave di violazione dei diritti umani (p. 3). In UNHCR, *Handbook...cit.*, si includono, accanto al "threat to life or freedom", altre "serious violations of human rights". Un richiedente "may have been subjected to various measures not in themselves amounting to persecution, in some cases combined with other adverse factors. In tali casi "the various elements involved may, if taken together, produce an effect on the mind of the applicant that can reasonably justify a claim to well-founded fear of persecution on 'cumulative grounds'".

⁵²⁵ Non sembra necessario che la persecuzione venga posta in essere dalla pubblica autorità, è sufficiente che la stessa non sia in grado di offrire protezione da pericoli provenienti da privati o da gruppi di privati: UNHCR, *Handbook...cit.*, par. 65.

⁵²⁶ G. Carella, "Esodi di massa e diritto internazionale", in RDI, vol. 75, 1992, p. 910 ss., a p. 912; G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee...*, pp. 75-77.

d'altra parte, è necessario che essa poggi su uno dei motivi considerati dalla Convenzione: l'appartenenza ad una certa etnia, razza o gruppo sociale, la professione di una certa fede o idee politiche, la nazionalità. Una ragione di critica all'impianto della Convenzione sui rifugiati viene proprio dall'aver enumerato tassativamente, piuttosto che a mero titolo esemplificativo, queste cinque ragioni di persecuzione. Ciò perché, attraverso questa definizione, la Convenzione, come detto, si è limitata a prendere atto della situazione esistente nell'immediato secondo dopoguerra e si rivela perciò incapace, a meno di sforzi interpretativi che ad oggi sono tutt'altro che semplici, di garantire protezione a tutte le nuove categorie di rifugiati, sorte all'indomani della sua entrata in vigore⁵²⁷.

Bisogna anche ricordare che il riconoscimento in capo ad un individuo straniero dello *status* di rifugiato ha come effetto la sua inclusione in una categoria di stranieri beneficiari di una serie di norme che si applicano per specialità rispetto alla disciplina generale dell'ingresso dello straniero nel territorio e che vincolano molto la discrezionalità statale in merito. Gli Stati tendono ad attribuire a tale categoria di individui beneficiari delle caratteristiche precise. Si era ben consapevoli di ciò al momento della redazione della Convenzione; lo stesso *Final Act* della Conferenza dei Plenipotenziari auspicava:

“The Conference expresses the hope that the Convention relating to the Status of Refugees will have value as an example exceeding its contractual scope and that all nations will be guided by it in granting so far as possible to persons in their territory as refugees and who would not be covered by the terms of the Convention, the treatment for which it provides”⁵²⁸.

Paradossalmente, la specialità del sistema concepito a Ginevra per i rifugiati, è messa in luce allorché si considera la posizione di chi dal detto regime viene escluso.

La Convenzione di Ginevra del 1951 individua una serie di ipotesi in presenza delle quali uno straniero o apolide che pur trovandosi in una situazione in cui rientrano gli elementi positivi (timore fondato di persecuzione, presenza fuori del Paese ecc.) non può ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, disciplinate dall'art. 1, paragrafi D, E, F. Tali clausole mirano ad escludere che possano beneficiare dello *status* di rifugiato quelle persone che non ne hanno bisogno perché protette da altri organi o agenzie delle Nazioni Unite, o da altri Stati in cui risiedono (art. 1, lettere D) e E), Convenzione di Ginevra) o non lo meritano (art. 1, lett. F), Convenzione di Ginevra). In particolare l'art. lett. F) stabilisce che lo straniero è

⁵²⁷ Secondo M. Pedrazzi, “Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio”, in L. Zagato (ed.), *Verso una disciplina comune...cit.*, pp. 13-37, a p.17, “la Convenzione deve essere letta anche alla luce delle circostanze presenti, e si impone pertanto a fronte di un concetto tanto indeterminato una interpretazione evolutiva, che comprenda tra i gruppi sociali le donne, i bambini, l'insieme delle persone che manifestino certi orientamenti sessuali, quando queste categorie siano specifico oggetto di misure persecutorie.” Una nozione di rifugiato meno particolareggiata sarebbe stata inoltre più coerente con il principio di cui la paragrafo 1 dell'art. 2 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale: “ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di ordine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita e di altra condizione”.

⁵²⁸ Recommendation E.

escluso dallo *status* di rifugiato “ove sussistono fondati motivi per ritenere che: 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) ha commesso un crimine grave di diritto comune fuori del Paese ospitante prima di essere ammesso come rifugiato; c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità ed ai principi delle nazioni Unite, quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della carta delle Nazioni Unite.” Com’è evidente, la norma stabilisce un limite ulteriore alla portata della definizione della Convenzione.

Invece, pur non incidendo sulla definizione di “rifugiato”, l’art. 33, comma 2, della Convenzione, limita ulteriormente l’obbligo di protezione poiché la norma esclude dall’elargizione della protezione avverso il *refoulement* lo straniero che pur goda dello *status* qualora: a) sussistono motivi per ritenere che rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato e b) costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese. La detta disposizione costituisce una deroga allo stesso regime speciale di norme che attribuiscono protezione ai rifugiati, pertanto, nelle circostanze descritte dall’articolo 33, comma 2, della Convenzione la discrezionalità dello Stato tornerà ad espandersi nei suoi confini ordinari. Infine, la Convenzione disciplina nel dettaglio le clausole di cessazione dello *status*, all’art. 1, lett. C)⁵²⁹.

Altri strumenti adottati in Africa ed America hanno influito sulla portata della definizione di rifugiato a livello regionale. La Convenzione di Addis Abeba sugli aspetti specifici del problema dei rifugiati in Africa amplia la definizione fino a ricomprendere le persone in fuga da guerre e da conflitti armati, la cui frequenza e violenza nel continente africano impongono una particolare attenzione alle conseguenze sulla popolazione civile⁵³⁰. La definizione adottata riflette, inoltre, una concezione pragmatica del termine

⁵²⁹ Le cause di cessazione dello status di rifugiato sono: a) la riassunzione volontaria della protezione del Paese di cittadinanza; b) il riacquisto volontario della cittadinanza del Paese di origine; c) l’acquisto volontario della cittadinanza italiana o della cittadinanza di diverso Paese; d) il ristabilimento volontario nel Paese rispetto a cui sussisteva il timore di persecuzione; e) la possibilità di godere della protezione del Paese di cittadinanza a causa del venir meno delle circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato; f) la possibilità di godere della protezione del Paese di dimora abituale, nel caso dell’apolide, a causa del venir meno delle circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato. Le prime quattro ipotesi sono le cosiddette cause di cessazione volontaria dello status di rifugiato, perché dipendono da un cambiamento delle circostanze personali del rifugiato, e di solito il cambiamento consegue ad un’iniziativa del rifugiato stesso. Le ipotesi previste alle lettere e) ed f) alludono invece a un cambiamento delle circostanze oggettive nello Stato d’origine, tale da rendere ingiustificata e non più necessaria la protezione internazionale. Si veda “Lo status di rifugiato”, scheda ASGI- a cura di N. Morandi e P. Bonetti, 5 febbraio 2013, sul sito www.asgi.it.

⁵³⁰ Art. 1: “Definition of the term “refugee”: For the purposes of this Convention, the term “refugee” shall mean every person who, owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it. 2. The term “refugee” shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality”: OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa

“rifugiato”, applicabile a tutte le persone che si trovino nelle condizioni descritte, senza la necessità di dimostrare che siano vittime di una persecuzione individuale.

Anche la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984, in reazione alla crisi di rifugiati allora in atto in America Centrale, prefigura un ulteriore ampliamento nella definizione data a Ginevra. Così si esprime la sezione III, al paragrafo 3 del testo della Dichiarazione :

“la definizione o il concetto di rifugiato, di cui raccomandare l'applicazione nella regione, potrebbe non soltanto inglobare gli elementi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967, ma anche estendersi alle persone fuggite dal loro Paese perché la loro vita, la loro sicurezza e la loro libertà erano minacciate da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell'uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico”.

La Dichiarazione non ha valore vincolante per gli Stati, ma è ugualmente ricognitiva della volontà politica sottostante: lo dimostra il fatto che le disposizioni della Dichiarazione di Cartagena sono state incorporate nella legislazione di numerosi Stati dell'America Latina. Inoltre, sebbene molti Stati del continente abbiano nel corso degli anni aderito alla Convenzione di Ginevra, la loro prassi applicativa conferma il recepimento della più ampia nozione di rifugiato della Carta americana.

L'asse attorno a cui ruota lo stato del diritto oggi vigente sembra, quindi, essersi spostato rispetto alla nozione apparsa in Europa nel 1951, stanti i contorni che la nozione ha assunto in varie regioni del globo. Al fine della ricostruzione della nozione oggi vigente a livello universale è necessario considerare la circostanza che, secondo i sistemi giuridici regionali citati la categoria dei *rifugiati* è alquanto più ampia rispetto a quella delineata a livello universale. Una siffatta difformità qualificativa ha certo l'effetto di influire pesantemente sull'*opinio iuris* degli Stati, anche fuori dal continente africano e sud-americano, in merito a quelli che siano i presupposti per il riconoscimento all'individuo dello *status*. La prassi a proposito dell'accoglienza di queste categorie di individui, estranee alla definizione di Ginevra, viene influenzata e modificata dall'esistenza di un obbligo di protezione vigente in certe regioni del globo, dove gli Stati sono vincolati ad accogliere nel loro territorio anche queste persone. Occorre, pertanto, accertare se tali *opinio* e prassi suffraghino l'esistenza di una norma generale definitoria di portata universale, che supera ed allarga la qualifica convenzionale accolta a Ginevra.

(adopted 10 September 1969, entered to force 20 January 1974) 14 UNTS 691. Si veda anche l'art. 22 della Convenzione americana sui diritti umani del 1969, “Patto di San José, Costa Rica”, 1144 UNTS 123, entrata in vigore il 18 luglio 1978, e l' art. 15 Direttiva 2004/83 del Consiglio dell'Unione Europea, del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o persona altrimenti bisognosa della protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE n. L 304 del 30.9.2004, sostituita dalla 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, in GUUE n. L 337/9 del 20.12.2011.

La discussione ha pertanto autori come Kay Hailbronner ed, inizialmente, Guy Goodwin-Gill, a dubitare dell'esistenza di definizioni universali consacrate in norme di diritto internazionale generale⁵³¹. In seguito, altri autori si sono espressi con veemenza in senso contrario, cercando di dimostrare l'esistenza di una norma consuetudinaria contenente una definizione di rifugiato, più ampia di quella della Convenzione di Ginevra, sia sulla base di un'interpretazione teleologica della stessa, sia grazie alla estensione del divieto di *refoulement* anche a beneficio di numerose altre categorie di persone⁵³².

E' necessario sottolineare, però, che il tentativo di provare l'esistenza di una tale norma di diritto internazionale generale è troppo recente per poter permettere di ignorare i limiti delle definizioni convenzionali fin qui citate. Peraltro, mentre in Africa e Sud America potranno beneficiare dello *status* di rifugiato, grazie alle norme ivi vigenti, in altre aree geografiche gli individui che non rientrano nella definizione di Ginevra sono oggi, per lo più, comunque considerati come beneficiari di forme di protezione complementare⁵³³.

Tanto porta certo a ritenere che l'ampliamento della definizione avvenuto in alcune regioni e la creazione di nuovi *status* volti ad attribuire agli stranieri forme di protezione complementare, ad esempio la "protezione sussidiaria" in Europa, in realtà servano lo stesso scopo. Entrambe le scelte si fondano sull'*opinio* diffusa tra gli Stati a livello universale di dover fornire tutela alle persone che si trovano, ad esempio, in fuga da conflitti armati, ammettendoli nel proprio territorio. Fino ad oggi, l'obiettivo viene perseguito mediante l'inclusione di un sempre maggiore numero di stranieri in categorie che ricevono un trattamento privilegiato rispetto alla generalità della popolazione straniera, perché beneficiari di un regime di norme speciali.

⁵³¹ "[T]he assumption of an international legal obligation to grant protection to victims of war, civil war and general violence must still be considered as 'wishful legal thinking.': D. Bouteillet-Paquet, K. Hailbronner (eds.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 13. P. Kourula, *Broadening The Edges: Refugee Definition And International Protection Revisited*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 287. G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee...*, cit.: "[P]ractice reveals a significant level of general agreement not to return to danger those fleeing severe internal upheavals or armed conflict in their own countries... nearly four decades of practice contain ample recognition of a humanitarian response to refugees falling outside the 1951 Convention. Whether practice has been sufficiently consistent over time and accompanied by the *opinio juris* essential to the emergence of a customary rule of refuge, is possibly less certain, even at the regional level" (p. 171).

⁵³² Maria-Teresa Gil-Bazo ha argomentato che "in addition to refugees within the meaning of the Geneva Convention, there are other categories of individuals that have a right to protection under international law and accordingly, they are 'refugees' in a broader sense." : "Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law, *New Issues in Refugee Research*", *UNHCR Research Paper No. 136* (Nov. 2006) all'indirizzo, <http://www.unhcr.org/455993882.html>. Si veda anche: J. McAdam, "Human Rights: The Refugee Convention as a Blueprint for Complementary Protection Status", in McAdam (ed), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Oxford, Hart Publishing, 2008. W. T. Worster: "The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law", in *Berkeley Journal of International Law*, 2012, vol. 30: l'autore giunge alla conclusione che una norma consuetudinaria definitiva in effetti esista, e con una portata più ampia rispetto a quella della Convenzione del 1951, tale da ricomprendere: "individuals persecuted on the basis of gender or sexual orientation, individuals fleeing from external aggression, occupation or other serious disturbances of public order, possibly including massive violations of human rights and/or torture, or even the imposition of the death penalty", p. 158.

⁵³³ Su cui si veda il paragrafo che segue.

25. I beneficiari di altri tipi di protezione

a. Le forme di protezione complementare: l'esempio della protezione sussidiaria nell'Unione Europea

E' evidente che quanto più si restringe la nozione di "rifugiato", tanto più si esclude la possibilità di rifugio per un gran numero di individui in fuga dai loro Paesi di origine. Da qui l'esigenza di indagare la configurabilità di *status* diversi da quello di "rifugiato", ai quali, il diritto internazionale ancora il diritto ad una protezione "complementare" rispetto al sistema previsto a Ginevra.

A questo riguardo si possono richiamare alcune norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, del Patto per i Diritti Civili e Politici, della Convenzione contro la tortura⁵³⁴, della Convenzione OAU per i Rifugiati in Africa, che, al pari di altre facenti parte del sistema dell'Unione europea, sembrano confermare l'esistenza di un diritto all'ingresso sul territorio di uno Stato-parte in capo a stranieri che non possono chiamarsi "rifugiati" in senso tradizionale; tali norme avrebbero, pertanto, la funzione di prevedere ipotesi "complementari" di protezione internazionale, che avrebbero un diverso fondamento e differenti modalità di applicazione.

La *protezione complementare* trae la sua origine per lo più da norme del diritto internazionale dei diritti umani⁵³⁵ che, in forza dell'interpretazione che ne viene data in sede applicativa, hanno l'effetto di proibire l'esclusione di alcune categorie di stranieri dai confini statali. Per questo, il concetto di protezione complementare è estremamente fluido, permeabile alle innovazioni interpretative delle norme che la sottendono. Grazie alla sua natura è la sede perfetta per accogliere le pressioni politiche in favore di una più ampia tutela del diritto del singolo: la protezione complementare, potenzialmente, può essere elargita a categorie sempre più ampie di migranti. Già il termine stesso "protezione complementare" suggerisce come sia stata delineata a complemento e non ad erosione del sistema di protezione globale incardinato sulla Convenzione di Ginevra del 1951 e relativo Protocollo. Ad ogni modo, l'UNHCR ha inteso fugare ogni rischio sottolineando la necessità che la protezione complementare non sostituisca il trattamento da destinarsi ai rifugiati *de iure* ricompresi a Ginevra⁵³⁶, rafforzando il sistema complessivo tramite la sua applicazione agli individui esclusi anche dalla più estensiva interpretazione del termine "rifugiato".

Il risultato di una siffatta tendenza interpretativa delle norme sui diritti umani, in sostanza, conduce a ricavare un vero e proprio diritto all'ingresso (in primo luogo e per quanto ci interessa) nei territori degli

⁵³⁴ Rispettivamente l'art. 3 CEDU, l'art. 7 PDCP e l'art. 3 CAT che vietano la sottoposizione degli individui a tortura.

⁵³⁵ Lo stretto legame tra diritto internazionale dei diritti umani, diritto internazionale umanitario e diritto dei rifugiati come mezzi al servizio della protezione dell'individuo da parte della Comunità Internazionale è evidenziato da UNHCR, *Note on International Protection*, 9 September 1991, UNdoc.A/AC.96/777, par. 56.

⁵³⁶ UNHCR, *Complementary Forms of Protection: Their Nature and Relationship to the International Refugee Protection Regime*, 9 June 2000, EC/50/SC/CRP.18, disponibile sul sito: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fd491a.html>, par. 25. Il rischio che le due tutele non si complementino ma piuttosto erodano l'ambito di effettiva applicazione della Convenzione di Ginevra è reale se si considera che, per esempio, in Canada, il numero di casi in cui è stata riconosciuta la protezione sussidiaria è notevolmente basso rispetto agli altri Paesi proprio perché è, al contrario, molto alto il numero di situazioni in cui viene offerto rifugio.

Stati che ad essa si ispirano, a beneficio di due categorie di individui: in primo luogo a coloro a cui, in base ad interpretazioni restrittive della Convenzione di Ginevra, viene negata la qualifica di rifugiato, e, dall'altro lato a coloro che non potrebbero in alcun caso rientrare nella definizione convenzionale.

Con riferimento alla prima categoria, la situazione consegue dalla determinazione di alcuni Stati a limitare l'operatività della Convenzione di Ginevra ad alcuni tra gli individui appartenenti ai seguenti gruppi, cosicché ne rimarrebbero escluse:

- a) le persone che sono oggetto di persecuzione per motivi previsti nell'art. 1 A da parte di privati, nonostante sia accertata l'impossibilità dell'Autorità pubblica del Paese di origine di intervenire efficacemente;
- b) le persone che fuggono da situazioni di violenza generalizzata seppur rivolta ad una collettività per motivi di razza, religione, appartenenza sociale o politica.
- c) le persone che subiscono una persecuzione per motivi di genere.

D'altra parte vengono spesso ammesse alla protezione complementare persone non qualificabili formalmente come rifugiati, ma prese ugualmente in carico dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati per volere dell'Assemblea Generale, tramite una serie di Risoluzioni susseguite a partire dagli anni Cinquanta aventi ad oggetto la situazione di queste "*displaced persons*"⁵³⁷. Queste persone, definite "sotto mandato" dell'UNHCR, fuggono frequentemente da circuiti di violenza diffusa, non direttamente loro rivolta, e le Nazioni Unite si sono adoperate nel senso di garantire loro negli Stati membri quantomeno una protezione temporanea per ragioni umanitarie. Ma, spesso, l'obbligo di accordare protezione ha le sue radici nel vincolo internazionalistico alla protezione complementare. Infatti, a livello regionale, come visto, le Convenzioni di riferimento allargano il novero di beneficiari di protezione⁵³⁸.

Orbene, ci si può chiedere se ed in che modo la protezione complementare corrisponda ad uno *status soggettivo* riconosciuto in capo al destinatario. Neppure l'UNHCR ha mai affrontato la questione dello *status*, ma ha chiamato gli Stati a provvedere ai beneficiari "il più alto grado di stabilità e certezza, assicurando i loro diritti umani e libertà fondamentali...senza discriminazioni"⁵³⁹. Tuttavia, il diritto internazionale offre importanti elementi per affermare che uno *status* equivalente a quello accordato ai "rifugiati" di Ginevra dovrebbe essere riconosciuto a tutte le persone protette dall'estensione del principio di *non-refoulement*. In questo senso, McAdam argomenta che dovrebbe essere riconosciuto uno *status* giuridico per ogni persona bisognosa di protezione internazionale indipendentemente dalla fonte che la prevede. Secondo l'autrice, la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato altro non è che uno strumento

⁵³⁷ Assemblea Generale N.U., Ris. N.35/196 del 15.12.1980 sull'esodo in massa; Ris. N. 38/91 del 16.12.1983 sull'assistenza a *displaced persons* in Etiopia; Ris. n. 41/140 del 4.12.1986 sull'assistenza per il ritorno volontario in Ciad; Ris. N. 41/137 del 4.12.1986 sull'assistenza umanitaria per i rifugiati e *displaced persons* in Djibuti. Per una disamina delle Risoluzioni che hanno determinato l'estensione nella materia e nelle funzioni del mandato dell'UNHCR, si veda: G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The refugee...*, cit., p. 6.

⁵³⁸ Infra il par. precedente.

⁵³⁹ UNHCR, Conclusion on the Provision on International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, n. 103, 7 ottobre 2005.

particolare in un “sistema” dal fondamento unitario, volto alla protezione del diritto dell’individuo⁵⁴⁰, che per l’appunto sarebbe costituito da tutte le norme di diritto internazionale dei rifugiati, ma anche di diritto internazionale dei diritti dell’uomo e diritto umanitario. Le norme di questo “sistema” (aggiungiamo l’attributo “speciale”) condividono gli stessi obiettivi e scopi, pertanto dovrebbero essere applicate dagli Stati allo stesso modo, con i medesimi benefici per tutti gli individui che ne sono destinatari.

Si è già visto come le fonti di questo tipo di protezione siano per lo più trattati di diritto internazionale dei diritti umani che fanno sorgere un divieto di *refoulement* in alcuni contesti, ma tacciono a proposito della nascita di uno *status* in favore all’individuo; così pure fanno gli organismi deputati al controllo sull’applicazione delle norme convenzionali. Stante l’aumento delle disposizioni convenzionali che codificano forme di protezione complementare nel diritto interno, la prassi degli Stati potrebbe confermare che ai beneficiari della stessa venga accordato una sorta di *status* di diritto interno, benché la sua natura, durata, ed effetti varino considerevolmente tra gli Stati⁵⁴¹. Lo sviluppo di questi *status* si affianca al processo all’estensione dello *status* di rifugiato in alcuni contesti regionali, dimostrando come sia diffusa l’opinione in favore di un allargamento dei beneficiari della protezione internazionale.

Venendo ad una ricostruzione dello scenario attuale, si nota che finora solo le legislazioni di Canada⁵⁴² ed Olanda⁵⁴³ forniscono ai destinatari di protezione complementare un vero e proprio *status* legale equivalente a quello dei rifugiati. Tuttavia, in Europa, grande importanza riveste l’esperienza sviluppata nell’ambito dell’Unione in tema di protezione sussidiaria. Passiamo, quindi, ad esaminare brevemente quest’ultima.

Da più di un decennio, la legislazione dell’Unione europea prevede l’elargizione di protezione internazionale secondo un sistema fondato su un “doppio binario”. Le norme affiancano al riconoscimento dello *status* di rifugiato la concessione della “protezione sussidiaria”⁵⁴⁴ a coloro che corrono il rischio di subire un “grave danno” come definito dall’art. 15 della Direttiva 2004/83/CE. La direttiva è stata

⁵⁴⁰ McAdam, *Complementary Protection...cit*, p. 6: “The rights contained in the Refugees Convention are not innately superior to those in the universal human rights instruments, being largely based on and extended by the latter; they are simply applied differently. States tend to regard Convention rights as a status required by international law (...) conversely, the strong theoretical claims of universal human rights law do not always sit comfortably with the reality of State’s practice”.

⁵⁴¹ J. McAdam nota che “However, there are discrepancies between different States’ understandings of who should benefit from such extended protection, and, crucially, the status to which they should be entitled”: “Complementary Protection and Beyond: How States Deal With Human Rights Protection”, *UNHCR, New Issues in Refugee Research, Working Paper n. 118*, Geneva, 2005, p. 1

⁵⁴² Immigration and Refugee Protection Act 2001. Il testo unico è stato recentemente riformato tramite l’entrata in vigore nel giugno 2012 del *Balanced Refugee Reform Act* (BRRA). Per uno studio comparatistico della protezione complementare si veda N. Dicker, J. Mansfield, “Filling the protection gap: current trends in complementary protection in Canada, Mexico and Australia”, in *UNHCR, Research Paper No. 238*, maggio 2012.

⁵⁴³ Aliens Act 2000 s. 27.

⁵⁴⁴ Art. 2 lettera f) Dir. 2011/95/UE (persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria): “cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all’articolo 15, e al quale non si applica l’articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese”

recentemente sostituita dalla Direttiva 2011/95/UE⁵⁴⁵ che non cambia la definizione di “persona ammessa alla protezione sussidiaria” e di “grave danno”, ma avvicina il contenuto dello *status* di protezione sussidiaria a quello di rifugiato, eliminando parte delle possibilità per gli Stati di limitare l’accesso ad alcuni diritti ai soli rifugiati⁵⁴⁶. Secondo la cosiddetta “direttiva qualifiche”, il grave danno ricomprende la condanna a morte, la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine, la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale⁵⁴⁷.

In relazione al diritto a permanere sul territorio gli ammessi alla protezione sussidiaria godono del medesimo diritto dei rifugiati, essendo anch’essi privi della protezione del Paese di origine⁵⁴⁸. Tuttavia, nella protezione sussidiaria le ragioni di protezione sono meno direttamente riferibili all’individuo rispetto al caso di un rifugiato, che teme una persecuzione a lui individualmente indirizzata. Pertanto, la cessazione del bisogno di protezione, e con essa, lo *status* di ammesso alla protezione sussidiaria, è maggiormente ancorato alla permanenza di condizioni esterne legate alla situazione del Paese di origine. La norma attribuisce nei fatti agli Stati la facoltà di valutare in qualsiasi momento la permanenza nel Paese di origine della situazione di violenza generalizzata o, comunque, altrimenti idonea a produrre un grave danno alla persona, per verificare se sussista ancora il bisogno di protezione dell’individuo. Alcuni Paesi, tra cui l’Italia, hanno la prassi di

⁵⁴⁵ 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.

⁵⁴⁶ Va tuttavia precisato anche che pochi Stati membri avevano effettivamente fatto uso di queste possibilità. Si veda in proposito la Relazione della Commissione sull’applicazione della Direttiva 2004/83/CE (COM(2011)314). In Italia, una tra le conseguenze maggiormente rilevanti della modifica è l’applicabilità anche nei confronti degli ammessi alla protezione sussidiaria delle norme della Direttiva che disciplinano il ricongiungimento familiare, mentre, in precedenza, i beneficiari di protezione sussidiaria erano sottoposti al medesimo regime a cui hanno accesso gli stranieri regolarmente soggiornanti, di cui all’art. 29 TUI (che prevede, tra l’altro, certi requisiti di reddito).

⁵⁴⁷ Articolo 15 (Danno grave): “Sono considerati danni gravi: a) la condanna a morte o all’esecuzione; o b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.” Si veda sul tema anche la sentenza della Corte di Giustizia *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji*, n. C-465/07 del 17 febbraio 2009, punto 45, in cui si riconosce l’esistenza di un “pericolo di un danno grave” su cui fondare la richiesta di protezione sussidiaria presentata in Olanda da due coniugi iracheni, in quanto “l’esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione sussidiaria non è subordinata alla condizione che quest’ultimo fornisca la prova di essere specifico oggetto di minaccia a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale; l’esistenza di una siffatta minaccia può essere considerata, in via eccezionale, provata qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti cui sia stata presentata una domanda di protezione sussidiaria o dai giudici di uno Stato membro ai quali venga deferita una decisione di rigetto di una tale domanda, raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di 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, un rischio effettivo di subire la detta minaccia”.

⁵⁴⁸ In Italia l’art. 24 del d. lgs. 251/2007, come modificato a far data dal 22.3.2014, ha previsto la concessione sia ai rifugiati che agli ammessi alla protezione sussidiaria di un permesso di soggiorno di durata quinquennale, rinnovabile.

saggiare la permanenza delle condizioni proprio al momento di convertire il titolo di soggiorno rilasciato all'ammesso alla protezione sussidiaria in un titolo avente durata indefinita⁵⁴⁹.

L'emissione della Direttiva "qualifiche" ha creato sia luci che ombre nel complessivo sistema di protezione internazionale degli Stati membri della UE. Da parte sua, l'UNHCR esprime apprezzamento per l'attività dell'Europa, non nascondendo, però, alcune preoccupazioni. Queste riguardano il numero dei beneficiari della protezione: in particolare le perplessità investono l'inserimento dell'aggettivo "individuale" a caratterizzare la minaccia derivante dalla situazione di violenza generalizzata richiesta dall'art. 15 della Direttiva (sul punto la modifica non è intervenuta affatto). L'individualità della minaccia in caso di situazioni di violenza generalizzata è un concetto labile, la cui prova non è certo agevole ed il requisito è candidato a vanificare la portata dello strumento europeo, appiattendolo sulla Convenzione del 1951⁵⁵⁰. Nella prassi applicativa dello strumento, tuttavia, la prova richiesta è di pregnanza tanto minore quanto più notoria sia la situazione di violenza dante causa alla minaccia di subire un grave danno, come avviene nei contesti di guerra civile (ad esempio in Siria, in Somalia od in Libia) o dove l'esistenza di violazioni di diritti umani su ampia scala sia ormai incontestabile, come avviene in certe zone della Nigeria, in Eritrea od in Iraq.

b. La protezione temporanea come risposta al problema delle "displaced persons"

Nella parentesi racchiusa tra il divieto per gli Stati di *refoulement*, da un lato, ed il bisogno di una soluzione duratura in situazioni in cui la concessione di un diritto d'asilo che autorizzi ad un soggiorno permanente sul territorio supera la capacità del sistema statale, dall'altro, è emerso il concetto di protezione temporanea⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ La prassi delle Questure italiane è nel senso di richiedere parere alla Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale sulla permanenza dello *status* al momento di convertire il permesso della persona ammessa alla protezione sussidiaria in un permesso UE per soggiornanti di lungo periodo. Tale prassi, se non può definirsi illecita, è comunque distorsiva per i beneficiari, risolvendosi di fatto in un disincentivo a richiedere titoli di soggiorno permanente ai fini di evitare un sindacato sulla permanenza del proprio bisogno di protezione.

⁵⁵⁰ La presenza dell'aggettivo "individuale", inserito quasi a volersi farsi scudo da interpretazioni troppo estensive, riflette pienamente l'ampiezza del dibattito in merito, dovutosi certo alla consapevolezza dell'efficacia che la Direttiva avrebbe avuto nella pratica. Secondo l'UNHCR "la nozione di minaccia "individuale" dovrebbe servire ad escludere dall'ambito di applicazione della disposizione le persone per le quali il rischio presunto rappresenta una mera possibilità remota, ad esempio perché la violenza è limitata ad una regione specifica, o perché il rischio che corrono non è tale da poter essere considerato "reale". Inoltre, la nozione di minaccia "individuale" non dovrebbe portare all'applicazione di criteri di valutazione più esigenti e ad un più pesante onere della prova, dal momento che situazioni di violenza generalizzata sono caratterizzate proprio dalla natura indiscriminata e imprevedibile dei rischi che presentano": Nota dell'UNHCR, *La protezione sussidiaria secondo la 'Direttiva Qualifiche' nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, gennaio 2008, in <http://www.unhcr.it/cms/attach/editor/ITA-ProtezioneSussidiaria.2008.pdf>

⁵⁵¹ La nozione di asilo provvisorio e di ammissione temporanea è affermata in numerosi strumenti internazionali, come nella stessa Convenzione sui Rifugiati del 1951, in relazione all'espulsione di un rifugiato (Art 32: "The Contracting States shall allow such a refugee a reasonable period within which to seek legal admission into another country. The Contracting States reserve the right to apply during that period such internal measures as they may deem necessary"); nella Convenzione OAU del 1969 (Art II par. 5:

Il legame tra protezione temporanea e *non-refoulement* è molto stretto, giacché l'una rappresenta la formulazione in termini positivi dell'altro. La protezione temporanea, incarnando il concetto di "asilo provvisorio"⁵⁵², fornisce una soluzione di compromesso in ogni situazione in cui lo Stato non possa, o non voglia, fornire un'accoglienza prolungata allo straniero, ma, tuttavia, sia lo stesso vincolato ad elargirla sulla base di obblighi internazionali di natura umanitaria. In questi casi, allo straniero si accorda solo temporaneamente protezione in vista di soluzioni definitive come il suo rimpatrio o la sua sistemazione presso altri Paesi. Così intesa, la protezione temporanea può essere considerata anche come una forma operativa di protezione complementare⁵⁵³.

Infatti, la protezione temporanea trova il proprio fondamento in considerazioni umanitarie che, se valorizzate la legislazione e prassi, sono le stesse a sottendere le forme cristallizzate di protezione complementare. Le due protezioni, essenzialmente diverse, condividono la forza innovatrice in favore di una progressiva limitazione dello *ius excludendi* statale. Anche la protezione temporanea è volta ad erodere l'ambito di applicazione della facoltà per lo Stato sull'esclusione dello straniero dai confini: lo Stato viene vincolato dalla protezione temporanea ad un obbligo di accoglienza che è caratterizzato non dal novero dei suoi beneficiari, ma da profili temporali. L'obbligo di accoglienza è di breve durata.

La sua utilità è evidente soprattutto nel caso di un afflusso numeroso di richiedenti asilo, che renda oltremodo difficile una trattazione individuale della domanda di accoglienza di ciascuno di essi, oppure in ogni situazione individuale in cui, pur rendendosi *ictu oculi* necessario il *non refoulement* dell'individuo che versa in particolari situazioni psicologiche o fisiche, i presupposti di fatto, non permettono di ammettere il richiedente allo *status* di rifugio o a *status* complementari. Ragioni umanitarie impediscono allo Stato investito da tale flusso di "lavarsi le mani" di fronte al fenomeno ma, per evidenti considerazioni pratiche, neppure prevedono particolari obblighi di accoglienza⁵⁵⁴. Lo standard di trattamento applicato a queste persone non rispecchia affatto quello fornito ai rifugiati o ai beneficiari di forme di protezione complementare, non essendo di solito fornito loro alcun diritto ad un soggiorno duraturo, né tutela avverso provvedimenti di espulsione nei loro confronti.

"Where a refugee has not received the right to reside in any country of asylum, he may be granted temporary residence in any country of asylum in which he first presented himself as a refugee pending arrangement for his re-settlement in accordance with the preceding paragraph"; nella dichiarazione adottata a Bangkok nel 1966 dal Comitato giuridico consultivo asiatico-africano sui "Principi relativi al trattamento dei rifugiati" (art III par 4); nella Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984 Art. 5 : "To reiterate the importance and meaning of the principle of non-refoulement (including the prohibition of rejection at the frontier) as a corner-stone of the international protection of refugees. This principle is imperative in regard to refugees and in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of jus cogens."

⁵⁵² Elaborato per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'Asilo territoriale, adottata il 14 dicembre 1967. Sebbene l'atto sia di natura non vincolante, possiede un valore morale indiscutibile.

⁵⁵³ J. McAdam, *Complementary Protection...cit*, p.1.

⁵⁵⁴ Questa è la posizione anche di molti Stati i quali non applicano le norme della Convenzione di Ginevra in situazioni di flusso sul larga scala di richiedenti asilo. Si veda: J.C. Hathaway, R.A. Neve, "Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection", in *HRJ*, Vol. 10, Spring 1997, pp. 115-211, pp. 158-59.

Resta da domandarsi se tale obbligo permanga anche nel caso di afflussi di massa ai confini statali e, se sì, quale sia il suo fondamento giuridico. E' stato sostenuto che si sia venuta formando una norma di natura consuetudinaria sull'asilo provvisorio così come per l'asilo individuale anche nei casi di afflusso di massa⁵⁵⁵, ma al momento ciò non sembra univocamente condiviso dalla dottrina⁵⁵⁶. Alcuni autori argomentano, piuttosto, che un fondamento alla protezione temporanea debba invece essere ricercato nella più ampia tutela offerta al diritto alla vita, in particolare nel carattere cogente che esso avrebbe assunto⁵⁵⁷, per il quale la tutela si imporrebbe in ogni circostanza, sulla base del principio di gerarchia. Rimanendo invece ancorato alla lettera della Convenzione di Ginevra, dalla quale non vede ragioni di discostarsi, Hathaway ritiene che, seppur il *non-refoulement* vincoli lo Stato anche nei casi di afflusso di massa di richiedenti asilo (nulla nella disposizione depone in senso contrario), quest'ultimo avrebbe in ogni caso la possibilità di invocare delle eccezioni al principio sulla base del disposto dell'art. 33, comma 2, della Convenzione, in ogni caso in cui l'arrivo di un gran numero di persone mettesse a rischio la sicurezza pubblica o l'ordine pubblico. Secondo quanto argomentato dall'autore, la fattispecie rientrerebbe nel regime della regola o, piuttosto, in quello dell'eccezione, a seconda delle concrete circostanze del caso, tra cui dovrebbero essere valutate la capacità di accoglienza del Paese di asilo, il numero dei richiedenti, la ragione della fuga, il pericolo di eventuali ripercussioni in caso di accoglienza, e così via⁵⁵⁸.

Si noti come l'autore non voglia allontanarsi dalla dialettica imposta dalla elevazione del principio di specialità a criterio privilegiato nella soluzione dei conflitti tra norme.

Infine, secondo Lauterpacht e Bethlehem è proprio la natura umanitaria del principio di non respingimento, evidenziata dallo scopo e dall'oggetto della Convenzione di Ginevra in cui esso nasce, ad imporre la sua applicazione anche nel caso di grandi numeri di richiedenti asilo. In questo senso non vi può essere alcuna differenza tra protezione umanitaria in un caso singolo od in caso di un afflusso ingente di persone. Questa posizione, più di ogni altra, è volta a rinvenire la *ratio* della protezione temporanea in considerazioni strettamente connesse al principio internazionale di umanità e di tutela dei diritti umani fondamentali, che è di per sé in contrapposizione con il principio di sovranità statale.

Si è detto però che se si affidasse il delicato compito di attuazione di esigenze "umanitarie" alla protezione temporanea si rischierebbe di sottrarlo alle norme in materia di asilo e rifugio, che certo concedono forme di protezione più stabili e vantaggiose per i beneficiari⁵⁵⁹. A meno che entrambi gli istituti non venissero

⁵⁵⁵ D. Perluss, J.F. Hartman, "Temporary Refuge...", cit., p. 551.

⁵⁵⁶ K. Hailbronner, "Non-Refoulement...", cit., p. 873, esclude che si sia formata una norma di natura consuetudinaria sull'asilo provvisorio nei casi di impegni nei confronti di masse di individui.

⁵⁵⁷ Carella, *Esodi di massa...cit.*, p. 925.

⁵⁵⁸ J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, cit. L'autore cita un gran numero di esempi, differenziando nettamente le conseguenze del diniego di protezione opposto, per esempio, dagli Stati Uniti di fronte all'arrivo dei *boat people* haitiani, rispetto al rischio che lo Stato del Nepal avrebbe corso offrendo rifugio ai profughi tibetani, sfidando la Cina (pp. 355-360).

⁵⁵⁹ Secondo l'opinione espressa da J. Fitzpatrick: "Temporary protection is like a magic gift, assuming the desired form of its enthusiasts' policy objectives. Simultaneously, it serves as a magic mirror of its observers' fears. For refugee advocates, TP [temporary protection] expands the protection of forced migrants who cannot satisfy the criteria under the 1951 Convention and it promises group-based protection when the determination of an individual's status proves impossible. At the same time, refugee rights

concepiti come un *unicum* normativo, volti ai medesimi scopi e strettamente connessi a principi generali di diritto internazionale.

Ciascuna delle opinioni riportate, in effetti, dà conto di una prassi statale profondamente variegata dalla quale, forse, è impossibile trarre conseguenze che possano essere univocamente condivise. Rappresentativa è la gestione dell'emergenza che si ebbe durante gli anni Novanta in conseguenza della fuga di un gran numero di Kosovari albanesi dai Balcani, che assunse forme diverse a seconda dei Paesi di destinazione dei richiedenti asilo. Mentre negli Stati Uniti ed in Canada vennero rilasciati permessi di soggiorno di durata indefinita, gli Stati europei risposero alla crisi favorendo la protezione temporanea dei profughi kosovari, ed evitando di fornire garanzie in ordine ad un asilo duraturo⁵⁶⁰. Ciononostante, solo Austria e Germania sperimentarono un vero e proprio arrivo di massa, oltre agli Stati di nuova formazione nella ex-Jugoslavia⁵⁶¹.

Le procedure per la determinazione di un vero e proprio *status* legittimante protezione vennero aggirate anche di recente, in occasione della "emergenza Nord-Africa": al gran numero di africani provenienti dalla Libia in fuga dal conflitto armato occorso nel 2011 venne dall'Italia rilasciato un permesso per ragioni umanitarie della durata di un anno. Ad esse venne quindi, di fatto, impedito il movimento al di fuori dei confini italiani, non avendo esse ottenuto un titolo ricognitivo di uno *status* con valenza sovranazionale. Molte di queste persone, a cui in seguito il permesso umanitario venne rinnovato per una durata variabile dai sei mesi ad un anno, si trovano ancora sul territorio dell'Italia (molti di loro, una volta scaduto il permesso di soggiorno, versando nell'impossibilità di convertirlo in altre tipologie di permesso, attualmente si trovano in situazioni di irregolarità).

Dal punto di vista degli Stati che la garantiscono, la protezione temporanea potrebbe avere un indubbio vantaggio rispetto alla concessione dell'asilo: il diffuso consenso che l'istituto sta riscuotendo nella comunità internazionale potrebbe lasciar presumere che, qualora l'arrivo di profughi si configurasse come particolarmente massiccio, lo Stato che li accogliesse su basi temporanee potrebbe contare sulla generalizzata solidarietà degli altri Stati. Tuttavia, come detto, alcune recenti esperienze europee relative all'arrivo di un ingente numero di persone provenienti dai Paesi interessati dalla cosiddetta "primavera araba" depongono in senso contrario. Infatti, pur essendo il sistema europeo particolarmente avanzato in materia di concessione della protezione temporanea, grazie alla previsione di un preciso meccanismo

organizations fear that informal and discretionary TP may dislodge refugee protection from the realm of enforceable human rights.", J. Fitzpatrick, "Temporary protection...", cit., p. 280.

⁵⁶⁰ *Humanitarian Issues Working Group of the International Conference of the Former Yugoslavia, Survey on the Implementation of Temporary Protection*, 8 marzo 1995. Una critica di tale soluzione si ritrova in J. Van Selm-Thorburn, *Refugee Protection in Europe: Lessons from the Yugoslav Crisis*, The Hague, Kluwer Law International, 1998. Si veda anche Amnesty International, *Former Yugoslav Republic of Macedonia: The Protection of Kosovo Albanian Refugees*, 1999, p. 18 disponibile sul sito: www.amnesty.org. Gli Stati europei fornirono differenziate modalità di protezione temporanea che, tuttavia, in alcuni casi si rivelarono piuttosto durature (non in Germania): K.Koser, M. Walsh, R.Black, "Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees Form the European Union", *Int'l J Refugees L*, 1998, pp. 10 ss.

⁵⁶¹ UNHCR, *The State of the World's Refugees, 1997-98*: dalla Bosnia arrivarono 345.000 persone in Germania, 80.012 in Austria. In Italia furono 8.430.

regolatorio unico nell'Unione, dato dall'attuazione negli ordinamenti nazionali della direttiva 2001/55⁵⁶², tale sistema non è stato in alcun modo utilizzato⁵⁶³. Nella pratica, gli Stati maggiormente colpiti dagli sbarchi di richiedenti asilo nord-africani, prima tra tutti l'Italia, sono stati abbandonati di fronte all'emergenza⁵⁶⁴, e si sono perciò arrangiati mediante la concessione dei più disparati titoli di soggiorno sulla base della discrezionalità nazionale. Se non che, il diniego di solidarietà si è nuovamente manifestato nel rifiuto da parte degli altri Stati di riconoscimento di tali titoli di soggiorno ai fini Schengen: la Francia, in particolare, ha blindato le proprie frontiere costringendo la popolazione dei Paesi di "prima accoglienza" ad assorbire nella sua interezza del flusso di *displaced persons* nord-africane⁵⁶⁵.

Nonostante quanto detto finora, attualmente, sul fronte europeo, qualcosa si sta muovendo. Di fronte ai nuovi, ingenti sbarchi di migranti che interessano in particolare le coste italiane, lo Stato italiano è stato costretto nel novembre 2014 ad interrompere l'operazione navale della propria marina militare, denominata "*Mare Nostrum*", la quale aveva come missione il salvataggio dei migranti a bordo delle numerose imbarcazioni di fortuna alla deriva nel Canale di Sicilia. Il Governo italiano, che destinava alle spese dell'operazione un budget di 9 milioni di euro al mese, ha richiesto l'intervento dell'Unione europea, attivatasi per il tramite della propria Agenzia per il Controllo delle Frontiere esterne (FRONTEX), con la missione "Triton", la quale ha sostituito *in toto* "Mare Nostrum". Come era prevedibile, il cambiamento ha

⁵⁶² 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, in GUUE n. L 212 del 7 agosto 2001, pp. 12-23.

⁵⁶³ Alcune tra le proposte di soluzione fondate sul principio di solidarietà sono formulate da B. Nascimbene, A. Di Pascale, in *AI*, "Le richieste dell'Italia e gli indugi di Bruxelles", 4 marzo 2011, <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1682>.

⁵⁶⁴ Per la cronaca della gestione dell'emergenza si veda "La Commissione europea "valuta" la possibilità di attivare la direttiva 55/2001 sulla protezione temporanea per gli immigrati provenienti dalla Libia", in *ImmigrazioneOggi*, 1 aprile 2011, all'indirizzo http://www.immigrazioneoggi.it/daily_news/notizia.php?id=002858 ed "Emergenza profughi e decreto protezione temporanea dell'Italia oggi all'esame del Consiglio Ue Affari interni", in *ImmigrazioneOggi*, 11 aprile 2011, disponibile all'indirizzo http://immigrazioneoggi.it/daily_news/notizia.php?id=002891.

⁵⁶⁵ Una revisione critica nell'immediatezza degli eventi è l'oggetto dell'intervento di B. Nascimbene e A. Di Pascale in *AI*, "L'Italia fuori dalla UE?", 13 aprile 2011, disponibile a <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1727>. Sul tema dell'attivazione della direttiva sulla protezione temporanea si veda anche la contraria, ma molto interessante opinione di Marcello di Filippo in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (eds.), *Immigrazione, Diritto, Diritti...*, cit., pp. 264-268. L'autore invita a considerare come il numero di migranti sbarcati sulle coste italiane a seguito degli eventi della "primavera araba", pari a circa 20.000 persone, non fosse così ingente da giustificare un'attivazione della direttiva, anche confrontato con la capacità di assorbimento di migranti dimostrata fino a quel momento da altri Stati membri e non membri UE (la Tunisia, seppur essa stessa reduce da una rivoluzione, accoglieva circa 200.000 libici). Inoltre, la provenienza dei migranti, quasi tutti cittadini tunisini, non avrebbe permesso di qualificarli facilmente come stranieri bisognosi di protezione internazionale, invece che meri "migranti economici". L'autore chiede, quindi, maggior attenzione alle ragioni che hanno condotto alla mancanza dell'adozione di una delibera del Consiglio (riunitosi il 12.4.2011) ai fini di smentire la "*vulgata vittimistica che prende piede nel dibattito italiano*". Sembra a noi che al momento dei fatti fossero difficilmente prevedibili le conseguenze, sia quanto al numero di sbarchi che alla provenienza dei migranti, di una rivoluzione che si annunciava invece come di ampia proporzione, e che lo stato italiano non avesse esagerato nel preoccuparsi di richiedere l'intervento europeo. Di fronte alla medesima incertezza, l'attivazione della direttiva sulla protezione temporanea è stata negata, senza che soccorressero le suggerite considerazioni, che sono possibili solo *ex post*. D'altra parte, anche se si tengono da conto i motivi del non-intervento, lo stesso picca la mancata concretizzazione del solenne proclama di solidarietà.

peggiolato la situazione delle vittime del traffico di migranti, poiché, da un lato le somme stanziare dall'Unione per la missione sono notevolmente inferiori ai precedenti contributi da parte della sola Italia, dall'altro perché il mandato di "Triton", a differenza di "Mare Nostrum", prevede il controllo delle acque internazionali solamente fino a 30 miglia dalle coste italiane: il suo scopo principale è il controllo della frontiera e non il soccorso. Dall'inizio dell'operazione, il numero di migranti annegati durante l'attraversamento del Mediterraneo è drammaticamente aumentato: nell'aprile del 2015 sono avvenuti diversi naufragi di migranti dalla Libia causando presumibilmente oltre 700 morti⁵⁶⁶. In conseguenza a ciò, la stampa europea ha rilevato con forza le responsabilità politiche dell'Unione europea⁵⁶⁷, la quale ha deciso di assumersi, finalmente, la responsabilità dell'evitare simili tragedie, ampliando i limiti di intervento di "Triton", il suo finanziamento, e stabilendo un sistema di divisione "pro quota" tra gli Stati membri dei richiedenti asilo, in modo da sgravare i paesi di prima destinazione, quale l'Italia. La Commissione europea il 20 aprile 2015 ha presentato una serie di proposte, ed il Consiglio, con riferimento al principio di solidarietà a base dell'Unione (art. 80 TFUE), ha inteso rafforzare la cooperazione tra i Membri in materia d'asilo, prevedendo procedure per il ricollocamento di richiedenti asilo presenti nei Paesi membri i cui sistemi di accoglienza siano stati in questi anni più pesantemente impattati, segnatamente Italia e Grecia. Più precisamente, le decisioni riguardano solamente persone che abbiano già fatto ingresso nel territorio dello Stato interessato e presentato domanda d'asilo.

Oltre ad essere interessante dal punto di vista dell'esternalizzazione delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, affidate ad una sorta di "ricollocazione" da effettuarsi prima della decisione di riconoscimento, che "costituisce una decisione di trasferimento ai sensi dell'art. 26 del regolamento UE 604/2013" (e come tale è soggetta a tutti i requisiti procedurali a tutela del migrante), le decisioni del Consiglio vanno nel senso di attuare la solidarietà tra Stati membri in materia di immigrazione.

⁵⁶⁶ "Strage migranti, Papa: "Comunità internazionale agisca decisa". Salvini: "Subito blocco navale" su www.repubblica.it. del 19 aprile 2015; "Strage al largo della Libia: morti in mare tra 700 e 900 migranti, solo 28 superstiti. È la tragedia più grande di sempre" su www.repubblica.it del 19 aprile 2015. In seguito alle morti il commissario dei diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Muiznieks, ha detto che «Triton non è all'altezza». Laura Boldrini, presidente della Camera ed ex portavoce dell'Alto commissariato dell'ONU per i rifugiati, ha detto che «di fronte a questa strage non si può non prendere atto che l'operazione Triton è inadeguata». Anche il ministro degli Esteri italiano, Paolo Gentiloni, ha affermato che "Triton" «non è sufficiente. È un inizio. Non c'è dubbio che nelle dimensioni è un'operazione più ridotta rispetto a "Mare Nostrum". Come abbiamo sempre detto il problema dell'immigrazione non riguarda solo l'Italia, o la Spagna, o la Grecia, ma è un problema che riguarda l'Europa intera. Lo sforzo umanitario che l'Italia ha fatto nel 2014 deve essere condiviso dall'Unione Europea. "Mare Nostrum" era un impegno notevolissimo, e dobbiamo europeizzarlo. Ma europeizzarlo non vuol dire fare passi indietro sul fronte dell'impegno umanitario. Ed europeizzare il problema non vuol dire ridurre la dimensione dell'intervento. Ci vuole uno sforzo in più da parte dei 28», "La differenza tra "Mare Nostrum" e "Triton", www.ilpost.it del 11 febbraio 2015.

⁵⁶⁷ Si veda, come mero esempio, la rassegna di articoli di riviste europee e mondiali fornita da Internazionale n. 1099, 24 aprile 2015, "Il naufragio dell'Europa".

Si noti come si sia preferito fare ciò mediante nuove decisioni del Consiglio⁵⁶⁸, contenenti una deroga espressa a Dublino insieme a misure economiche di incentivo, anziché attivare l'istituto della protezione temporanea, evidentemente sorretto da un limitato consenso politico.

Anche in questo caso, tuttavia, le decisioni fanno espresso richiamo all'art. 78 del TFUE, che disciplina i poteri di adozione di misure temporanee da parte del Consiglio o del Parlamento in caso di situazioni emergenziali in uno o più Stati membri, nonostante sia ormai chiaro che le migrazioni ai confini dell'Europa non rappresentano una situazione d'emergenza. Nonostante le dette perplessità, deve salutarci con favore la volontà politica mostrata dall'Europa di intervenire, pur con molto ritardo, nella gestione del fenomeno. Sopraggiungono a stemperare l'entusiasmo le più recenti risoluzioni dei governi di Svezia, Danimarca, Norvegia, Austria e Slovenia che, spaventati da recenti fatti di cronaca, hanno scelto di sospendere l'applicazione del "codice frontiere Schengen"⁵⁶⁹.

Traendo le mosse dalla prassi internazionale fin qui rilevata, in cui molto appare appeso alle scelte politiche degli Stati, che oscillano a seconda delle emergenze e degli avvenimenti di cronaca, è difficile ancora dimostrare l'esistenza di una norma consuetudinaria⁵⁷⁰. Tuttavia, sembra che aumenti *l'opinio iuris* sull'esistenza di un obbligo di fornire protezione temporanea per ragioni umanitarie in caso di largo afflusso di profughi⁵⁷¹. Per di più, particolarmente in Europa, il divieto di *refoulement* è stato oggetto di importanti decisioni della Corte europea di Strasburgo in cui è stata rilevata la violazione di disposizioni convenzionali proprio in merito al respingimento collettivo di un gran numero di migranti⁵⁷². Come a dire, il dovere di fornire protezione temporanea esce dalla porta, ma rientra dalla finestra. La protezione temporanea e la protezione complementare, grazie al loro carattere "dinamico", permettono all'individuo di superare gli ostacoli posti al riconoscimento dello *status* di rifugiato favorendo il diritto all'ingresso e soggiorno.

c. La protezione umanitaria offerta dallo Stato di rifugio sulla base della propria discrezionalità.

Indipendentemente dagli obblighi internazionali fin qui considerati, che impongono agli Stati limiti alla discrezionalità, vi è pur sempre la possibilità che essi possano liberamente operare una scelta in ordine all'ammissione dello straniero sul proprio territorio.

In queste ipotesi, benché la decisione dello Stato in ordine alla protezione dello straniero non risponda ad alcun vincolo esterno, ad essa possono ricondursi varie conseguenze, alcune delle quali presentano profili

⁵⁶⁸ Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 e decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015 che istituiscono misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia.

⁵⁶⁹ Si veda *supra*, *Introduzione*.

⁵⁷⁰ G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee...*, cit., p. 345.

⁵⁷¹ Diversa è la conclusione rispetto alle situazioni in cui lo Stato si trovi a fronteggiare una richiesta di asilo *individuale* per ragioni umanitarie: in questo caso si deve sempre considerare il diritto che il singolo lamenta essere in pericolo di fronte ad un eventuale respingimento.

⁵⁷² Sent. *Hirsi*, cit., su cui *supra*, par. 13 c) e *infra* par. 31.

di interesse internazionalistico. Le norme di diritto internazionale dei diritti umani, per esempio, solitamente non impongono allo Stato obblighi di accoglienza dello straniero, che resta discrezionale, tuttavia la loro applicazione può comportare la non esclusione dello straniero dal territorio statale in alcune ipotesi. E' forse il caso di chiarire con un esempio: la legislazione italiana sull'immigrazione⁵⁷³ stabilisce il diritto della donna straniera in stato di gravidanza di permanere (temporaneamente) sul territorio italiano, al quale corrisponde la concessione di un permesso di soggiorno per cure mediche. Orbene, non vi è alcuna norma internazionale che imponga tale comportamento, perciò, in caso di necessità di fornire cure mediche allo straniero la protezione è discrezionalmente offerta dallo Stato di accoglienza.

Ma la scelta non è neutra di fronte all'ordinamento internazionale, nel quale si rinviene l'obbligo dello Stato di tutelare il diritto alla salute di ogni individuo. L'obbligo è sancito, tra l'altro, dalla disposizione dell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo⁵⁷⁴ e dall'art. 12 del Patto sui Diritti Economici, Sociali e Culturali. L'attività delle Nazioni Unite volta a tutelare il godimento del diritto alla salute da parte di ogni individuo si dispiega soprattutto nell'ambito del *World Health Organization* (WHO), il cui Statuto definisce la salute: "a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity."⁵⁷⁵. Molti Paesi hanno riconosciuto nelle loro legislazioni il diritto alla permanenza sul proprio territorio in ragione della tutela del diritto alla salute dello straniero⁵⁷⁶.

E' evidente che in questi casi, qualora lo Stato, procedendo con l'espulsione, scelga di disinteressarsi del rispetto del diritto dell'individuo alla salute, potrà eventualmente essere ritenuto responsabile sul piano internazionale per violazione delle norme che di volta in volta vengono in considerazione. Difatti, la Corte europea per i diritti dell'uomo di Strasburgo ha sanzionato in diverse occasioni gli Stati per violazione dell'art. 3 in presenza di espulsioni eseguite senza attenzione per lo stato di salute dello straniero⁵⁷⁷.

Eppure, come si vedrà, è raro che la tutela internazionale accordata a un diritto vincoli lo Stato alla concessione di una qualche forma di asilo contro il pericolo di una sua lesione.

Per converso, in dottrina si è cercato di arginare in altri modi la discrezionalità statale in ordine all'espulsione di stranieri che avrebbero l'esigenza di restare sul territorio. Alcuni autori, tra cui Michelle Foster, invocano un superamento della tradizionale concezione che vede i cosiddetti "migranti economici", la cui tutela è a discrezione di ogni Stato, contrapposti ai "genuini" rifugiati politici nei cui confronti si applica la Convenzione di Ginevra⁵⁷⁸. La tesi citata fa leva sulla condivisibile osservazione che coloro che

⁵⁷³ Art. 19 D.lgs. 286 del 1998.

⁵⁷⁴ Art. 25: "Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services."

⁵⁷⁵ WHO Constitution, 1946, Preamble: "The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition."

⁵⁷⁶ Argentina, 2004 Act, art. 29, 35; Italy, art. 5, par. 11 e art. 10, comma 4, d.lgs. 286/98, L. 40/98 art. 8, comma 2 lett. b); Portogallo, 1998 Decree-Law, art. 126A, comma 3; Spagna, 2000 Law, art. 25, comma 3.

⁵⁷⁷ *Infra*, par. 29 c).

⁵⁷⁸ M. Foster, *International Refugee-Law and Socio-Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, che cita anche la contrarietà di A. H. Richmond, *Global Apartheid: Refugees, Racism and the New World Order*, Toronto, Oxford University Press, 1994, p. 58; A. Zolberg, A. Suhrke e S. Aguayo, *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*,

comunemente vengono indicati come “migranti economici” seppur allontanatisi dal territorio a causa di insopportabili ragioni di estrema povertà, oppure per via di catastrofi ambientali, quali carestie, inondazioni, siccità, terremoti, se scelgono di rimanere nelle loro terre di origine spesso hanno meno *chance* di sopravvivenza degli stessi rifugiati propriamente detti. La chiave per un superamento della dicotomia, secondo la tesi esposta, risiederebbe in un’interpretazione evolutiva della Convenzione di Ginevra in quanto “lettera viva” da applicarsi nel tempo presente, in modo da poter adempiere più fedelmente al proprio scopo ultimo di fornire protezione a chi ne ha più bisogno⁵⁷⁹. Visto il recente sviluppo nella tutela dei diritti sociali ed economici dell’individuo⁵⁸⁰, e considerando che la Convenzione di Ginevra continua a svolgere il ruolo di pietra miliare nel diritto internazionale dei rifugiati⁵⁸¹, secondo la tesi in esame, i migranti per ragioni economiche potrebbero in alcuni casi essere interpretativamente ricompresi nello *status* riconosciuto dalla Convenzione, e, di conseguenza rientrare nel novero dei fortunati destinatari di un regime di norme applicabili per specialità.

Non si può negare la fondatezza di alcuna delle considerazioni appena svolte, ma non è forzando l’interpretazione della Convenzione prevista per i rifugiati che si possono sottrarre queste persone alla discrezionalità dello Stato in ordine alla loro accoglienza sul territorio⁵⁸². In particolare, insuperabili appaiono sia gli ostacoli dati dal necessario requisito del “rischio di persecuzione”, che certo non può essere inteso come un rischio ambientale, od economico⁵⁸³, e, soprattutto dalla tassatività delle cause concretanti il nesso causale tra *status* dell’individuo rifugiato e persecuzione: il rifugiato è colui che, per motivo di razza, etnia, religione, appartenenza politica, nazionalità, subisce una persecuzione di carattere individuale.

Inoltre, le ragioni politiche che Michelle Foster considera non vevoli nel ragionamento giuridico⁵⁸⁴, ovvero il timore da parte degli Stati di dover elargire protezione in modo indiscriminato e su larga scala, in realtà contano non poco in un diritto internazionale che fonda la propria legittimazione sul consenso statale.

New York, Oxford University Press, 1989, p. 30. Risalendo nel tempo, lo stesso A. Grahl-Madsen rifiutava l’utilizzo del termine “migranti economici”, in quanto un “misnomer that should be avoid”: *The Status of Refugees in International Law...cit.*, p. 76.

⁵⁷⁹ M. Foster, *International Refugee Law...cit.*, pp. 353-355.

⁵⁸⁰ Sebbene i contatti con la previsione di un divieto di respingimento per evitare lesione ai diritti sociali ed economici siano ancora da definire. Maggiormente sviluppatasi in senso evolutivo la prassi del Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani e della Corte europea dei diritti dell’uomo riguardo il divieto di sottoposizione a tortura, il dovere di salvaguardia della vita umana e di diritto ad un giusto processo; si veda *infra*.

⁵⁸¹ UNHCR ExCom, Conclusion on The Provision of International Protection...cit.

⁵⁸² Anche l’UNHCR sembra conservare l’uso della doppia nomenclatura, trattando differentemente gli argomenti di “serious human rights violation or armed conflict” e “ economic marginalization and poverty”: UNHCR, *Global Consultations on International Protection, Refugee Protection and Migration Control: Perspectives from UNHCR and IOM*, Un.Doc.EC/GC/01/11 (2001), par. 5

⁵⁸³ Per esempio, nel proprio contributo in UNHCR, *New Issues in Refugee Research, Working Paper n. 111*, January 2005, K. Rohl sostiene che la definizione di rifugiato nella Convenzione del 1951 “almost completely excludes the violation of economic and social rights from the concept of persecution”, aprendosi verso rimedi sotto altri trattati: “Rohl, K., “Fleeing Violence and Poverty: Non-Refoulement Obligations under the European Convention on Human Rights”, in UNHCR, *New Issues in Refugee Research, Working Paper n. 111*, 2005, p. 3.

⁵⁸⁴ L’autore cita a suffragio alcune decisioni delle Corti Supreme canadese e britannica.

Perciò, se è utile interrogarsi su come implementare l'effettività di diritti di matrice economica dei migranti, il dibattito non può prescindere da una discussione sul *quomodo* di siffatta operazione, che dovrebbe piuttosto incidere sulla tutela giudizialmente accordata ai diritti sociali stessi, via via evolvendo nel senso di prevedere in via giurisprudenziale, per esempio, il *divieto di refoulement* anche in presenza di un pregnante rischio economico nel Paese di origine. Questa forma di protezione non può sostituirsi alle forme previste per i rifugiati o alla protezione complementare⁵⁸⁵. Queste ultime offrono, infatti, più garanzie all'individuo beneficiario rispetto al loro contenuto e durata.

La protezione umanitaria può essere una risposta nazionale al riconoscimento internazionale della protezione di alcuni diritti⁵⁸⁶, ad esempio il diritto alla salute. Infatti, il diritto ad un titolo di soggiorno legato al rischio di violazione di diritti fondamentali viene spesso soddisfatto dallo Stato mediante il rilascio di un titolo di soggiorno per ragioni umanitarie.

26. Gli apolidi

Con il termine “apolidi” si identifica una categoria di persone le quali sono *de iure* o *de facto* prive della nazionalità⁵⁸⁷, e che perciò non possono beneficiare dei vantaggi da essa derivanti, tra cui la protezione diplomatica e consolare, l'assistenza in generale da parte dello stato di cittadinanza, il diritto di risiedere nel territorio nazionale, ma, soprattutto, ai fini che ci interessano, il diritto di farvi ritorno⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ EX Com UNHCR, Conclusion on the Provision on International Protection...cit. Proprio per questo, qualificare sommariamente un'intera categoria di migranti come “migranti economici”, destinatari solo di protezione eventuale, è un trucco retorico spesso tristemente utilizzato dagli Stati per restringere i propri obblighi derivanti dalla Convenzione sui Rifugiati o da altre norme internazionali vincolanti. E. Feller, “The Evolution of the International Refugees Protection Regime”, *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 5, 2001, p. 137. Goodwin-Gill spiega il fenomeno nel seguente modo: “Over the last twenty or so years, governments throughout the world have tried to avoid dealing with the difficult question raised by refugees and related movements. One method is to seek to redefine the problem as one not involving obligation or responsibility.” in “Refugees and Responsibility in the Twenty-First Century: More Lessons Learned from the South-Pacific”, in *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 12, 2003, pp. 26-27.

⁵⁸⁶ Il concetto di diritto del singolo trascende la disciplina giuridica per abbracciare le scienze sociali, antropologiche, filosofiche, religiose. Allo stesso modo, non può dirsi che esso sorga all'interno di un singolo ordinamento giuridico da cui riceve linfa vitale, essendo piuttosto riconosciuto e tutelato a partire dal punto di vista dei più disparati ordinamenti giuridici, a volte in maniera simile, a volte con profonde differenze. Tra di essi non fa eccezione l'ordinamento internazionale: M. Addo, *The Legal Nature*, cit., con ampi ragionamenti diffusi lungo tutta la monografia.

⁵⁸⁷ A.M. Calamia definisce gli apolidi come “stranieri in senso negativo, in quanto considerati tali da ogni Stato membro della Comunità internazionale”, “Le norme non statali e lo straniero”, in A.M. Calamia, M. De Filippi, M. Gestri (eds.), *Immigrazione, Diritto, Diritti...*, cit., p. 21.

⁵⁸⁸ Alice Edwards affronta il tema del significato di cittadinanza sotto il profilo sostanziale dei diritti che vi si ricollegano in “The meaning of nationality in international law in an era of human rights. Procedural and substantive aspects”, in A. Edwards e L. van Waas, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 11 ss.

Secondo il gruppo di esperti riunitosi a Prato nel 2010 sotto l'egida dell'UNHCR⁵⁸⁹, è proprio l'esistenza o meno di un diritto al ritorno nel proprio Paese il discrimine che permette di distinguere veri e propri apolidi da quegli stranieri di cui non si può dar prova del vincolo di cittadinanza, tra cui molti migranti irregolari. Questi ultimi, spesso privi di documenti identificativi, possono essere considerati apolidi di fatto solamente qualora lo Stato dell'asserita cittadinanza rifiuti in modo prolungato di cooperare nell'identificazione del proprio cittadino e di favorire il suo ritorno in patria⁵⁹⁰. Il suddetto discrimine è il perno su cui ruotano i diversi regimi di esclusione dello straniero dal territorio di volta in volta applicabili.

Procedendo con ordine, gli apolidi *de iure* sono esclusivamente coloro che soddisfano la definizione fornita dall'art. 1, par. 1, della Convenzione ONU del 1954 sullo *status* di apolide, definizione che si ritiene corrispondere al diritto internazionale consuetudinario⁵⁹¹. La disposizione così recita: “for the purpose of this Convention, the term “stateless person” means a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law”. Il significato è stato autorevolmente precisato⁵⁹². Così, si è escluso che l'espressione “by any State” richiedesse la verifica rispetto alla possibilità di cittadinanza in tutti gli Stati affinché il requisito dell'art. 1, par. 1, fosse soddisfatto. Gli stessi standard probatori sottesi all'esistenza di un legame di cittadinanza, al contrario, limitano la verifica al novero degli Stati con i quali la persona mantiene una rilevante connessione (per nascita sul territorio, discendenza, matrimonio, residenza abituale). Sotto il punto di vista opposto, invece, il possesso dello *status* di cittadino, anche in assenza di “*genuine link*” con lo Stato di asserita nazionalità, impedisce il sorgere dello *status* di apolide, non essendo l'autenticità del legame affatto rilevante ai fini della Convenzione ed interessando esclusivamente la possibilità per lo Stato di asserita cittadinanza di esercitare la protezione diplomatica⁵⁹³.

La Convenzione si basa sul presupposto che spetti al diritto interno di ogni Paese (compresa la sua prassi e le sue consuetudini) il compito di attribuire il legame di cittadinanza, assumendo il risultato dell'operazione come un dato di fatto ai fini dell'attribuzione della qualifica di apolide. E' assente, in ciò, ogni contestazione rispetto alla determinazione interna, ancorché la stessa possa risolversi in un illecito internazionale per violazione delle norme sulla privazione arbitraria della cittadinanza: ai fini della

⁵⁸⁹ *The Concept of Stateless Persons under International Law*, Summary Conclusions of the Expert Meeting 158ndividua by the Office of the UNHCR, Prato, Italy, 27-28 May 2010, par. 9.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, par. 10.

⁵⁹¹ *Ibidem*, par. 2 e ILC, *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, 2006, A/CN.4/L.684, pag. 49.

⁵⁹² Le osservazioni che seguono, in gran parte tratte dal lavoro dell'*Expert Meeting* citato, sono riprodotte e meglio precisate nelle Linee Guida emesse nell'anno 2012 dall'UNHCR, in attuazione del proprio mandato a sorvegliare sulla protezione degli apolidi, vedi *infra*, questo paragrafo, anche nelle note.

⁵⁹³ La ragione di ciò risiede nella necessità di inserire l'azione dello Stato che pretende di esercitare la protezione diplomatica nella relazione che intercorre con un altro Stato a cui è attribuibile un illecito. Si ricorda il già citato caso *Nottebohm*, al vaglio della Corte Internazionale di Giustizia nell'anno 1955, pag. 23, su cui anche A. Edwards, “The meaning of nationality”, in A. Edwards e L. van Waas, *Nationality and Statelessness*, cit., p. 12 (l'autrice condivide l'opinione di quella parte della dottrina che sul piano internazionale utilizza i termini cittadinanza e nazionalità come sinonimi). Si veda anche sent. del 29 marzo 1983 in *Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat, Iran-United States Claims Tribunal*, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, 1983, vol. II, p. 157.

definizione convenzionale *de iure* rileva esclusivamente la posizione dell'individuo nel proprio sistema domestico. L'assenza di ogni considerazione sulla maniera in cui una persona diviene apolide porta poi a non escludere dalla categoria coloro che volontariamente rinunciano alla loro cittadinanza, scelta che, casomai, influisce sul loro conseguente trattamento e sulla ricerca di una soluzione. Il concetto di "Stato", infine, va stabilito alla stregua delle norme di diritto internazionale che regolano la materia, che in questa sede non sembra opportuno richiamare⁵⁹⁴.

Ciononostante, nel panorama mondiale gli apolidi *de iure* sono un discreto numero⁵⁹⁵, perciò alcuni Stati si sono formalmente impegnati nella ricerca di una soluzione al problema della perdita della cittadinanza con la Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 1961, (entrata in vigore il 13 dicembre 1975). Essa, che consta di 54 Stati parte, prevede che una persona non può essere privata della propria nazionalità per motivi razziali, etnici, religiosi o politici. Inoltre, la Convenzione prevede che ogni perdita di cittadinanza di conseguenza all'acquisizione da parte della persona di uno status sia condizionata all'acquisizione o possesso di un'altra cittadinanza⁵⁹⁶. La Convenzione enuncia schematicamente misure per la prevenzione dell'apolidia, derivante da trasferimenti di territorio e stabilisce norme per la concessione della cittadinanza alle persone nate in un Paese, che diversamente sarebbero apolidi. Il testo, sottoscritto soltanto da 29 Stati, prevede che un organismo dell'ONU curi la supervisione delle domande presentate ai sensi della Convenzione stessa; tuttavia tale organismo non è mai stato istituito: le sue funzioni sono state affidate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite all'UNHCR⁵⁹⁷.

Secondo l'UNHCR, le ipotesi che più frequentemente danno luogo a casi di apolidia riguardano:

a) la modifica dei confini territoriali tra Stati; b) la privazione arbitraria della cittadinanza a gruppi o a individui da parte dello Stato; c) conflitti "negativi" di cittadinanza: ad esempio, quando un bambino di genitori stranieri nasce in uno Stato che conferisce la propria cittadinanza solo ai figli dei propri cittadini, mentre secondo le leggi dello Stato di cui sono cittadini i genitori, acquisiscono la cittadinanza soltanto coloro che nascono sul territorio dello Stato; d) problemi amministrativi, quali termini per l'iscrizione all'anagrafe poco realistici, tasse eccessivamente alte, mancata previsione di procedimenti di impugnazione o revisione, difficoltà nell'accesso alla documentazione o ai criteri per ottenere la cittadinanza; e) la rinuncia

⁵⁹⁴ Ci si riferisce alle caratteristiche generalmente ricondotte allo Stato, al valore del suo riconoscimento da parte degli altri attori della scena internazionale e alle vicende che conducono alla sua nascita o cessazione.

⁵⁹⁵ L'UNHCR ne conta 12 milioni, ma il numero è assai approssimativo.

⁵⁹⁶ Art. 5 Convenzione 1961.

⁵⁹⁷ Resolution adopted by the General Assembly on Question of the Establishment, in accordance with the Convention on the Reduction of Statelessness, of a Body to which Persons Claiming the Benefit of the Convention may apply, 9 December 1974, G.A. Res. 29/3274. In attuazione del proprio mandato l'UNHCR ha emesso, nel 2012 tre diversi documenti contenenti linee guida nella materia, rispettivamente dal titolo *Guidelines on Statelessness No. 1: The definition of "Stateless Person" in Article 1(1) of the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons*, 20 February 2012, HCR/GS/12/01; *Guidelines on Statelessness No. 2: Procedures for Determining whether an Individual is a Stateless Person*, 5 April 2012, HCR/GS/12/02; *Guidelines on Statelessness No. 3: The Status of Stateless Persons at the National Level*, 17 July 2012, HCR/GS/12/03, sul sito www.unhcr.org alla cui lettura si rimanda per ogni ulteriore precisazione, per esempio in tema di prova dell'apolidia, di garanzie processuali dell'individuo nel procedimento di riconoscimento dello status, o di trattamento nazionale degli apolidi.

individuale alla cittadinanza senza la previa acquisizione o garanzia di acquisizione di un'altra cittadinanza; f) il matrimonio o la dissoluzione del matrimonio, qualora la perdita della cittadinanza ne costituisca una conseguenza automatica; g) la mancata registrazione di un bambino alla nascita, quando abbia come conseguenza l'impossibilità per il figlio di dimostrare il luogo di nascita o l'identità dei genitori; h) l'applicazione di pratiche discriminatorie basate sull'etnia, la religione, il sesso, la razza o le opinioni politiche ai fini della concessione o del diniego della cittadinanza; i) il fatto di essere figlio di apolidi⁵⁹⁸. Ad esse si sommano le conseguenze delle normative discriminatorie nei confronti delle donne nel godimento della cittadinanza, che in molti Stati impediscono la trasmissione *ius sanguinis* della cittadinanza tra madri e figli⁵⁹⁹.

Nei regimi dittatoriali si verificano spesso casi di privazione arbitraria della cittadinanza nei confronti di oppositori politici, allo scopo di prevenire e punire i comportamenti dissidenti⁶⁰⁰; di recente tale è stata la sorte di numerosi oppositori politici della c.d. "primavera araba"⁶⁰¹. Lo stesso avviene spesso nei confronti dei cittadini di uno Stato estinto, che perdono la loro cittadinanza e non acquistano quella del nuovo Stato a causa della volontà della nuova organizzazione di governo di sancire la rottura con il passato. Ciò è avvenuto ad esempio, nei confronti delle minoranze linguistiche, etniche e religiose, o nei confronti dei figli di funzionari amministrativi del previgente regime, presenti sul territorio dell'ex URSS e dell'ex-Jugoslavia al momento della successione tra Stati durante gli anni 1991-93, a cui le leggi sulla cittadinanza dei nascenti Stati nazionali hanno negato la nuova cittadinanza⁶⁰². La circostanza ha determinato la nascita di nuovi strumenti internazionali per contrastare l'apolidia⁶⁰³.

Una seconda ipotesi riguarda il caso dei profughi nell'ambito di conflitti bellici o di occupazioni militari, come i palestinesi che vivono nei territori occupati da Israele nel 1967 o i profughi ruandesi e jugoslavi. Questi ultimi, nell'ambito dei sanguinosi conflitti etnici in Ruanda e nei Balcani, hanno spesso subito la distruzione dei propri atti dello stato civile da parte dei nemici, affinché fosse loro impedito il ritorno e si

⁵⁹⁸ L'elenco è predisposto da G. Perin e P. Bonetti nella Scheda pratica sull'apolidia, par. 1, reperibile sul sito dell'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione all'indirizzo http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=documenti&id=321&l=it. Si veda anche A. Edwards, "The meaning of nationality", cit., p. 21

⁵⁹⁹ UNHCR, *Displacement, Statelessness and Questions of Gender Equality under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, August 2009, PPLAS/2009/02, disponibile all'indirizzo: <http://www.refworld.org/docid/4a8aa8bd2.html>. Si veda anche R. Goviland e A. Edwards "Women, Nationality and Statelessness: the problem of unequal rights", in A. Edwards e L. van Waas, *Nationality and Statelessness*, cit., p. 169 ss.

⁶⁰⁰ Tale sistema fu praticato anche in Italia dal regime fascista nei confronti degli esuli antifascisti ed, infatti, in polemica con quel passato, l'art. 22 Cost. prevede il divieto di ogni perdita della cittadinanza italiana per motivi politici.

⁶⁰¹ BBC News, Middle East, "Bahrain revokes the nationality of 72 people", 31 January 2015, disponibile all'indirizzo: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-31075216>.

⁶⁰² Ad esempio, la sentenza del Tribunale di Roma del 10 gennaio 2012 n. 375, riconosce lo *status* di apolide ad una donna nata in Azerbaijan e sposata ad un cittadino dell'ex URSS, che non ha acquisito né la cittadinanza azeta né quella della nuova Federazione Russa.

⁶⁰³ *European Convention on the Avoidance of Statelessness in Relation to State Succession*, CETS 200, 15 March 2006 (non ancora entrata in vigore), richiamata da A. Edwards e L. van Waas, "Introduction", in A. Edwards e L. van Waas, *Nationality and Statelessness*, cit., p. 3.

mutasse in questo modo la composizione della popolazione *in loco*⁶⁰⁴. La soluzione di questioni riguardanti la cittadinanza è stata fondamentale anche per la fine del conflitto tra Etiopia ed Eritrea e per la nascita, nel 2011 dello Stato del Sud Sudan⁶⁰⁵.

Tutte queste persone rientrano nella definizione convenzionale appena ricostruita, possono essere *de iure* qualificati come “apolidi” ed usufruiscono del trattamento loro riservato dalla menzionata Convenzione del 1954⁶⁰⁶. Esso in parte è parificato a quello riservato ai cittadini: libertà di religione, diritto alla proprietà industriale ed artistica, diritto all’educazione primaria, all’accesso alla giustizia, alla sicurezza e ad eque condizioni di lavoro. Per altri versi, è lo stesso che lo Stato riserva agli stranieri, in particolare riguardo alla libertà di movimento⁶⁰⁷. Tra le disposizioni contenute nella Convenzione sullo statuto degli apolidi nessuna disciplina espressamente l’ingresso di tali individui nel territorio degli Stati contraenti, non essendo neppure prevista un’esenzione dalle norme penali statali che eventualmente puniscano l’ingresso irregolare, invece prevista per i rifugiati dall’art. 31 della Convenzione di Ginevra. Si applicano, pertanto, le norme che disciplinano l’entrata di qualsiasi straniero. Per quanto ci interessa più da vicino, è importante sottolineare che, in caso di regolare residenza sul territorio da parte di un apolide, lo Stato può esercitare il proprio potere di espulsione dal territorio esclusivamente in caso di pericolo per la sicurezza o l’ordine pubblico riconnesso alla sua presenza⁶⁰⁸, e comunque dopo aver fornito all’apolide idonei titoli identificativi e di viaggio⁶⁰⁹. Naturalmente la possibilità astratta di un’espulsione non esclude che ci possano essere numerosi problemi pratici nell’eseguire l’allontanamento dell’apolide dal territorio, giacché è difficile immaginare un trasferimento dal territorio senza il preventivo consenso di almeno uno Stato di destinazione.

Esiste però, un’ampia categoria di individui che non gode dei diritti riconosciuti dallo strumento: sono gli apolidi *de facto*. L’apolidia *de facto*, nozione criticata da parte della dottrina per l’assenza di appigli giuridici⁶¹⁰, è stata tradizionalmente connessa alla nozione di *effective nationality*. Discussioni in merito hanno investito la possibilità di indicare come apolidi *de facto* anche persone che si trovano all’interno del proprio Stato di nazionalità. Tuttavia, si è notato che la nozione stessa di apolide *de facto* ricollega l’apolidia all’impossibilità del singolo di godere degli effetti positivi di un’azione del proprio Stato rivolta alla protezione dei propri cittadini all’estero. In altre parole, la circostanza di trovarsi all’estero è intrinsecamente parte della nozione di apolidia di fatto: è in concreto privo di cittadinanza colui che non può ottenere protezione in via diplomatica o consolare, o essere altrimenti assistito e che non può far ritorno nel proprio

⁶⁰⁴Perin e Bonetti, *Scheda pratica*, par. 1.

⁶⁰⁵Si veda K. Southwick, “Ethiopia- Eritrea: Statelessness and State Succession”, in *Forced Migration Review*, vol. 32, 2009, pp. 15-17 e UNHCR, “Khartoum symposium discusses citizenship ahead of referendum. News Stories”, 9 November 2010, all’indirizzo <http://www.unhcr.org/4cd981529.html>.

⁶⁰⁶ E’ stata ratificata solo da 65 Stati.

⁶⁰⁷ Art. 26

⁶⁰⁸ Art. 31. Giulia Perin, “Lacune normative ad alto costo umano: l’apolidia in Italia”, in *DIC*, n. 3, 2012, apre ad una riflessione sulla “possibilità” dell’espulsione di persone riconosciute apolide, a fronte dell’inesistenza di un corrispondente obbligo di ammissione in capo ad altri Stati.

⁶⁰⁹ Art. 27 e 28.

⁶¹⁰ L. Van Waas, “The UN Statelessness Convention”, in A. Edwards e L. van Waas, *Nationality and Statelessness*, cit., p. 75.

Paese⁶¹¹. In particolare, il criterio distintivo per individuare l'esistenza di una situazione di apolidia *de facto* è l'impossibilità per il cittadino di fare ritorno al proprio Paese. Infatti, gli altri indici non hanno la stessa pregnanza: nessuno Stato è mai obbligato ad agire in protezione od assistenza dei propri cittadini all'estero, mentre certamente deve permettere loro di far ritorno sul territorio.

Non vi è nessun regime convenzionale che obbliga gli Stati a fornire protezione agli apolidi *de facto* in quanto tali, nonostante alcune raccomandazioni contenute nel *Final Act* della Convenzione per la riduzione dell'apolidia del 1961 che "recommends that person who are stateless de facto should as far as possible be treated as stateless de iure to enable them to acquire an effective nationality"⁶¹² e nella Raccomandazione adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla Cittadinanza dei Bambini che chiede agli Stati membri di trattare "children who are factually stateless, as far as possible, as legally stateless with respect to the acquisition of nationality"⁶¹³. Perciò, agli apolidi non legalmente riconosciuti lo Stato è libero di applicare il regime generale che disciplina la situazione dello straniero, in ossequio al principio che vieta ingiustificate discriminazioni. Si può, di conseguenza, affermare che gli apolidi *de facto* non sono titolari di alcun diritto *ratione personae* che limita la discrezionalità statale nell'esercizio di una loro esclusione dal territorio.

Però, se un soggetto è veramente riconosciuto o considerato come apolide, o comunque se non è possibile accertarne la cittadinanza di origine per mancanza di qualsiasi documentazione di identificazione, è tecnicamente impossibile procedere all'espulsione. Ciò non per ossequio allo *status* di apolide, ma perché l'espulsione non è eseguibile fino a quando non sia possibile dimostrare la cittadinanza. Infatti, la polizia di frontiera del Paese di destinazione non è tenuta a prendere in consegna la persona fino a quando non sia dimostrato che questa non ha la cittadinanza di quel Paese. E' per questo che, più in generale, grazie agli accordi di cooperazione in materia di immigrazione e di lotta all'immigrazione clandestina la collaborazione tra gli uffici consolari è sempre più intensa: proprio accelerando le procedure di identificazione degli espellendi e quindi, attraverso il rilascio del certificato di identità consolare per chi è privo di passaporto, è possibile consentire tecnicamente l'esecuzione del provvedimento di espulsione. A tali accordi si aggiungono gli accordi di riammissione bilaterali che vengono stipulati con i Paesi di provenienza e di transito di migranti che riguardano tutte le persone che non soddisfano i requisiti per l'ingresso ed il soggiorno negli Stati contraenti, secondo procedure che sono diverse a seconda dell'accordo. Anche gli apolidi *de facto* sono interessate alla riammissione nei Paesi contraenti, che non dipende dalla cittadinanza⁶¹⁴.

⁶¹¹ La discussione si è svolta nell'ambito dell'*expert meeting* svoltosi a Prato nel 2010.

⁶¹² Mentre la Convenzione del 1954 limitava il campo di azione della raccomandazione a coloro che potessero essere qualificati apolidi di fatto per aver rinunciato alla propria cittadinanza a causa di valide ragioni.

⁶¹³ CM/Rec (2009)13

⁶¹⁴ La stipula e l'attuazione degli accordi di riammissione tra gli stati europei e paesi terzi, di origine o transito, è stata pesantemente criticata sia sotto il profilo della mancanza di trasparenza (spesso si tratta di accordi solamente inter-governativi, senza vaglio parlamentare) che dal punto di vista del loro contenuto. Essi vengono direttamente collegati alla pratica della detenzione amministrativa realizzata nei Paesi di provenienza e transito dei flussi per bloccare i migranti. Attraverso gli accordi di riammissione, negli anni, sono stati finanziati nuovi centri di detenzione in tutti i principali Paesi di transito e di origine, all'interno dei quali non vi è alcuna garanzia che gli standard minimi dei diritti umani siano rispettati, come denunciato da diverse organizzazioni non

Ovviamente, un trattamento diverso meritano quegli apolidi *de facto* che, non potendo usufruire di protezione dello Stato di cittadinanza né farvi ritorno a causa di una persecuzione ivi subita, possono essere anche qualificati come rifugiati⁶¹⁵.

27. Il divieto di allontanamento di “stranieri” in senso esclusivamente formale

Alcuni individui possono definirsi “stranieri” in senso esclusivamente formale. E’ incontestato che l’attribuzione a certe categorie di stranieri di uno *status* simile alla cittadinanza, così come la scelta in ordine ai criteri di concessione di quest’ultima, si espliciti nell’ambito della *domestic jurisdiction* degli Stati, i quali sono, come visto nel primo Capitolo, in linea di principio liberi di determinare la propria popolazione⁶¹⁶. Tuttavia, si è anche visto come l’ordinamento internazionale imponga dei limiti a questo potere, che spesso prelude a decisioni di esclusione dal territorio di gruppi di persone in violazione del diritto internazionale.

A partire da queste considerazioni, alcuni autori hanno progressivamente equiparato ai cittadini quella categoria di stranieri il cui legame con il territorio e l’organizzazione dello Stato di residenza sia dotato di permanenza e pregnanza tali che l’estraneità allo Stato sia solo formale. Così, sarebbero titolari di

governative. Sugli accordi di riammissione nel Mediterraneo: Cassarino J. (ed.) , *Unbalanced Reciprocities: Cooperation on Readmission in the Euro-Mediterranean Area*, Washington, The Middle East Institute, 2010, anche per altri riferimenti. In relazione alla recente critica fatta ad alcuni Stati europei, tra cui l’Italia, di portare avanti trattative con il regime dittatoriale eritreo al fine di concludere un accordo di riammissione si veda: “EU states in ‘deals to shut Eritrean borders’”, in *The Guardian*, 13 giugno 2015, all’indirizzo www.theguardian.com.

⁶¹⁵ Nei loro confronti, come è ovvio, si applica il regime previsto a Ginevra, su cui si è già ampiamente detto, qualora il motivo di persecuzione faccia sorgere lo *status* di rifugiato. G.S. Goodwin-Gill e J. McAdam si pongono il problema di un’errata formulazione nel testo dell’art. 1 (A). par. 2, della Convenzione del 1951 che “appears not to apply the -well founded fear- requirement in the same way to those with and those without a nationality. If interpreted literally (...) the effect would be that a stateless person outside his or her country of former habitual residence for a reason other than a Convention reason and unable to return to it for whatever reason other than Convention reason would by definition be a refugee.” per concludere, però, che “no substantial difference is intended between stateless and other refugees” (*The Refugee...*, cit., p. 69). Le medesime considerazioni riguardano gli apolidi di fatto che abbiano requisiti per l’ammissione a *status* complementari, come la protezione sussidiaria nella UE. Ma, se tutti i rifugiati, non potendo di fatto tornare nel proprio Paese di origine, della cui protezione non possono godere, sono in pratica apolidi, non è vero il contrario: molti apolidi non sono affatto in fuga dal loro Paese, o se lo sono, non è detto che sia per via di una persecuzione, politica, religiosa, etnica o a causa della loro appartenenza sociale, o per via di altre situazioni idonee ad ammetterli alla protezione complementare.

⁶¹⁶ Trattamenti speciali possono essere riservati a categorie di stranieri in base ad obblighi di tipo pattizio, come quelli derivanti dall’appartenenza all’Unione europea che attribuisce ai cittadini dell’Unione il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (art. 21 TFUE, art. 45 Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea). Con la Direttiva 2004/38 CE del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (...), i cittadini dell’Unione europea possono essere allontanati da uno stato membro solo se sussistano motivi di sanità pubblica, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale. La cittadinanza dell’Unione attribuisce al cittadino dello Stato membro un vero e proprio *status* complementare.

un diritto a non essere allontanati gli stranieri che avrebbero acquisito un diritto al soggiorno permanente secondo la legislazione dello Stato ospite⁶¹⁷.

Dall'estremo opposto, ci si è posti il problema di disciplinare il potere statale di esclusione dal territorio di coloro che siano "stranieri" solo perché *arbitrariamente* privati dalla loro cittadinanza da parte dello Stato di origine. La privazione della cittadinanza è operazione prevista in numerose legislazioni nazionali per tradizionali motivi, ricomprendenti lo svolgimento di servizio civile o militare in un altro Stato, il tradimento, la diserzione dalle forze armate, le false dichiarazioni nelle richieste di naturalizzazione e la prolungata residenza all'estero (particolarmente volta ad evitare obblighi di pubblico servizio). Al giorno d'oggi, seppure sia cresciuta l'attenzione degli Stati sul problema dell'apolidia e gli interventi in favore della sua riduzione, a giustificazione del potere di privazione della cittadinanza si fanno strada nuove ragioni, sorrette da nuovi consensi, ad esempio nei confronti dei cittadini che vengono riconosciuti come "terroristi"⁶¹⁸. Pertanto, sebbene gli sforzi siano profusi nel tentativo di ridurre il campo di applicazione⁶¹⁹, l'esistenza di un potere in astratto di privare il cittadino della propria cittadinanza non sembra essere in discussione nel diritto internazionale⁶²⁰.

Anche il diritto dell'Unione europea riconosce in capo agli Stati membri il potere di privazione della cittadinanza, ancorché la conseguenza sia di renderli apolidi, ancorché l'operazione possa essere valutata illecita sotto la lente del diritto internazionale ed europeo⁶²¹. L'illiceità internazionale risiede nel contrasto

⁶¹⁷H. Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 58-59; R. Plender, *International Migration Law*, cit., p. 147; P. Braasch, "Deportation of Foreign National s Under Article 12 (4) of the International Covenant on Civil and Political Rights", in *GerYIL*, vol. 53, 2010, p. 981.

⁶¹⁸ Si veda, ad esempio *l'Immigration Act* del 14.5.2015 che modifica in tal senso la legge sulla cittadinanza inglese.

⁶¹⁹ *Report of Secretary-General of Human Rights Council*, presentato il 19.12.2013 all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, A/CCPR/25/28: "Any interference with the enjoyment of nationality has a significant impact on the enjoyment of rights.⁶¹⁹ Therefore, loss or deprivation of nationality must meet certain conditions in order to comply with international law, in particular the prohibition of arbitrary deprivation of nationality. These conditions include serving a legitimate purpose, being the least intrusive instrument to achieve the desired result and being proportional to the interest to be protected.⁶¹⁹ Where loss or deprivation of nationality leads to statelessness, the impact on the individual is particularly severe. International law therefore strictly limits the circumstances in which loss or deprivation of nationality leading to statelessness can be recognized as serving a legitimate purpose." p. 4. Il *Report* elenca poi una serie di ragioni per le quali, a certe condizioni, è oggi ammessa la privazione della cittadinanza, tra cui la frode, il compimento di atti seriamente pregiudizievoli ad interessi vitali dello Stato, il compimento di gravi crimini.

⁶²⁰ "Existing practice and jurisprudence does not support a general rule that deprivation of nationality is illegal", I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., p. 394. "It cannot be questioned that States are entitled to provide in their laws for the loss of their nationality by their own nationals resident within their territory and, in particular, to deprive them of their nationality unilaterally", P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd ed., Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1979, p. 125.

⁶²¹ *Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*, Case C-369/90, Judgment of 7 July 1992, par. 10; *Janko Rottman v. Freistaat Bayern*, Case C-135/08, Judgment of 2 March 2010, par. 56. Altri casi in cui sono stati valutati dalla Corte europea gli effetti della perdita/acquisto della cittadinanza dell'Unione, interessanti anche sotto il profilo del carattere transfrontaliero della situazione da regolare nell'applicazione del diritto, sono il caso *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi*, Case C-34/09, Judgment of 8 March 2011; *Murat Dereci and Others v Bundesministerium für Inneres*, Case C-256/11, Judgment of 15 November 2011; *Shirley McCarthy v Secretary of State for the Home Department*, Case C-434/09, Judgment of 5

con numerosi principi e norme dell'ordinamento internazionale, che si inseriscono nella disciplina del fenomeno sulla scorta della fondamentale dimensione internazionalistica che assume il vincolo di cittadinanza⁶²². Queste norme e principi sono: l'abuso di diritto nella privazione arbitraria di cittadinanza, il principio di non discriminazione⁶²³, l'evasione di obblighi internazionali ed il divieto di privazioni collettive o di massa della cittadinanza⁶²⁴.

Secondo alcuni autori, le pronunce in tal senso potrebbero segnare l'inizio di un processo di erosione della competenza nazionale in materia di attribuzione e revoca della cittadinanza⁶²⁵. D'altronde, la prassi e dottrina internazionale sono già da tempo orientate nel ritenere che se la privazione della cittadinanza riveste il carattere dell'arbitrarietà essa è internazionalmente illecita. L'arbitrarietà si rinviene sia quando la decisione viene attuata senza alcuna base nella legge sia quando non si fonda su una causa legittima⁶²⁶. E' evidente che in assenza di un vincolo causale è lo scopo a rilevare: la privazione del vincolo di cittadinanza è arbitraria quando è condotta al solo fine di favorire l'espulsione di un individuo dal territorio⁶²⁷.

La Commissione arbitrale Eritrea-Etiopia statui, nel 2004, che la denazionalizzazione di cittadini etiopi aventi acquisito anche la cittadinanza Eritrea (a seguito della partecipazione al *Referendum* per l'autonomia eritrea svoltosi nel 1993) non fosse internazionalmente illecita perché prevista dalla legge di cittadinanza etiope del 1930, a patto, però, che non fosse stata condotta su basi arbitrarie, ma si fosse imposta per

May 2011; *The Queen, on the application of Sean Ambrose McCarthy, Helena Patricia McCarthy Rodriguez, Natasha Caley McCarthy Rodriguez v Secretary of State for the Home Department*, Case C-202/13, Judgment of 18 December 2014.

⁶²² "Every state possesses, in principle, exclusive competence to determine the rules relative to the acquisition and loss of its nationality. This wide discretion, however, is not unlimited, but is restricted by duties arising from agreements with other states, and by the general principles of international law", L. Preuss, "International Law...", cit., p. 254. Si vedano anche: I. Brownlie, *Principles of Public...*, cit., p. 373; R. Jennings, "International Law, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit.: "Since nationality is essentially a claim to jurisdiction over the national, and a jurisdiction moreover not necessarily limited to territorial presence, it follows that it has an important international dimension and must therefore to some extent be a matter governed by international law" (p. 1175).

⁶²³ Si veda, ad esempio, IACtHR, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion, OC-4/84, January 19, 1984, Ser. A No. 4, par. 38.

⁶²⁴ Si veda il Memorandum emesso dal Segretariato dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, cit., pp. 511-519.

⁶²⁵ Si vedano gli interventi nel quadro dell'osservatorio "Has the European Court of Justice challenged Member State Sovereignty in Nationality Law?" (<http://eudo-citizenship.eu>)

⁶²⁶ Si veda il *Partial Award Civilian Claims, Eritrea' claims 15, 16, 23, y 27- 32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Decision of 17 December 2004* dell'*Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, par. 60. La Commissione considera anche internazionalmente illegittima la privazione della cittadinanza che abbia come conseguenza l'apolidia dell'individuo.

⁶²⁷ "In so far as the prohibition to expel nationals exists, it extends to cases of denationalization, whereby a State first deprives an individual of his or her nationality and then proceeds to an expulsion. Otherwise the prohibition of expulsion could be easily circumvented", G. Gaja, "Expulsion of Aliens...", cit., p. 292. "One means by which a state could avoid its obligations to accept the repatriation of its nationals or not to expel them is to strip them of their citizenship", H. Hannum, *The Right to Leave...cit.*, p. 61. La privazione della cittadinanza al solo scopo di espulsione è stata dichiarata illecita rispetto all'art. 3 del 4° Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali anche dalla Commissione Europea nella decisione *X v. Federal Republic of Germany*, Application n. 3745/ 68, del 15 dicembre 1969. Tuttavia nel caso concreto non vi era prova del nesso causale tra privazione della cittadinanza ed esecuzione dell'espulsione.

esigenze di sicurezza nazionale volte ad allontanare cittadini di uno “stato nemico”. Infatti, la Commissione condannò l’Etiopia sia nel caso di privazione della cittadinanza ed espulsione di cittadini aventi doppia nazionalità che non si fossero dimostrati “pericolosi” per l’ordine pubblico (in violazione del principio di arbitrarietà) che nel caso di denazionalizzazione ed espulsione di cittadini solo etiopi di origine eritrea (in palese violazione del principio di discriminazione)⁶²⁸.

Ai limiti accennati alla possibilità di denazionalizzazione di cittadini si aggiunge l’impegno alla riduzione dell’apolidia⁶²⁹, che normalmente non si considera ostativo in senso assoluto perché l’apolidia, per quanto indesiderabile, non è uno *status* vietato dal diritto internazionale⁶³⁰. Coloro i quali siano stati illecitamente privati della cittadinanza possono, quindi, essere considerati stranieri solo in un senso formale e non possono essere allontanati dal territorio.

La loro posizione si accumuna per certi versi a coloro a cui viene negato *ex ante* il godimento del contenuto di uno *status* che dovrebbe loro spettare in base al diritto interno, tra cui il diritto a non essere allontanati dal territorio: anch’essi possono essere considerati “sostanzialmente cittadini”. La decisione del Comitato per i Diritti Umani nel caso *Stewart v. Canada*⁶³¹, riguardante un cittadino britannico da lungo tempo residente in Canada, mette in luce come l’espressione contenuta nell’art. 12 del Patto sui diritti civili e politici, che vieta l’esclusione di un individuo da “his own country”, debba essere intesa in senso diverso rispetto a “country of nationality”. Secondo il Comitato, la disposizione deve essere interpretata congiuntamente all’art. 13, che vieta l’espulsione di stranieri legalmente residenti, con l’effetto di dotare certi stranieri di un vero e proprio diritto alla permanenza sul territorio:

“It would thus appear that "his own country" as a concept applies to individuals who are nationals and to certain categories of individuals who, while not nationals in a formal sense, are also not "aliens" within the meaning of article 13, although they may be considered as aliens for other purposes. What is less clear is who, in addition to nationals, is protected by the provisions of article 12, paragraph 4. Since the concept "his own country" is not limited to nationality in a formal sense, that is, nationality acquired on birth or by conferral, it embraces, at the very least, an individual who, because of his special ties to or claims in relation to a given country cannot there be considered to be a mere alien. This would be the case, for example, of nationals of a country who have there been stripped of their nationality in violation of international law and of individuals whose country of nationality has been incorporated into or transferred to another national entity whose nationality is being denied them. In short, while these individuals may not be

⁶²⁸ *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award...cit.*, Decision of 17 December 2004. La circostanza che l’espulsione collettiva avvenne in tempo di guerra verrà considerata nell’ambito del prossimo paragrafo.

⁶²⁹ Su cui si veda *supra*, il paragrafo precedente che tratta della Convenzione del 1961.

⁶³⁰ P. Weis, “Nationality”...cit, p. 125; R. Hofmann, “Denationalization and Forced Exile”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., pp. 1001, 1006.

⁶³¹ *Charles E. Stewart v. Canada*, Communication No. 538/1993, 8th November 1996. La decisione del Comitato negherà la violazione degli articoli del Patto invocati dal ricorrente argomentando che lo stesso, non avendo chiesto la cittadinanza, ha inteso rinunciare ai diritti derivategli dallo *status*.

nationals in the formal sense, neither are they aliens within the meaning of article 13. The language of article 12, paragraph 4, permits a broader interpretation, moreover, that might embrace other categories of long-term residents, particularly stateless persons arbitrarily deprived of the right to acquire the nationality of the country of such residence.⁶³²»

Nel passo riportato l'organo delle Nazioni Unite si schiera apertamente a favore di un'interpretazione del divieto di esclusione dal territorio dei cittadini che abbracci sia coloro che siano stati arbitrariamente privati della loro cittadinanza, di cui si è appena parlato, sia i residenti di lungo periodo a cui la concessione dello *status* sia stata arbitrariamente negata. Rispetto ai secondi, Giorgio Gaja, seppur ritenendo la materia controversa, crede che, superando la lettera dell'art. 12, par. 4 del Patto, la pronuncia ammetta due differenti gruppi di persone a considerare uno Stato come "his own": i cittadini e i residenti abituali, in riferimento ai quali, quindi, lo Stato di residenza dovrebbe condividere siffatta caratteristica con lo Stato di cittadinanza⁶³³. Anche Jennings e Watts scrivono: "It (a State) may assimilate certain aliens to its own nationals, so affecting its powers under its own laws to expel them ..."⁶³⁴. La concreta aspettativa, in base al diritto interno, di ottenimento del legame di cittadinanza potrebbe abilitare, di conseguenza, queste persone al godimento di facoltà alla medesima riconnesse, quali lo stanziamento nel territorio dello Stato. Ciò in base ad una norma internazionale forse in via di definizione.

E' necessario, però, dar conto di un orientamento maggiormente restrittivo della giurisprudenza sia del Comitato, in casi diversi⁶³⁵, sia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: va poi considerato che il Protocollo 4 alla CEDU e la Convenzione americana specificano che la garanzia contro un allontanamento dal territorio spetta solo ai cittadini in senso esclusivamente formale. Infatti tali disposizioni si riferiscono direttamente ai "cittadini", mentre l'art. 12 del Patto recita: "nessuno può essere arbitrariamente privato del diritto di entrare nel *proprio* paese", con ciò lasciando margine interpretativo sul significato di *proprio*. In particolare nella giurisprudenza CEDU, la tutela degli stranieri lungo-residenti si è dispiegata sotto l'alveo della protezione contro provvedimenti di allontanamento dal territorio lesivi dell'art. 8 CEDU (su cui, *infra*). Al contrario, non è compiuto il processo volto a parificarli a cittadini e, perciò, ad ammetterli sul territorio in virtù di uno *status*.

⁶³² *Ibidem*, parr. 12.3 e 12.4.

⁶³³ G. Gaja, "Expulsion of Aliens...", cit., p. 293.

⁶³⁴ R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., p. 940.

⁶³⁵ Nel caso *Madafferi and Madafferi v. Australia*, deciso dal Comitato per i diritti umani il 26.8.2004 (comunicazione n. 1011/2001), però, i vari elementi di radicamento in Australia presentati dal ricorrente, tra cui la cittadinanza della moglie e dei figli, il radicamento del suo nucleo familiare, la titolarità di un'impresa in Australia, non sono stati ritenuti sufficienti ai fini del riconoscimento di un suo diritto a non essere allontanato dal territorio.

28. La tutela del diritto alla vita e le sue declinazioni

a. Il divieto di esporre una persona al rischio di perdere la vita

Numerose disposizioni convenzionali di diritto internazionale vietano agli Stati membri di ledere il diritto alla vita dell'individuo, tra i quali spicca l'art. 6 del Patto sui Diritti Civili e Politici. Come conseguenza, in caso di allontanamento di una persona da parte di uno Stato dal proprio territorio, per espulsione o respingimento o a qualsivoglia titolo, si è posto il problema se gli Stati contraenti abbiano l'obbligo di evitare che la persona del cui allontanamento si tratta sia esposta al rischio di subire una violazione del diritto alla vita in uno Stato terzo. Ci si chiede poi se sia possibile per gli Stati contraenti giustificare l'espulsione di un individuo, a scapito del diritto alla vita, con riferimento a rischi per la sicurezza pubblica od ordine pubblico: la condotta della persona potrebbe non avere alcun rilievo sul divieto di consegnare la stessa ad uno Stato in cui essa correrebbe un serio rischio per la propria vita, che è assoluto⁶³⁶. Un altro problema riguarda infine la possibilità di giustificare l'allontanamento di uno straniero, compiuto in ossequio ad un obbligo di consegna previsto da un trattato bilaterale di riammissione in vigore con il Paese richiedente, anche in relazione alle fattispecie in cui viene in gioco il respingimento di migranti⁶³⁷.

Il meccanismo di tutela del diritto dell'individuo che prevede il diritto internazionale in queste situazioni è lo stesso elaborato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo in relazione alla responsabilità per violazione dell'art. 3 della Convenzione (divieto di tortura o trattamenti inumani o degradanti), il quale è stato applicato dalla Corte anche all'art. 2 (diritto alla vita): un Paese parte della Convenzione che consegni un individuo ad un altro Stato può essere chiamato a rispondere di eventuali violazioni di diritti convenzionalmente tutelati che l'individuo subisca nello Stato di consegna⁶³⁸. Si può considerare responsabile per la violazione dell'art. 2 della CEDU lo Stato contraente che, con la sua condotta attiva, determini la sottoposizione di una persona alla giurisdizione di uno Stato nel quale la sua vita è da sottoposta a gravi ed imminenti minacce, anche provenienti da privati se le autorità non possano offrirle adeguata protezione⁶³⁹. In concreto, appare più probabile che casi di questo tipo siano esaminati dalla Corte di

⁶³⁶ *Ahmed*, cit., par. 41; *Saadi v. Italy*, GC, Application No. 37201/06, Judgment of 28 February 2008, par. 127. Il rischio deve essere valutato con riguardo alla situazione generale degli Stati verso i quali le persone dovrebbero essere inviate, ma anche alle condizioni individuali delle persone di cui si tratta: *Saadi...cit.*, par. 130

⁶³⁷ G. Palmisano, "Il trattamento del migrante clandestino", in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Atti del XIV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (Bari, 18-19 giugno 2009), Napoli, Ed. Scientifica, 2010, pp. 289-321.

⁶³⁸ P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale...cit.*, p. 24

⁶³⁹ *Ahmed...cit.*

Strasburgo sotto il profilo del rischio di subire tortura o trattamenti inumani e degradanti; in queste fattispecie, peraltro, i due articoli sono frequentemente stati invocati in modo congiunto⁶⁴⁰.

L'adesione alla CEDU, quindi, sicuramente amplia il novero dei limiti al potere di esclusione dello Stato membro nei confronti di tutti gli individui la cui vita sarebbe seriamente minacciata dall'allontanamento.

Ma anche gli Stati del continente americano sembrano dover tenere in considerazione la minaccia di una violazione al diritto alla vita dell'individuo al momento della decisione sulla loro ammissione nel territorio: la Commissione interamericana per i diritti dell'uomo si è pronunciata sulla prassi di respingimento di *boat people* haitiani da parte degli Stati Uniti individuando una violazione dell'art. 1 della Dichiarazione americana sui diritti e doveri dell'Uomo⁶⁴¹, indipendentemente dalla qualifica o meno di tali persone come richiedenti asilo⁶⁴².

b. Il divieto di esporre una persona al rischio di pena capitale

L'art. 2 CEDU (diritto alla vita) viene letto anche in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo n. 13 (abolizione della pena di morte). La Corte europea ha recentemente statuito che,

“in respect of those States which are bound by it, the right under Article 1 of Protocol No. 13 not to be subjected to the death penalty, which admits of no derogation and applies in all circumstances, ranks along with the rights in Articles 2 and 3 as a fundamental right, enshrining one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe”⁶⁴³.

Inoltre, secondo la Corte di Strasburgo, considerato l'alto numero di ratifiche al Protocollo 13 (42 su 47 membri del Consiglio di Europa), e la prassi generalizzata di rispetto da parte degli Stati della moratoria contro la pena di morte: “(they) are strongly indicative that Article 2 has been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances⁶⁴⁴”. Agli Stati contraenti della CEDU è vietato, quindi, respingere o espellere una persona verso uno Stato nel quale ci siano ragionevoli motivi per temere che subisca un rischio

⁶⁴⁰ *Al-Sadoon and Mufdhii v. United Kingdom*, Application No. 61498/08, Judgment of 2 March 2010, par. 145; *Ben Khemais and others v. Italy*, Application No. 246/07, Judgment of 24 February 2009, par. 66; *M.S.S. v. Belgium and Greece*, GC, Application No. 30696/09, Judgment of 21 January 2011; *Kaboulov v. Ukraine*, Application No. 41015/04, Judgment of 19 November 2009, par. 99: “If an extraditing State knowingly puts the person concerned at such high risk of losing his life as for the outcome to be near certainty, such an extradition may be regarded as “intentional deprivation of life”, prohibited by Article 2 of the Convention”.

⁶⁴¹ *Haitian Interdictions Case*, cit., par. 168. Si vedano anche i casi *Hugo Armendáriz v. United States*, Report No. 57/06, Petition 526-03, Admissibility, 20 July 2006 e *Marino López et al. (Operation Genesis) v. Colombia*, Report No. 86/06, Petition 499-04, Admissibility, 21 October 2006.

⁶⁴² *Ibidem*, par. 169.

⁶⁴³ *Al-Sadoon and Mufti v. United Kingdom*, cit., par. 118.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, par. 120.

di sottoposizione a pena capitale, in quanto trattamento contrario all'art. 2 CEDU. Anche nel caso in cui sussista un accordo di rimissione bilaterale gli Stati possono essere chiamati a rispondere per l'allontanamento illecito: le eventuali assicurazioni da parte dello Stato in cui vige la pena di morte in base alle quali la pena capitale non sarà eseguita sono sottoposte da parte della Corte europea ad una stringente verifica.

A livello universale, a causa delle diverse tradizioni sociali e giuridiche delle comunità del globo, il panorama è sicuramente più vario. Numerosi Stati ancora mantengono nella loro legislazione penale la sanzione capitale, mentre molti ancora eseguono frequentemente sentenze di morte.

Negli ultimi vent'anni la giurisprudenza del Comitato per i diritti umani ha intrapreso un drastico cambio di direzione, rilevando il sorgere di un obbligo, per gli Stati che abbiano abolito la pena di morte, di far sì che la persona non subisca la pena capitale, anche per opera di altri Stati. Di conseguenza, secondo il Comitato, gli Stati abolizionisti non possono allontanare un individuo qualora sia possibile prevedere il sopraggiungere di una sentenza di morte negli Stati verso cui opera l'allontanamento, in carenza di garanzie che essa non venga eseguita⁶⁴⁵. Quest'obbligo sussiste in capo ad alcuni Stati per via della mera situazione fattuale di aver abolito la pena di morte al loro interno, anche senza la necessità di essere parti di un trattato internazionale rivolto a tale scopo.

Non era così fino agli anni Novanta, quando il Comitato escludeva violazioni dell'art. 6 del Patto nel caso di estradizioni ed espulsioni "non protette", sulla base dell'assunto che lo stesso art. 6, par. 2, prevedeva di fatto la possibilità che la pena di morte venisse irrogata ed eseguita, seppur a certe condizioni⁶⁴⁶. Secondo il

⁶⁴⁵ Il cambio di indirizzo si ha con la pronuncia *Judge v. Canada*, HRC, Communication No. 829/1998, Views of 20 October 2003: "While recognizing that the Committee should ensure both consistency and coherence of its jurisprudence, it notes that there may be exceptional situations in which a review of the scope of application of the rights protected in the Covenant is required, such as where an alleged violation involves that most fundamental of rights – the right to life - and in particular if there have been notable factual and legal developments and changes in international opinion in respect of the issue raised. The Committee is mindful of the fact that the abovementioned jurisprudence was established some 10 years ago, and that since that time there has been a broadening international consensus in favour of abolition of the death penalty, and in states which have retained the death penalty, a broadening consensus not to carry it out. (...) In reviewing its application of article 6, the Committee notes that, as required by the Vienna Convention on the Law of Treaties, a treaty should be interpreted in good faith and in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. Paragraph 1 of article 6, which states that "Every human being has the inherent right to life...", is a general rule: its purpose is to protect life. States parties that have abolished the death penalty have an obligation under this paragraph to so protect in all circumstances. Paragraphs 2 to 6 of article 6 are evidently included to avoid a reading of the first paragraph of article 6, according to which that paragraph could be understood as abolishing the death penalty as such." parr. 10.3 e 10.4; si veda anche *Yin Fong v. Australia*, Communication No. 1442/2005, Views of 23 October 2009, par. 9.4

⁶⁴⁶ Tra cui il rispetto dell'art. 7 volto alla prevenzione della tortura e della sottoposizione a trattamenti crudeli, disumani e degradanti. Nell'esecuzione della sentenza capitale mediante intossicazione con il gas la Commissione ha ravvisato una violazione dell'art. 7: *Ng v. Canada*, HRC, Communication No. 469/1991, Views of 7 January 1994.

Comitato, la norma convenzionale prescriveva esclusivamente di astenersi da privazioni della vita dal carattere *arbitrario*⁶⁴⁷.

Il mutamento di giurisprudenza non è stato sorprendente: gli organi delle Nazioni Unite hanno sempre incoraggiato gli Stati membri alla progressiva abolizione della pena di morte, sia con dichiarazioni del Comitato per i diritti dell'Uomo⁶⁴⁸ che tramite la risoluzione n. 62/149 dell'Assemblea Generale, votata il 18 dicembre del 2007, che raccomanda una moratoria contro il ricorso alla pena capitale. Ciononostante, questi strumenti non sono di carattere vincolante, e la persistenza di condanne capitali in numerosi Paesi del mondo testimonia contro l'esistenza di una norma di carattere consuetudinario contenente una proibizione della pena di morte.

Non si può quindi affermare che tutti gli Stati siano vincolati alla tutela del diritto alla vita dello straniero al momento di decidere sulla sua permanenza nel territorio, ivi compresa la tutela contro privazioni della vita che siano di carattere non arbitrario, quali una sentenza di condanna a morte. Eppure, come dimostrato dalla citata giurisprudenza del Comitato delle Nazioni Unite, il diritto internazionale su questo punto è in evoluzione. In particolare, è attualmente oggetto di discussione l'esistenza di una norma internazionale generale gravante sugli Stati che hanno abolito la pena di morte nel senso di vietare qualsiasi tipologia di allontanamento di uno straniero che corra il rischio di esservi sottoposto, senza prima aver ricevuto dallo Stato di destinazione assicurazioni sul fatto che essa non verrà applicata. Lo *Special Rapporteur* della Commissione di Diritto Internazionale in tema di *Expulsion of Aliens*, Maurice Kamto, aveva inizialmente formulato in questi termini il progetto di articolo relativo al rispetto del diritto alla vita dello straniero. L'articolo 9, par. 2 del Progetto vincolava gli Stati abolizionisti a proteggere lo straniero anche verso lesioni del diritto alla vita certamente non arbitrarie, perché derivanti da decisioni da apparati giurisdizionali di altri Stati:

*“Draft article 9: Obligation to protect the right to life of persons being expelled: 1. The expelling State shall protect the right to life of a person being expelled. 2. A State that has abolished the death penalty may not expel a person who has been sentenced to death to a State in which that person may be executed without having previously obtained a guarantee that the death penalty will not be carried out”*⁶⁴⁹.

La Commissione ha però ritenuto che la previsione in questione, piuttosto che cristallizzare il diritto esistente, rispondesse a logiche di sviluppo progressivo del diritto internazionale, cosicché la formulazione

⁶⁴⁷ *Kindler v. Canada*, HRC, Communication No. 470/1991, Views of 18 November 1993, par. 14.6: “While States must be mindful of the possibilities for the protection of life when exercising their discretion in the application of extradition treaties, the Committee does not find that the terms of article 6 of the Covenant necessarily require Canada to refuse to extradite or to seek assurances. The Committee notes that the extradition of Mr. Kindler would have violated Canada's obligations under article 6 of the Covenant, if the decision to extradite without assurances would have been taken arbitrarily or summarily. Dello stesso tenore: *Ng vs. Canada*, ... *cit*, par. 15.6; *A. R. J. v. Australia*, No. 692/1996, Views of 11 August 1997.

⁶⁴⁸ L'ultima prima dell'intervento dell'AG fu dell'aprile 2005 (2005/49).

⁶⁴⁹ *Fifth report on the expulsion of aliens*, U.N. Doc. A/CN.4/611, 2009; p. 25.

non compare nel testo del Progetto finale. Ma, per l'appunto, il diritto progredisce e anche in materia di tutela del diritto alla vita è ragionevole prevedere un'ulteriore evoluzione della disciplina consuetudinaria.

c. L'obbligo di salvataggio della vita umana in mare imposto dal diritto internazionale marittimo

L'obbligo di salvataggio di persone in mare che si trovino in imminente pericolo per la propria vita deriva dai principi generali del diritto internazionale dei diritti umani e da norme di diritto internazionale marittimo ispirate all'esigenza di protezione alla vita umana in mare. Nel diritto internazionale dei diritti umani il dovere di trarre in salvo gli individui in pericolo in mare deriva dall'obbligo positivo in capo agli Stati di proteggere la vita di chiunque sia sottoposto alla loro giurisdizione, fosse quest'ultima anche extraterritoriale⁶⁵⁰. Il diritto internazionale marittimo interviene nello stabilire che ogni Stato debba esigere tale comportamento anche dalle navi private che battono la sua bandiera, nonché nella definizione dell'ambito di applicazione spaziale di tali norme.

L'obbligo di salvataggio della vita umana in mare, in principio, era previsto dall'art. 98 della Convenzione di Montego Bay del 1982 sul Diritto del Mare (UNCLOS)⁶⁵¹, che genericamente si riferiva all'obbligo di prestare soccorso a "chiunque sia trovato in mare". Primariamente si osserva come la disposizione non preveda differenze nell'impegno chiesto agli Stati a seconda di che la località in cui si svolgono le operazioni si trovi in alto mare piuttosto che nella zona di mare interna alle frontiere marittime dello Stato⁶⁵², applicandosi ovunque se ne ravvisi l'esigenza⁶⁵³; inoltre si può sottolineare che, in conseguenza della ripetizione di tale obbligo in trattati internazionali, in disposizioni di diritto nazionale interne agli Stati e nella costante applicazione che esso ha ricevuto nella prassi statale, sembra che l'obbligo

⁶⁵⁰ Si veda *supra*, par. 14.

⁶⁵¹ Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare (UNCLOS), cit., pp.3 ss. "Obbligo di prestare soccorso. 1. Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa; c) presti soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual è il porto più vicino presso cui farà scalo."

⁶⁵² Per indicazioni rispetto alla distinzione tra differenti zone marittime si veda T. Scovazzi, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, Giuffrè, 2002; T. Treves, *Il diritto del mare e l'Italia*, Milano, Giuffrè, 1995. Maggiormente incentrato sul tema dell'immigrazione è S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2012.

⁶⁵³ L'interpretazione fondata, in accordo con l'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul Diritto dei Trattati (UNTS vol.1155 n. 18232), oltre che sul dato letterale ("any person found at sea" e non "any person found on the high seas") alla luce dell'oggetto e del contesto del trattato, sembra escludere e che l'obbligo scompaia al momento in cui si attraversino le frontiere. Si veda in proposito S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare...cit.*, pp. 55-57; M. Pallis, "Obligation of States towards Asylum Seekers at Sea: Interaction and Conflicts Between Legal Regimes", *IJRL*, 2002, pp. 334 ss.

di fornire assistenza in mare sia generalmente riconosciuto come una norma di diritto internazionale consuetudinario⁶⁵⁴. L'obbligo di soccorso sorge nei confronti di chiunque si trovi in una situazione di pericolo in mare, indipendentemente dalla nazionalità⁶⁵⁵; esso si applica, quindi, anche agli individui profughi e migranti illegali.

Ad ogni modo, la previsione si ritrova anche all'interno della Convenzione "Safety Of Life At Sea" (SOLAS) del 1974⁶⁵⁶, che si occupa di stabilire standard di sicurezza per la navigazione, in particolare per le imbarcazioni mercantili. All'esigenza di rendere praticamente operativo l'obbligo risponde la Convenzione "Search And Rescue" (SAR)⁶⁵⁷, del 1979, della quale è depositaria l'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO), con cui si è creato un sistema internazionale di coordinamento per il salvataggio. Per renderlo possibile, gli Stati parte sono invitati nella Convenzione SAR a concludere accordi con gli Stati confinanti, allo scopo di regolare e coordinare le operazioni di ricerca e soccorso (operazioni SAR) nelle zone marittime stabilite⁶⁵⁸. In base alla Convenzione gli Stati possono, anche in comune fra loro, creare in alto mare zone cosiddette "SAR", assumendosi la responsabilità di monitorarle. Le zone SAR di competenza vengono delineate con riferimento alla linea costiera ed alla prossimità alla terraferma. La Convenzione SAR chiede ad ogni Stato parte di "ensure that assistance be provided to any person in distress at sea [...] regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which the person is found"⁶⁵⁹.

Nel 2006 sono entrati in vigore due emendamenti alla convenzione SAR e alla Convenzione SOLAS, adottati dal Maritime Safety Committee (MSC), che statuiscono la primaria responsabilità dello Stato nella cui zona SAR ha luogo l'operazione di salvataggio rispetto all'esigenza di garantire alle persone recuperate in mare la possibilità di sbarco in un "place of safety"⁶⁶⁰. Lo scopo della riforma è dichiaratamente quello di sollevare il prima possibile e con il minor disagio possibile il comandante della nave che ha prestato

⁶⁵⁴ S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare...cit.*, p. 57 in cui l'autrice compie anche una disamina di tutti gli strumenti pattizi che contengono norme sul salvataggio della vita umana in mare; "Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 25, 2010, pp. 523 ss.

⁶⁵⁵ M. H. Nordquist (ed.) *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982- A Commentary*, Vol. II, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 175.

⁶⁵⁶ International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), (adopted 1 November 1974, entered into force 29 November 1999) 2054 UNTS 492, Capitolo V, Regulation n. 33

⁶⁵⁷ International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR), (adopted 27 April 1979, entered into force 22 June 1985) 1405 UNTS 97.

⁶⁵⁸ Il meccanismo era già previsto nella stessa UNCLOS, art. 98.2: "Ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali".

⁶⁵⁹ Chapter 2.1.10

⁶⁶⁰ MSC.153 (78), 20 maggio 2004; MSC.155 (78), 20 maggio 2004.

assistenza dalla propria responsabilità rispetto agli assistiti⁶⁶¹, la quale è invece da assumersi da parte dello Stato che abbia ratificato gli emendamenti⁶⁶².

Pertanto, si può dire che il diritto internazionale marittimo e gli obblighi di diritto internazionale dei diritti umani si compenetrano nella materia, stabilendo a tutti gli effetti un ampliamento della responsabilità statale all'interno della zona SAR di pertinenza, in riferimento all'obbligo specifico di tutela del diritto alla vita dell'individuo in pericolo in mare. Ma non solo. Infatti, lo Stato SAR è responsabile anche per il reperimento di un'ideale località presso la quale l'individuo recuperato in "distress" possa essere sbarcato senza pregiudizio per alcuni suoi diritti fondamentali, diversi ed ulteriori dal diritto alla vita. Secondo le linee guida del MSC, il "place of safety" deve essere scelto dallo Stato avendo riguardo alla condizione soggettiva delle persone sottoposte alla sua responsabilità, a mente di eventuali loro esigenze di protezione per via di *status* o diritti internazionalmente tutelati⁶⁶³. Se, come succede di frequente, lo Stato nella cui zona SAR avviene l'operazione di salvataggio non è in grado di accordarsi con gli altri Stati costieri ai fini dello sbarco delle persone salvate in mare nei loro porti, sarà egli stesso obbligato ad ammetterli su proprio territorio, seppur temporaneamente. In fin dei conti, è questo quanto statuiscano gli emendamenti entrati in vigore alle Convenzioni SAR e SOLAS, con ciò riconoscendo un ulteriore limite alla discrezionalità statale rispetto all'ammissione sul territorio di individui stranieri.

Ai fini di prestare soccorso a persone, navi, aeromobili in difficoltà o *distress* l'art. 18, comma 2, UNCLOS prevede altresì un'eccezione al divieto di sosta ed ancoraggio in acque territoriali altrui, anche in assenza di autorizzazione *ad hoc* da parte dello Stato territoriale. In questo modo si coniuga il dovere di

⁶⁶¹ *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, MSC.167 (78), 20 maggio 2004, par. 2.4, 2.6. (I:\MSC\78\26-Add.2.doc). Si veda anche S. Trevisanut, "Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?", cit.

⁶⁶² *Guidelines...cit.* par. 2.5: "The responsibility to provide a place of safety, or to ensure that a place of safety is provided, falls on the Government responsible for the SAR region in which the survivors were recovered". Il problema è che molti paesi rivieraschi per ragioni di natura politica o geografica non riconoscono l'operatività di queste Convenzioni internazionali. Nel 2007, l'UNHCR, ha chiesto in particolare al governo maltese di ratificare i recenti emendamenti alle convenzioni marittime che mirano ad affiancare l'obbligo per gli Stati di cooperare nelle operazioni di ricerca a quello dei capitani delle imbarcazioni di fornire assistenza in mare. Malta rimane però ancora oggi uno dei pochi Paesi a non aver sottoscritto questi emendamenti, adducendo che la sua ridotta consistenza territoriale non le consente di mantenere gli obblighi di protezione e di accoglienza che ne conseguono; e malgrado (o forse anche per effetto del) l'approvazione delle nuove linee guida, sono prevedibili altre crisi diplomatiche con l'Italia, come quella occorsa nel caso del mercantile "Pinar" dopo un intervento di salvataggio nel canale di Sicilia, o come quella occorsa nel caso del peschereccio maltese "Budafel": il peschereccio che nel 2007, avendo avvistato un'imbarcazione in evidente difficoltà, dopo un primo tentativo di trainarla con delle funi, non ha accolto a bordo i 27 naufraghi (accampano problemi di sicurezza a bordo e il rischio di perdere il carico diretto in Spagna) ma ha lasciato che si aggrappassero a una grande gabbia di allevamento per tonni trainata dal peschereccio medesimo. Il soccorso è avvenuto a 110 miglia a sud-ovest di Malta e a 80 miglia a nord della Libia, ma nessuno di questi Stati ha autorizzato lo sbarco dei naufraghi, tanto da creare una situazione di pericoloso stallo, risolta solo grazie all'intervento dell'unità "Orione" della Marina Militare italiana, che ha condotto i migranti a Lampedusa. La situazione è stata denunciata all'IMO da Italia e Spagna: *Measures to protect the safety of persons rescued at sea, Comments on document FSI 17/15/1, Submitted by Malta*, FSI 17/15/2, 27 febbraio 2009. Comunque, gli Stati sono chiamati dall'IMO ad istituire appositi *Rescue Coordination Centres* (RCCs) al proposito di coordinare le eventuali operazioni SAR nella propria zona di responsabilità.

⁶⁶³ *Guidelines...cit.*, par. 6.12-6.18.

fornire assistenza agli individui in mare con il principio di sovranità sulle acque territoriali, da sempre fondamento del requisito dell'inoffensività nella disciplina del passaggio inoffensivo di navi straniere⁶⁶⁴.

E' interessante la prospettazione di Matteo Nicola Fornari e Seline Trevisanut rispetto al noto caso della nave norvegese *Tampa*, entrata senza autorizzazione in acque territoriali australiane dopo aver soccorso un peschereccio in avaria. Dopo aver proceduto a salvare da morte certa i passeggeri del peschereccio, salpato dall'Indonesia alle volte dell'Australia, il Comandante della nave norvegese fermava la *Tampa* a circa 4 m.n. dal porto dell'isola di Christmas (non essendo possibile l'entrata nel porto per una nave delle dimensioni della *Tampa*), con l'evidente intento di costringere le autorità australiane a farsi carico della salute dei 433 profughi di varie nazionalità, e a permetterne lo sbarco. La decisione si era resa necessaria dalle precarie condizioni di salute dei richiedenti asilo e dalle accese proteste e sollevazioni che la decisione contraria di proseguire la rotta verso l'Indonesia aveva acceso a bordo della nave, mettendo a rischio la sicurezza dell'equipaggio. Ciononostante, il Governo di Canberra aveva occupato militarmente la nave, riportandola in acque internazionali, allo scopo di impedire che le persone a bordo potessero, una volta sbarcate, chiedere asilo, così sollevando le proteste di numerose ONG. La Norvegia, dal canto suo, aveva invocato la violazione della propria sovranità e del proprio diritto di passaggio inoffensivo nelle acque territoriali altrui, come previsto dall'art. 17 UNCLOS.

Il problema riguarda l'esistenza di due interpretazioni opposte dell'art. 18, comma 2, UNCLOS: una prima lettura di tale norma può far ritenere che la *Tampa* avesse il diritto di arrestarsi nel mare territoriale australiano, in quanto, pur non essendo la sosta connessa al modo normale di navigazione, si trattava di un'ipotesi di soccorso a persone in difficoltà. Una differente interpretazione porterebbe, però, a ritenere che ciò valga solo per il caso in cui la nave si trovi già nell'esercizio del proprio passaggio inoffensivo. La dottrina interpreta l'art. 18, comma 2, UNCLOS nel senso di applicarsi esclusivamente durante l'esercizio del passaggio inoffensivo, rimanendo esclusa la possibilità per una nave di penetrare senza autorizzazione nelle acque territoriali in un momento successivo al soccorso di un'imbarcazione⁶⁶⁵. Gli stessi, però, considerano che la necessità di applicazione delle norme inerenti il soccorso della vita umana in mare configuri un'eccezione alla normativa inerente il passaggio di navi straniere che, quindi, soccomba nel caso di specie⁶⁶⁶.

Per quanto riguarda la possibilità per una nave straniera di entrare in un porto in caso di necessità per la salvaguardia della vita delle persone a bordo, la situazione non è chiara:

“UNCLOS does not specifically address the question of whether there exists a right to enter a port in cases of distress, although under customary international law, there may be a universal, albeit not absolute, right for a ship in distress to enter a port or harbour when there exists a clear threat to safety of persons aboard the ship.

⁶⁶⁴ Art. 18 UNCLOS. Cfr. G. Cataldi, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁶⁶⁵ Fornari M. N., “Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave *Tampa*”, in CI, 2002, pp. 61 ss, a p. 66. L'autore riporta anche alcuni episodi di prassi.

⁶⁶⁶ S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare...cit.*, p. 53. Si aggiunge che la stessa nave straniera potrebbe trovarsi in una situazione di necessità ed emergenza senza che mutino i principi ed i termini della questione.

Such threats often worsen with time and immediate port entry is needed to ensure the safety of the vessel and those onboard. Nevertheless, the right of the ship in distress to enter a port involves a balancing of the nature and immediacy of the threat to the ship's safety against the risks to the port that such entry may pose. Thus, a coastal State might refuse access to its ports where the ship poses a serious and unacceptable safety, environmental, health or security threat to that coastal State after the safety of persons onboard is assured.⁶⁶⁷

La dottrina per lo più nega tale diritto sulla base di una norma consuetudinaria, facendo leva sull'esistenza di numerose pattuizioni convenzionali⁶⁶⁸. Esse regolano l'accesso ad aree portuali in situazioni di forza maggiore ed in caso di necessità, qualora vi sia pericolo per la nave o per l'equipaggio, senza coprire comunque l'obbligo di consentire lo sbarco. Inoltre, la conseguenza di non poter rifiutare l'accesso al porto alla nave straniera può ben derivare dalle norme UNCLOS e SAR a tutela della vita umana finora elencate.

Da quanto visto si ricava la considerazione che il diritto internazionale marittimo, tramite le norme poste a tutela della vita umana in mare, è in grado di influire, anche se eventualmente per breve tempo, sul potere statale di esclusione degli stranieri dal territorio. Difatti, l'UNHCR invita di sovente gli Stati ad utilizzare gli strumenti SAR e SOLAS appena considerati ai fini di evitare la morte in mare di potenziali richiedenti asilo, portando avanti una florida collaborazione con l'IMO a scopo di tutela dei diritti dell'individuo⁶⁶⁹. In conclusione, il diritto internazionale del mare, ed in particolare i recenti emendamenti alle Convenzioni SAR e SOLAS, palesano una crescente attenzione al diritto alla vita dell'individuo, a discapito della sovranità territoriale⁶⁷⁰.

29. La tutela del diritto all'integrità fisica e psichica

a. Il divieto di sottoposizione dell'individuo a tortura o a trattamenti inumani o degradanti

⁶⁶⁷ *Guidelines...cit.*, Appendix, par. 6.

⁶⁶⁸ A. Chircop, "Ships in Distress, Environmental Threats to Coastal States and Place of Refuge: New Direction for an Ancient Regime?", *Ocean Development and International Law*, vol. 33, 2002, p. 210; L. De La Fayette, "Access to Ports in International Law", *IJML*, vol. 11, 1996, p. 1; N. Ronzitti, "Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea", in N. Ando, E. McEhinney, R. Wolfrum (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, London, New York, 2002, p. 1278.

⁶⁶⁹ Si vedano i comunicati sul sito www.unhcr.org: "Maritime conventions amended to facilitate search-and-rescue at sea", 30 giugno 2006; "UNHCR calls for more robust search-and-rescue operation on Mediterranean", 12 febbraio 2015 e la guida congiunta IMO, UNHCR, ICS (International Chamber of Shipping), *Rescue at sea. A Guide to Principles and Practice as applied to Migrants and Refugees*, 2006.

⁶⁷⁰ Si è visto che lo Stato italiano ha mostrato di voler perseguire l'obiettivo della protezione dell'individuo in mare è stato anche nei fatti, stanziando una somma di 9 milioni euro al mese per l'operazione *Mare Nostrum* della Marina Militare italiana che ha avuto fine nel novembre del 2014, sostituita dall'operazione di Frontex, *Triton*, che reca un budget di molto inferiore ed obiettivi non parimenti condivisibili *Supra*, introduzione e par. 25 b).

“No State can expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement.⁶⁷¹”

Il precetto riportato si ricava in via diretta da numerose norme convenzionali del diritto internazionale, idonee a confinare ulteriormente il potere discrezionale di esclusione dello straniero dal territorio⁶⁷². Si impone, quindi, una trattazione maggiormente approfondita del divieto in questione, anche alla luce dell’interpretazione datane dai rispettivi organi di controllo.

In primo luogo, il limite al potere di esclusione di uno straniero è dato dal fatto che nessuno può essere allontanato verso una località dove corra il rischio di subire tortura. Quale sia il confine tra il concetto di “tortura” rispetto ai restanti trattamenti lesivi della dignità umana⁶⁷³ è dubbio risolto una volta per tutte dal Tribunale Penale Internazionale per la Ex- Jugoslavia, che, soprattutto nella sentenza *Furundzija*⁶⁷⁴, ne fornisce una ricostruzione in linea con quella concordata nell’art. 1 della Convenzione ONU del 1984 sulla Tortura. Quest’ultima così si esprime:

“The term ‘torture’ means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.”

⁶⁷¹ *General Comment No. 20 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment*, HRC, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 10 March 1992, par. 9.

⁶⁷² Art. 7 PDCP; Art. 3 ECHR; Art. 5 ACHPR; Art. 5 ACHR; Art. 8 ArCHR. Per la giurisprudenza si veda, *inter alia*, *Saadi*, cit., par. 69, 127; *Chahal*, cit., parr.74 e 79; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, Application No. 15576/89, Judgment of 20 March 1991, par. 69; *Soering v. United Kingdom*, ECHR, Plenary, Application No. 14038/88, 7 July 1989, parr. 85-91; *Rafael Ferrer-Mazorra et al. v. USA*, IACHR, Case 9.903, Report No. 51/01, Merits, 4 April 2001, parr. 177; *Haitian Interdictions Case*, cit. parr. 168 e 171; *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v. Republic of Angola*, ACommHPR, Communication No. 292/2004, 43rd Ordinary Session, 7-22 May 2008, parr. 79 and 84; *Zimbabwe Lawyers for Human Rights (ZLHR) and the Institute for Human Rights and Development (IHRD) (on behalf of Andrew Barclay Meldrum) v. Republic of Zimbabwe*, ACommHPR, Communication No. 294/2004, 6th Extraordinary Session, 30th March – 3rd April 2009, p. 34, parr. 93.

⁶⁷³ Sul concetto di “dignità umana”, supra, par. 5 lett. a).

⁶⁷⁴ ICTY, *Furundzija*, cit., parr. 158-161. La questione era già stata risolta un mese prima nella causa *The Prosecutor v. Zejnib Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo*, Case No. IT-96-21-T, Judgment of 16 November 1998, parr. 446 e 454. Il Tribunale, in seguito, delinea anche i caratteri della “tortura” in tempo di guerra: “The Trial Chamber considers that the elements of torture in an armed conflict require that torture: (i) consists of the infliction, by act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental; in addition (ii) this act or omission must be intentional; (iii) it must aim at obtaining information or a confession, or at punishing, intimidating, humiliating or coercing the victim or a third person, or at discriminating, on any ground, against the victim or a third person; (iv) it must be linked to an armed conflict; (v) at least one of the persons involved in the torture process must be a public official or must at any rate act in a non-private capacity, e.g. as a de facto organ of a State or any other authority-wielding entity”, sent. *Furundzija*, par. 162.

Aderendo alla definizione della Convenzione del 1984, il Tribunale speciale per la ex-Jugoslavia riconosce al divieto di tortura carattere di norma *erga omnes*⁶⁷⁵, nonché contenuto imperativo⁶⁷⁶. La proibizione viene estesa anche alle situazioni in cui il rischio di tortura che l'individuo fronteggia è solo potenziale cioè le ipotesi in cui la tortura non provenga dallo Stato, ma sia comunque effetto dell'azione o omissione statale. La posizione del Tribunale per la ex-Jugoslavia è condivisa dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo che si esprime in maniera molto simile ogni qualvolta si trovi a giudicare a proposito di una violazione dell'art. 3 della Convenzione europea⁶⁷⁷.

Qualora gli Stati allontanino un individuo verso un territorio dove sussista per lui un rischio di sottoposizione a tortura, il contenuto della norma giunge a coprire le fattispecie considerate allo scopo della nostra indagine.

Esiste un pari l'obbligo di non esclusione dal territorio anche allorché si tratti di prevenire la sottoposizione dell'individuo a trattamenti lesivi della dignità umana diversi dalla tortura? Come detto, il divieto di "trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti", nelle parole utilizzate dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, è riprodotto in numerosi strumenti internazionali, senza però che questi testi ne diano una definizione più dettagliata e precisa. Ancora una volta la lacuna è colmata dalla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia nella causa *Delalic*, che si riferisce a "trattamenti inumani come

"acts or omissions that cause serious mental or physical suffering or injury or constitute a serious attack on human dignity ... In sum, the Trial Chamber finds that inhuman treatment is an intentional act or omission, that is an act which, judged objectively, is deliberate and not accidental, which causes serious mental or physical suffering or injury or constitutes a serious attack on human dignity"⁶⁷⁸,

mentre "trattamenti crudeli" sono :

"Treatment that does not meet the purposive requirement for the offence under common article 3, constitutes cruel treatment"⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ Ibidem, parr. 151-153.

⁶⁷⁶ Ibidem, parr. 153-157. Così, nella sentenza *Delalic*: "While the *erga omnes* nature just mentioned appertains to the area of international enforcement (*lato sensu*), the other major feature of the principle proscribing torture relates to the hierarchy of rules in the international normative order. Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even 'ordinary' customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force. Clearly, the *jus cogens* nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate", parr. 151-154.

⁶⁷⁷ *Al-Adsani v. United Kingdom...cit.*; *Cruz Varas...cit.*; *Soering, cit.*; *Vilvarajah, cit.*

⁶⁷⁸ *Delalic*, parr. 442 e 543.

⁶⁷⁹ Ibidem., par. 552

Le differenze fondamentali di queste fattispecie rispetto alla tortura sono che, da un lato, i trattamenti disumani, degradanti o crudeli non si infliggono necessariamente ai fini di ottenere informazioni od una confessione e che, dall'altro lato, i responsabili non sono necessariamente agenti od organi dello Stato⁶⁸⁰. Fare una lista di ciò che la giurisprudenza considera come trattamenti di siffatta specie non è in questa sede strettamente necessario⁶⁸¹, se ne ricorda però il criterio generale per cui il trattamento deve avere un minimo livello di gravità, determinato in considerazione della situazione soggettiva della vittima (età, appartenenza sociale, sesso, state di salute), e delle modalità e circostanze del caso (modo e durata dell'afflizione, conseguenze)⁶⁸². A titolo esemplificativo si possono citare le punizioni corporali, gli atti di violenza sessuale, la violenza domestica, il confinamento prolungato in caso di pena detentiva, l'interruzione di trattamenti medici necessari per la sopravvivenza del paziente.

Orbene, è facile notare che l'art. 3 della Convenzione contro la Tortura delle Nazioni Unite limita il divieto di espulsione o respingimento al rischio di "tortura", come definita dal riportato art. 1. Il Comitato contro la Tortura, anche se è vigile nel rilevare violazioni al divieto in caso di allontanamenti "non protetti" di stranieri⁶⁸³, non sembra, però, mai aver affrontato l'argomento relativo al *refoulement* in caso di rischio di sottoposizione a trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (art. 16 CAT), se non nel senso di escludere che la decisione di allontanamento *in re ipsa* possa essere qualificata come trattamento crudele, inumano o degradante⁶⁸⁴. Il Comitato per i diritti dell'uomo, invece, ha affermato che il divieto di espulsione o respingimento si applica in ogni situazione di cui all'art. 7 del Patto sui Diritti Civili e Politici delle

⁶⁸⁰ M. Kamto, *Fifth Report...cit.*

⁶⁸¹ Ci si appoggia all'elencazione fornita da *International Commission of Jurists, Practicioners Guide n. 6, Migration and International Human Rights Law*, Ginevra, 2011, pp. 112-113.

⁶⁸² ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, Application n. 5310/71, Judgement of 18 January 1978, par. 162.

⁶⁸³ *Mutombo v. Switzerland*, communication No. 13/1993, Views of 27 April 1994, par. 9.3; *Alan v. Switzerland*, Communication No. 21/1995, Views of 8 May 1996, parr. 11.2-11.6. *Aemei v. Switzerland*, communication No. 34/1995, Views of 9 May 1997, par. 9.8.; *A.D. v. Netherlands*, communication 96/1997, Views of 12 November 1999; *A.L.N. v. Switzerland*, communication 90/1997, Views of 19 May 1998; *C. R. Núñez Chipana v. Venezuela*, communication 110/1998, Views of 10 November 1998; *E.A.C. v. Switzerland*, communication 28/1995, Views of 10 November 1997; *G.T. v. Switzerland*, communication 137/1999, Views of 16 November 1999; *H.A.D. v. Switzerland*, communication 126/1999, Views of 10 May 2000; *H.D. v. Switzerland*, communication 112/1998, Views of 30 April 1999; *I.A.O. v. Sweden*, communication 65/1997, Views of 6 May 1998; *J.A. Arana v. France*, communication 63/1997, Views of 9 November 1999; *J.U.A. v. Switzerland*, communication 100/1997, Views of 10 November 1998; *K.M. v. Switzerland*, communication 107/1998, Views of 16 November 1999; *K.T. v. Switzerland*, communication 118/1998, Views of 18 April 2000; *M.B.B. v. Sweden*, communication 104/1998, Views of 5 May 1999; *N.P. v. Australia*, communication 106/1998, Views of 6 May 1999; *P.Q.L. v. Canada*, communication 57/1996, Views of 17 November 1997; *S.C. v. Denmark*, communication 143/1999, Views of 10 May 2000; *S.M.R. and M.M.R. v. Sweden*, communication 103/1998, Views of 5 May 1999; *T.P.S. v. Canada*, communication 99/1997, Views of 16 May 2000; *V.X.N. and H.N. v. Sweden*, communications 130 and 131/1999, Views of 2 September 2000; *X. v. Netherlands*, communication 36/1995, Views of 8 May 1996; *X. v. Switzerland*, communication 27/1995, Views of 28 April 1997; *X. v. Switzerland*, communication 38/1995, Views of 9 May 1997; *X., Y. and Z. v. Sweden*, communication 61/1996, Views of 6 May 1998

⁶⁸⁴ *B.S.S. v. Canada*, Communication No. 183/2001, Views of 17 May 2004, par. 10.2; *David v. Sweden*, Communication No. 220/2002, Views of 17 May 2005, par. 7.2.

Nazioni Unite⁶⁸⁵, e si è pronunciato di conseguenza nel caso *Alzery v. Sweden*⁶⁸⁶. Da parte sua, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha constatato violazioni dell'art. 3 da parte degli Stati parte anche nel caso di allontanamento di individui verso Paesi dove il rischio di essere sottoposti a trattamenti incompatibili con tale disposizione provenisse da privati⁶⁸⁷, oppure in cui non esistessero gli estremi per la concretizzazione della più grave tortura. Di conseguenza, di fronte alla posizione della giurisprudenza sembra che anche qualora esista un rischio di sottoposizione dell'individuo a trattamenti crudeli, inumani o degradanti in una certa località, lo Stato debba astenersi dall'allontanare lo straniero verso quel Paese. La conclusione è confortata dall'*opinio iuris* e prassi statale sulla necessità di fornire protezione a certi individui particolarmente vulnerabili la cui integrità fisica o psichica sarebbe minacciata in modo particolare da un loro allontanamento dal territorio dello Stato. Si passerà a breve ad esaminare alcuni di questi casi, ma prima si impongono alcune precisazioni sulla maniera in cui viene elargita la tutela convenzionale nei casi appena considerati, in cui l'utilizzo dei criteri interpretativi dei conflitti tra norme ricavabili dalla Convenzione di Vienna esaminati nel primo capitolo è particolarmente evidente.

Per dare prevalenza alla norma che accorda tutela al diritto individuale la Corte fa leva sull'importanza del suo contenuto. L'approccio è stato palesato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, ad esempio nei casi *M.U. e M. T. v. Francia*, *Saadi v. Italia*, *M.S.S. v. Belgio*, *Ahmed v. Austria*, *Soering v. Regno Unito*, in cui si è sottolineato che il divieto di tortura “enshrines one of the fundamental values of democratic societies”⁶⁸⁸. L'impossibilità di deroga alla norma viene espressamente evidenziata dalla Corte nei casi *S.M. e M.T. v. Austria* e *Amur v. Francia*, ove si parla di “absolute protection offered by art. 3”. Tuttavia, in altre ipotesi, la Corte ha dato spazio anche al adagio della *lex specialis*, mettendo in chiaro che il *generale* potere di espulsione ed allontanamento si arresta nel momento in cui deve essere azionata la *speciale* tutela prevista da un diritto convenzionale, quale l'art. 3:

“The Court reiterates in the first place that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens”⁶⁸⁹.

Si noti anche che, nei giudizi *H. v. Regno Unito e Chahal v. Regno Unito*, è stata ribadita l'impossibilità di alcuna deroga all'applicazione dell'art. 3, nonostante, rispettivamente, l'esistenza di regole di altro genere

⁶⁸⁵ HRC, *General Comment No. 31, op. cit.*, par. 12

⁶⁸⁶ Views of 25 October 2006, communication No. 1416/2005.

⁶⁸⁷ *H. L. R.*, cit.: “Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that Article 3 of the Convention (art. 3) may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection”. par. 40. Sulle caratteristiche del principio di *non refoulement* espresso nell'art. 3 CEDU si veda supra, par 13, b).

⁶⁸⁸ e.g. *Saadi*, par. 127.

⁶⁸⁹ *Ahmed*, cit., parr. 38-39.

che impongono allo Stato di allontanare lo straniero che avrebbero anche potuto essere considerati “speciali” rispetto alla Convenzione (nella fattispecie si trattava della Convenzione di Dublino del 1990 sullo Stato competente all’esame di una domanda d’asilo), e le circostanze del caso concreto, che potrebbero esse stesse arrecare una qualche elemento di “specialità”:

“Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation. The prohibition provided by Article 3 against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion. In these circumstances, 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 Articles 32 and 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees”⁶⁹⁰.

Secondo la Corte l’art. 3 impedisce l’allontanamento anche qualora in favore di esso militino ragioni di sicurezza pubblica. L’art. 3 prevale in base all’importanza dei valori che assicura⁶⁹¹.

b. La protezione di individui vulnerabili: le vittime di tratta di esseri umani...

Trafficare esseri umani allo scopo di trarre profitto dal loro sfruttamento è pratica proibita da un numero crescente di legislazioni statali, anche se la gamma di comportamenti materiali ricompresi nella definizione di “tratta” varia considerevolmente da Stato a Stato. La tratta è vietata anche dal diritto internazionale che impone agli Stati da un lato l’obbligo di combattere il fenomeno e, dall’altro, quello di protezione e di assistenza alle vittime⁶⁹².

⁶⁹⁰ *Chahal*, cit., parr. 79-80, para. 88, I si veda anche *Ireland v. the United Kingdom*, Application no. 5310/71 judgment of 18 January 1978, par. 163, *Tomasi v. France* judgment of 27 August 1992, Series A no. 241-A, p. 42, par. 115, *Vilvarajah*, cit. p. 34, para. 103).

⁶⁹¹ V. anche *Ireland*, par. 163.

⁶⁹² Per la progressiva concettualizzazione dell’esigenza di contrasto alla tratta di esseri umani, intesa come una forma di schiavitù contemporanea, e per la ricostruzione del processo di emersione di forme di responsabilità statale nel campo della lotta al fenomeno si consiglia E. Decaux, *Les formes contemporaines de l’esclavage*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

La materia ha destato molta attenzione di recente, ma non è un problema nuovo. Come si è detto, numerosi strumenti nel corso degli anni sono stati approvati allo scopo di contrastare ogni sua manifestazione⁶⁹³. Questi strumenti sono fondamentali per l'odierna comprensione e per la lotta al fenomeno. Inoltre, essere vittima di tratta procura un *vulnus* a numerosi ed importanti diritti fondamentali della persona, in quanto comporta la violazione di altre norme che proibiscono la schiavitù, la servitù ed il lavoro forzato. In effetti, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha avuto modo di pronunciarsi sul punto stabilendo che la lesione alla dignità della persona umana è inerente ad ogni forma di tratta⁶⁹⁴. Pertanto, anche le norme convenzionali e consuetudinarie di diritto internazionale dei diritti umani e diritto umanitario trovano applicazione in materia, incluse quelle particolarmente dedicate alla protezione delle donne e dei fanciulli⁶⁹⁵. Ci si riferisce in particolare alla Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW) ed il suo Protocollo Opzionale, la Convenzione sui diritti del fanciullo, ed il Protocollo Opzionale sulla vendita dei bambini, prostituzione pornografia minorile e la Convenzione per la

⁶⁹³ Si è stimato che dal 1815 al 1957 siano state elaborati più di 300 accordi internazionali per sopprimere la schiavitù in tutte le sue forme. Inizialmente il fenomeno si è posto all'attenzione della comunità internazionale sotto forma della c.d. "tratta delle bianche", che ha spinto all'adozione della Convenzione di Parigi sul traffico e lo sfruttamento della prostituzione di donne e bambini nel maggio del 1910. In questo caso a fianco dell'elemento della tratta ricorrono la schiavitù e la prostituzione. Nel 1926 la Società delle Nazioni ha approvato la Convenzione relativa alla schiavitù, nella quale si dà una prima definizione del concetto di schiavitù intesa come l'esercizio di un "diritto di proprietà" nei confronti di una persona ridotta in questo modo ad oggetto. Il concetto di schiavitù è stato successivamente ampliato ed integrato dalla Convenzione Supplementare sull'abolizione della schiavitù, il commercio di schiavi e gli istituti e le pratiche similari alla schiavitù, nella quale sono state formulate le definizioni di schiavitù, servitù e tratta degli schiavi. L'importanza della Convenzione supplementare, firmata dagli stati delle Nazioni Unite nel 1956, sta nell'aver esteso il concetto di schiavitù alle pratiche similari, formula che permette di far rientrare nel campo d'azione della convenzione tutte le possibili forme di schiavitù, antiche e moderne. A ciò fa seguito la Convenzione di New York per la repressione della tratta degli esseri umani e lo sfruttamento della prostituzione altrui firmata nel 1949. La convenzione, nonostante l'impostazione innovativa che difende i diritti della persona decidendo di criminalizzare la tratta e lo sfruttamento della donna ma non la prostituzione come scelta di vita, non è stata ratificata da alcuni paesi (come Svezia e Paesi Bassi) per divergenze su come il fenomeno "prostituzione" debba essere affrontato. Nell'insieme la Convenzione non ha avuto reale incidenza sul piano della lotta alla tratta di esseri umani; cfr. M.P. Svevo (a cura di), *La tratta delle donne tra violazione dei diritti umani e schiavitù nei documenti internazionali ed europei*, Abbiategrosso, Milano, Ass. Lule, 2000, pp. 7 ss.

⁶⁹⁴ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application No. 25965/04, Judgment of 7 January 2010, par. 282, secondo cui la tratta costituisce una violazione dei diritti umani delle vittime: "including the right under articles 8 to be free from slavery and servitude". La decisione è stata confermata dalla più recente pronuncia *M. and others. v. Italy and Bulgaria*, Application n. 40020/03, Judgment of 31 July 2012, par. 151. Il significato di divieto di sottoposizione a servitù e schiavitù ed i corrispondenti obblighi statali sono oggetto anche delle pronunce *C.N. and V. v. France*, Application n. 67724/09, Judgment of 11 October 2011 e *V.F. v. France*, Application n. 7196/10, Judgment of 29 November 2011, entrambe giudicate infondate nel merito.

Il rapporto tra tratta, servitù e schiavitù è sempre stato di difficile definizione, si veda Alessandra Annoni, "Gli obblighi internazionali in materia di tratta di esseri umani", in Forlati S. (a cura di), *La lotta alla tratta degli esseri umani tra dimensione internazionale ed ordinamento interno*, Napoli, Jovene, 2013, p. 1 ss.

⁶⁹⁵ Segretario generale delle Nazioni Unite, *Report on Trafficking in Woman and Girls*, 23 luglio 2012, UN. Doc. A/67/170.

soppressione del traffico di persone e dello sfruttamento della prostituzione altrui⁶⁹⁶, alla luce delle clausole di salvaguardia contenute nelle citate Convenzioni sulla tratta⁶⁹⁷.

Passando ad analizzare gli strumenti specifici, la definizione di “tratta” si ritrova nell’articolo 3 del Protocollo sulla tratta⁶⁹⁸ supplementare alla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale delle Nazioni Unite del 2000⁶⁹⁹. La “tratta di persone” viene delineata, alla lett. (a), come quell’attività consistente nel "reclutamento, trasporto, trasferimento, l’ospitare o accogliere persone, tramite l’impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità⁷⁰⁰, o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi, per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un’altra a scopo di sfruttamento. Il primo suo elemento costitutivo è, quindi, la necessaria esistenza di un mezzo di coercizione della volontà della vittima. Nei casi di tratta di minori d’età, la lettera c) dell’art. 3 stabilisce un’autonoma disciplina nella quale sembra irrilevante l’utilizzo di un mezzo di pressione sul minore: in questi casi si considera realizzata la condotta, consistente nel “reclutamento, trasporto, trasferimento, l’ospitare o accogliere un bambino ai fini dello sfruttamento”, anche nell’ipotesi in cui non venga utilizzato alcuno dei mezzi coercitivi previsti. In tutti gli altri casi, la descrizione delle modalità e dei mezzi di coercizione utilizzabili è stata lasciata volutamente ampia, in modo tale da poter comprendere una gamma estesa di comportamenti finalizzati alla tratta di persone a scopo di sfruttamento. La finalità di sfruttamento dei soggetti trafficati rappresenta, infatti, l’obiettivo della tratta ed è il secondo elemento costitutivo della definizione⁷⁰¹. L’importanza della definizione è stata anche quella di

⁶⁹⁶ UNTS vol. 2131, No. 20378; Ibid., vol. 1577, No. 27531 Ibid, vol. 2171, No. 27531; Ibid., vol. 96, No. 1342.

⁶⁹⁷ Art. 14, par. 1, Protocollo di Palermo, art. 40, par. 4, della Convenzione COE.

⁶⁹⁸ In questo paragrafo la definizione del Protocollo sul Traffico di persone è utilizzata in rappresentanza dell’attuale consenso internazionale sul significato di “tratta”. Per una maggiore completezza bisognerebbe riferirsi anche ad altri strumenti internazionali, per esempio ad un gran numero di Convenzioni dell’Organizzazione internazionale per il Lavoro (ILO), tra cui la Convenzione del 1930 n. 29 *on Forced or Compulsory Labour*, la Convenzione del 1957 n. 105 *on the Abolition of Forced Labour*, la Convenzione del 1975 n. 143 *on Migrant Workers* e la Convenzione del 1999 n. 182 *on the Worst Forms of Child Labour*. Ad esse si riferisce il primo rapporto del *Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, Ms. Sigma Huda, E/CN.4/2005/71, 22 dicembre 2004, par. 22 ed il secondo rapporto, più dettagliato, *Integration of the Human Rights of Women and a Gender Perspective*, E/CN.4/2006/62, 20 febbraio 2006, parr. 31–45.

⁶⁹⁹ UNTS, vol. 2241, n. 39574. Il Protocollo è stato aperto alla firma nel corso di una conferenza svoltasi a Palermo dal 12 al 15 dicembre 2000 ed è entrato in vigore il 25 dicembre 2003. Attualmente il Protocollo annovera 137 Parti (l’Italia dal 2 agosto 2006) ed un’organizzazione internazionale (l’Unione Europea, dal 6 settembre 2006). Dati aggiornati al 1° luglio 2013.

⁷⁰⁰ Con quest’espressione, che ha dato spazio ad ampie discussioni, s’intende un comportamento di persuasione, realizzato dai trafficanti sulla vittima, che sfrutti la sua condizione di inferiorità. Quest’inferiorità non deve necessariamente dipendere da una minorazione psichica ma può anche derivare da una situazione di sottosviluppo socio-culturale o da variabili personali o familiari. Nei lavori preparatori si è scelto di interpretare la posizione di vulnerabilità come la situazione nella quale la persona coinvolta non ha reale ed accettabile alternativa se non quella di soggiacere all’abuso” E. Rosi, “La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali”, in *Cassazione Penale*, Milano, 2001, p. 1990.

⁷⁰¹ La seconda parte dell’articolo 3, lettera a), indica le modalità di sfruttamento che comprendono "come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l’asservimento o il prelievo di organi". Per quanto riguarda l’espressione "sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale", essa è stata volutamente lasciata indefinita. Due le principali ragioni. Innanzitutto, la volontà di sottolineare il

concettualizzare la tratta come un processo da frazionarsi in diverse attività di “reclutamento”, “trasporto”, “sfruttamento”, le quali possono anche presentare elementi transfrontalieri, ma non necessariamente⁷⁰².

A tal proposito, gli Stati europei sono vincolati da un ulteriore fonte pattizia, ovvero la Convenzione promossa dal Consiglio d'Europa contro la Tratta di Esseri Umani, aperta alla firma nel 2005⁷⁰³, che indirizza il proprio piano d'azione anche contro la tratta di dimensioni esclusivamente interne. Anche l'Unione europea si è dotata di un proprio strumento normativo in materia di lotta alla tratta di esseri umani, mediante l'emissione della direttiva 2011/36/UE⁷⁰⁴. Sia la Convenzione del Consiglio d'Europa che il Protocollo addizionale adottato in seno alle Nazioni Unite sulla tratta indirizzano agli Stati parte precisi obblighi di repressione, di prevenzione, di controllo e di cooperazione⁷⁰⁵ a cui è vincolato ogni Stato-parte in cui il processo di tratta si sia eventualmente frazionato. L'attuazione concreta di questi obblighi incontra, però, alcuni problemi dovuti alle difficoltà pratiche di coordinamento tra Stati, oltre che concettuali, inerenti il riparto di giurisdizione. Ai fini dell'odierna trattazione, l'enfasi ricade sull'obbligo di assistenza e protezione delle vittime di tratta.

Il Protocollo del 2000 esorta gli Stati parte a fornire assistenza fisica, psicologica e sociale alle vittime, in particolare fornendo alloggio, informazioni ed assistenza legale, ristorando fisicamente e psicologicamente chi ha dovuto subire trattamenti lesivi della propria dignità e libertà, eventualmente

legame stretto tra questo tipo di sfruttamento e le precedenti attività di reclutamento e trasporto. In secondo luogo, una scelta politica di compromesso, rivelatasi necessaria per evitare la mancata adesione di alcuni Paesi partecipanti. Si è preferito lasciare alla competenza normativa degli Stati la specificazione dei contenuti e della portata da attribuire alle varie forme di sfruttamento sessuale, così da non recare pregiudizio alle legislazioni nazionali frutto di differenti scelte politiche, sociali e culturali in materia di prostituzione. Per approfondimenti su questo tema si veda International Human Rights Law Group, *The Annotated Guide to the Complete UN Trafficking Protocol*, maggio 2002, reperito all'indirizzo Internet www.hrlawgroup/resources/content/Protocol_annotated.pdf. La lettera b) dell'articolo 3 determina l'irrelevanza del consenso prestato in qualunque momento da una vittima della tratta .

⁷⁰² Sulla definizione di “tratta” nei vari contesti si veda F. Spiezia, F. Frezza, N.M. Pace, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, Giuffrè, 2002; E. Rosi (a cura di) , *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milano, Ipsoa, 2007; F. Salerno, “Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano”, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., p. 2107 ss; U. Leanza (a cura di), *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale*, Napoli, Società Italiana di Diritto Internazionale, 2005.

⁷⁰³ CETS n. 197. La Convenzione è entrata in vigore il 1 febbraio 2008. Gli Stati parte sono attualmente 37, fra cui l'Italia, a far data dal marzo 2011.

⁷⁰⁴ Concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime. Anche gli Stati dell'Organizzazione degli Stati Americani e l'Associazione Sud-Asiatica per la cooperazione regionale (SAARC) si sono dotate di strumenti internazionali specifici per la lotta al fenomeno, sebbene la Convenzione OAS del 18 marzo 1994 (UNTS n. 79) sia limitata alle sole vittime minorenni e la Convenzione SAARC del 5 gennaio 2002 riguardi le sole vittime di prostituzione. Ciò a fronte, però, di una definizione molto più larga di “tratta”.

⁷⁰⁵ Articoli 5 e dal 9 all'11 del Protocollo sulla tratta, Capitoli II e IV della Convenzione COE. Si veda anche l'art. 6 CEDAW; *General Recommendation No. 19, Violence Against Women*, CEDAW, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 1989, par. 13-16 e 24(g). Per una trattazione più articolata in merito a ciascuno degli obblighi elencati si rimanda ad A. Annoni, *Gli obblighi internazionali...cit.*

aiutandoli nell'inserimento culturale e lavorativo, anche fornendo loro opportunità di istruzione⁷⁰⁶. L'omonima Convenzione del Consiglio d'Europa, invece, si preoccupa di precisare gli obblighi di assistenza alle vittime, ovvero "l'assistenza medica necessaria, o qualsiasi altro genere di assistenza", o "l'accesso al mercato del lavoro, alla formazione professionale ed all'istruzione"; se da una parte il trattamento è riservato alle vittime legalmente residenti nello Stato-parte⁷⁰⁷, dall'altra esso è il contenuto di un vero e proprio obbligo, e non solo di un invito alle Autorità. La puntualizzazione permette di evidenziare la differenza tra gli scopi espressamente riconosciuti dai due strumenti: mentre il Protocollo è chiaramente finalizzato alla repressione del crimine di tratta, tant'è che la protezione della vittima assume rilievo eventuale ed incidentale, la Convenzione espressamente impone agli Stati europei di non subordinare le misure di assistenza e protezione delle vittime alla loro collaborazione nelle indagini o nel processo⁷⁰⁸. Purtroppo un tale approccio di attenzione per le vittime non viene mantenuto neppure dalla Convenzione europea al momento di bilanciare l'interesse di quest'ultima con la concorrente pretesa dello Stato alla lotta dell'immigrazione irregolare: le due esigenze sono in tensione ogni qualvolta la vittima di tratta sia entrata, o comunque si trovi, in maniera illegale sul territorio dello Stati Parte. Riguardo alla limitazione del potere dello Stato di espellere le vittime di tratta, sia la Convenzione che il Protocollo assumono una posizione utilitaristica, chiedendo agli Stati di permettere alla vittima di tratta di rimanere sul loro territorio durante alcune fasi della procedura di accertamento dell'illecito e, per il resto, lasciando allo Stato ampia discrezionalità in merito alla valutazione sulle esigenze di "compassionate or humanitarian factors" che possano giustificare l'emissione di titoli di soggiorno. A mente dell'art. 7 del Protocollo delle Nazioni Unite "ogni Stato Parte prende in considerazione l'adozione di misure legislative o di altre misure adeguate che consentano alle vittime della tratta di persone di restare sul suo territorio, a titolo temporaneo o permanente, nei casi opportuni". La disposizione, come è evidente, lascia grande discrezionalità allo Stato di agire, eventualmente anche mediante la previsione di permessi di soggiorno di natura umanitaria in favore delle vittime. Più incisiva appare la legislazione regionale europea che vincola alla non-rimozione della vittima dal territorio, fintanto che sia in corso un processo e, comunque, non prima di aver ricevuto l'assistenza psicologica e fisica che le spetta. Con una disposizione specifica, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla tratta, quando sussistano ragionevoli motivi per credere che la persona sia vittima, concede alla medesima un periodo "di recupero e riflessione" di trenta giorni, affinché possa ristabilirsi, sfuggire dall'influenza dei trafficanti e/o prendere consapevolmente delle decisioni sulla sua collaborazione con le

⁷⁰⁶ Art. 6, in particolare par. 3.

⁷⁰⁷ Art. 12 par. 3 e 4, Convenzione COE. Si tenga però presente che l'art. 39 della Convenzione affida agli obblighi ivi contenuti carattere sussidiario rispetto a quanto previsto dal Protocollo di Palermo: B. Nascimbene, A. Di Pascale, "Riflessioni sul traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale", in G. Palmisano, *Il contrasto al traffico di migranti*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 36.

⁷⁰⁸ Art. 12, par. 6. Elogia la Convenzione anche A. Confalonieri, "La Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani", in *Diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, vol. 2, 2006, p. 37 ss. Per alcune critiche al sistema previsto nell'ambito del Consiglio d'Europa: A. Gallagher, "Recent Legal Developments in The Field of Human Trafficking: A critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments", in *EJML*, vol. 8, 2006, p. 163 ss, in particolare pp. 187-188.

autorità competenti. Durante questo periodo la persona interessata non può essere oggetto di una decisione di espulsione⁷⁰⁹.

Inoltre, in alcuni casi la vittima di tratta è titolare di un diritto ad ottenere protezione internazionale da parte dello Stato. Ogni qual volta la persona possa essere qualificata come un rifugiato essa ha diritto al riconoscimento del proprio *status* ed al corrispondente trattamento, compreso il divieto di subire *refoulement*. Tanto avviene qualora la sottoposizione della vittima allo sfruttamento da parte dei propri aguzzini assuma le caratteristiche di una persecuzione nei suoi confronti per le ragioni valorizzate nella Convenzione di Ginevra. E' ben possibile che in alcune regioni del globo la sottoposizione a tratta investa soprattutto individui appartenenti a particolari razze, religioni, gruppi sociali o politici, concretando esclusivamente la modalità della persecuzione perpetrata nei loro confronti⁷¹⁰. Inoltre, come autorevolmente ricordato dall'UNHCR, l'appartenenza al genere femminile in situazioni di sistematica discriminazione delle donne mediante violenza, minaccia, o sottoposizione a schiavitù (anche sessuale), è di per se idonea a far sorgere il requisito di "appartenenza ad un gruppo sociale" che costituisce un motivo di persecuzione ai sensi della Convenzione di Ginevra⁷¹¹. Anche la circostanza stessa di formare parte del "gruppo sociale" di coloro che sono già stati oggetto di tratta, se provoca nella persona un fondato timore che ciò avverrà di nuovo, o che verranno perpetrate altre forme di violenza può rilevare ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato⁷¹². E' importante sottolineare però che il discorso fin qui svolto è valevole se il rischio di persecuzione si presenti nel Paese di origine dello straniero. In tutti gli altri casi, la vittima di tratta non può considerarsi un rifugiato.

Il limite dato dalle norme volte alla tutela della vittima di tratta è strettamente connesso all'attualità della lesione nel diritto fondamentale alla libertà, dignità, integrità dello straniero. La conseguenza è che, nel momento in cui essa cessa, il potere di esclusione dello straniero si espande nuovamente, senza alcun interesse per il trascorso dell'individuo. La difficoltà sta proprio nel coordinare norme con scopi differenti⁷¹³, ovvero l'obbligo di salvaguardare il diritto alla dignità e alla integrità dell'individuo ed il diritto per lo Stato di controllare le proprie frontiere.

⁷⁰⁹ Art. 10.

⁷¹⁰ Si veda più dettagliatamente: UNHCR, *Guidelines on International Protection: The application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked*, 7 April 2006, disponibile online: <http://www.refworld.org/docid/443679fa4.html>

⁷¹¹ UNHCR, *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*, 7 May 2002, disponibile online: <http://www.unhcr.org/3d58ddef4.pdf>, par. 2.

⁷¹² *Guidelines on international protection for the victims of trafficking...cit.*, parr. 38-39.

⁷¹³ S. Forlati, "I meccanismi internazionali di controllo", in Forlati, S. (ed.), *La lotta alla tratta degli esseri umani*, cit., pp. 66-67.

c. ...la tutela della salute

Il diritto internazionale si preoccupa di proteggere altresì le persone particolarmente esposte a rischi nella loro salute psicofisica quando la loro vulnerabilità sia data dalla malattia. La Corte europea dei diritti dell'uomo riconduce la tutela del diritto alla salute dello straniero destinatario di un provvedimento di esclusione dal territorio all'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU, configurando come trattamento inumano o degradante l'allontanamento dal territorio che abbia come esito la privazione per l'individuo ammalato delle cure necessarie. Tuttavia, il requisito della "necessità" delle cure da impartirsi nello Stato, da cui discende la tutela convenzionale, è stato sempre ancorato alla presenza di alcune condizioni.

Alla fine degli anni Novanta, la Corte statuiva che in linea di principio lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione non potesse pretendere di rimanere sul territorio dello Stato al fine di continuare a godere di trattamenti medici, sanitari o di assistenza sociale che gli sarebbero stati preclusi nel Paese di origine. Tuttavia, secondo la Corte, tale principio sopportava delle eccezioni qualora ci fosse il serio pericolo che le condizioni di vita nel Paese di origine sottoponessero l'individuo ad una intensa sofferenza o riducessero in modo sensibile le sue aspettative di vita. Sulla scorta di tale ragionamento sanzionava il Regno Unito per l'espulsione di un detenuto straniero malato di AIDS verso St. Kitts (nei Caraibi), trattamento che aveva comportato una violazione del divieto di cui all'art. 3 della Convenzione⁷¹⁴.

Nel decennio successivo la Corte non rinveniva più la violazione del divieto di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti in casi simili⁷¹⁵.

Infine, la Grande Camera interveniva ad enunciare espressamente un ulteriore principio: l'obbligo di permettere il soggiorno dello straniero nel territorio in caso di rischio per la sua salute doveva limitarsi ai pochi casi eccezionali nei quali militassero stringenti ragioni umanitarie. Nel caso *N. v. United Kingdom*, la Grande Camera, rigettava il ricorso di una donna ugandese malata di AIDS, allontanata dal Regno Unito dopo un soggiorno novennale perpetrato nelle more dell'esame della sua richiesta di asilo durante il quale la donna aveva potuto godere dei migliori trattamenti medici contro la sua malattia. In motivazione la Corte evidenziava come non esistesse un obbligo per gli Stati parte di supplire a carenze sanitarie in Stati non parte della Convenzione, mediante l'approvvigionamento illimitato e gratuito di trattamenti sanitari a tutti gli stranieri che non rientrassero nella loro giurisdizione⁷¹⁶.

La decisione veniva espressamente ripresa dalla Grande Camera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Mohamed M'Bodj v Belgian State* sotto il profilo del riconoscimento della protezione sussidiaria: il rischio di un trattamento inumano o degradante dovuto all'assenza di cure appropriate nel

⁷¹⁴ *D. v. United Kingdom*, Application n. 30240/96, Judgment of 2 May 1997

⁷¹⁵ *Karara v. Finland* Application no. 40900/98, Judgment of 29 May 1998; *S.C.C. v. Sweden*, Application no. 46553/99, Judgment of 15 February 2000; *Bensaid v. the United Kingdom* Application no. 44599/98; *Arcila Henao v. the Netherlands* Application no. 13669/03, Judgment of 24 June 2003; *Amegnigan v. the Netherlands*, Application no. 25629/04, Judgment of 25 November 2004; *Ndangoya v. Sweden* Application no. 17868/03, Judgment of 22 June 2004.

⁷¹⁶ *N. v. United Kingdom*, Application n. 26565/05, Judgment of 27 May 2008, par. 44. Si veda anche *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, Application n. 10486/10, Judgment of 20 December 2011.

Paese di origine non configurava secondo la Corte di Giustizia il “grave danno” presupposto alla concessione della protezione. Per di più la Corte limitava la discrezionalità degli Stati nella scelta di estendere l’applicabilità della protezione sussidiaria a stranieri seriamente malati, ritenendo un’eventuale previsione nazionale in tal senso incompatibile con la direttiva 2004/83/UE, in quanto l’esigenza di protezione non era direttamente connessa alla *ratio* della protezione internazionale⁷¹⁷.

Come è stato evidenziato⁷¹⁸, le sentenze appena citate non chiariscono alcune circostanze, tra cui quale sia lo standard sanitario considerato sufficiente nel Paese di origine, e quali siano i trattamenti da doversi necessariamente garantire. Alla luce di queste perplessità può affermarsi che attualmente lo spazio di discrezionalità degli Stati in materia è abbastanza ampio, con l’effetto che il diritto all’integrità fisica e psichica dello straniero vulnerabile perché ammalato non viene supportato da adeguate garanzie.

Il giudice della Corte di Strasburgo Pinto de Albuquerque ha colto l’occasione per dissentire con il principio delineato in *N. v. United Kingdom* nel recente caso *S. J. v. Belgium*⁷¹⁹, cancellato dal ruolo perché il Belgio ha acconsentito a non espellere la ricorrente. Oltre che sulla mancanza di certezza nella definizione di “humanitarian grounds against the removal⁷²⁰”, la critica si è fondata su un ulteriore doppio ordine di motivi. In primo luogo, il Giudice dissenziente ha rilevato come la scelta della Corte di Strasburgo di restringere il campo di applicazione dell’art. 3 in *N.* contrasti con la volontà di ampliarne la portata mostrata dalla Corte in altre circostanze inerenti l’allontanamento di stranieri dal territorio, ad esempio nel caso *Hirsi*. La contraddizione è presente anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea che, in materia di espulsione di stranieri, ha spesso interpretato estensivamente garanzie procedurali salvo poi limitare garanzie sostanziali quali, per l’appunto, il diritto alla salute⁷²¹. Inoltre, nella propria opinione dissenziente il Giudice ha contestato la circostanza che sia stata fatta gravare sul ricorrente la prova sulla necessità di eseguire trattamenti medici nel Paese ospitante: in questo modo la carenza di informazioni sulla situazione sanitaria nel Paese di origine al momento dei fatti e l’incertezza sul futuro sviluppo di cure adeguate è stata valutata a carico dello straniero.

Resta da verificare se la Corte, sulla scia dei rilievi sottoposte, intenda modificare la propria giurisprudenza, avendone l’occasione grazie alla decisione del caso pendente di fronte alla Grande Camera *Paposhvili v. Belgium*⁷²². Nel frattempo, deve notarsi che attualmente lo standard di protezione del diritto alla salute in Europa è inferiore a quello stabilizzatosi nel continente americano grazie alla giurisprudenza della Commissione Inter-americana per i Diritti dell’Uomo. Nel caso *Andrea Mortlock v. the United States*⁷²³,

⁷¹⁷ ECJ, *Mohamed M’Bodj v Belgian State*, Case C-542/13, Judgment of 18 December 2014, par. 44, non ancora pubblicato.

⁷¹⁸V. Mantouvalou, *N v UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy?*, 2 marzo 2009, disponibile all’indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1421804>

⁷¹⁹ GC, Application n. 70055/10, Decision of 19 March 2015.

⁷²⁰ *N v. United Kingdom*...cit., par. 42.

⁷²¹ Il Giudice ricorda i casi CEDU: *Hirsi*, cit., e *De Souza Ribeiro v. France*, GC, Application no. 22689/07, Judgment of 13 December 2012, ed il caso risolto dalla ECJ il 18 dicembre 2014, *Centre public d’action sociale d’Ottignies-Louvain-La-Neuve v Moussa Abdida*, C-562/13, non ancora pubblicato.

⁷²² Application n. 41738/10.

⁷²³ IACHR, *Andrea Mortlock v. United States*, Case 12.534, Report No. 36/08, Merits 25 July 2008

inerente l'espulsione di un cittadino jamaicano malato di AIDS e detenuto negli Stati Uniti, la Commissione ha ritenuto che l'espulsione del ricorrente potesse violare l'art. 26 della Dichiarazione americana sui diritti dell'Uomo, che sancisce il divieto di punizioni o trattamenti inumani o degradanti, raccomandando agli Stati Uniti di agire di conseguenza. Tenendo a mente la giurisprudenza europea nel caso *D v. UK*, ha statuito:

“the Commission considers that the appropriate test is whether the humanitarian appeal of the case is so powerful that it could not reasonably be resisted by the authorities of a civilized State. More specifically, the question to answer is whether, on humanitarian grounds, a person's medical condition, is such that he or she should not be expelled unless it can be shown that the medical and social facilities that he or she undeniably requires are actually available in the receiving state”⁷²⁴.

In definitiva, qualora il bisogno di cure sia “undeniable”, ragioni umanitarie devono condurre gli Stati a fornire le prestazioni mediche in favore dell'individuo straniero sul proprio territorio, a meno che non sia dimostrata la loro disponibilità nel Paese di destinazione. Anche in questo caso è chiaro come la giurisprudenza dei tribunali faccia leva solo formalmente su una previsione convenzionale, le cui maglie interpretative vengono spesso allargate oltre misura, per fondarsi in realtà sull'esigenza di adempiere ad un “principio di umanità” vigente sul piano internazionale.

L'eventuale scelta della Corte europea di aderire all'interpretazione proposta dalla Commissione americana e del giudice Pinto de Albuquerque costituirebbe certo un grande passo avanti nella tutela internazionale del diritto alla salute di ogni individuo, vincolando gli Stati a fornire prestazioni mediche fondamentali di carattere continuativo anche allo straniero irregolare sul territorio, seppur a condizione di una certa gravità nel rischio della loro interruzione.

d. ...i minori non accompagnati

La protezione dei minori nel diritto internazionale è volta a consentire un loro adeguato sviluppo psicofisico e si basa sul principio di non discriminazione e sul principio del superiore interesse del minore⁷²⁵. Gli accordi internazionali più importanti che regolamentano l'entrata e la permanenza dei minori stranieri sono la Convenzione dell'Aja sulla Protezione dei minori del 5 ottobre 1961⁷²⁶, la Convenzione Europea

⁷²⁴ Ibidem...par. 91.

⁷²⁵ Enunciati rispettivamente all'art. 2 e 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, su cui *infra*, questo par. e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁷²⁶ In 658 UNTS 143.

relativa al rimpatrio dei minori, anch'essa stipulata all'Aja il 28 maggio 1970⁷²⁷ e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989⁷²⁸.

La prima dichiara che lo Stato in cui il minore risiede abitualmente è responsabile della protezione della sua vita e delle sue proprietà⁷²⁹, abbandonando i criteri della cittadinanza del minore e della cittadinanza, residenza o domicilio del genitore. La suddetta Convenzione ha, quindi, determinato l'assunzione invece, a criterio generale, della residenza abituale del minore, che va ritenuto non solo quando il minore, regolare, ha formalmente la residenza nel Paese ma anche quando, pur non regolarizzato, è presente in modo costante sul territorio⁷³⁰. Secondo la dottrina è necessario "sfumare il concetto di residenza fino a farla coincidere con il luogo in cui il minore si trova, se si vuole dare attuazione alla Convenzione"⁷³¹.

Gli Stati contraenti sono obbligati a garantire ai minori gli stessi diritti degli altri minori, secondo le leggi nazionali vigenti. Il contenuto del trattamento da riservarsi al minore è stabilito nella Convenzione ONU del 1989 che è rapidamente divenuta il trattato in materia di diritti umani con il maggior numero di ratifiche da parte degli Stati, (ad oggi sono ben 196 gli Stati parti della Convenzione).

Tra i minori stranieri, una posizione particolarmente vulnerabile occupano i minori c.d. "non accompagnati". Nel 1997 il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato una risoluzione sui minori non accompagnati cittadini di Paesi terzi usando il termine "non accompagnati"⁷³². In seguito vi si è fatto riferimento nella direttiva 2001/55/CE che ne parla come "cittadini di paesi terzi o apolidi di età inferiore ai diciotto anni che entrano nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnati da una persona adulta responsabile per essi in base alla legge o agli usi, finché non ne assuma effettivamente la custodia una persona per essi responsabile, ovvero i minori che sono lasciati senza accompagnamento una volta entrati nel territorio degli Stati membri" (art. 2, lett. f). La definizione raccoglie in sé condizioni spesso molto eterogenee e accomunate dal solo fatto che il minore non si trova sotto la stretta tutela di un adulto.

La normativa dell'Unione Europea stabilisce che gli Stati membri garantiscono a tutti i minori non accompagnati, non richiedenti asilo, accoglienza temporanea e rappresentanza tramite una tutela legale o un

⁷²⁷In CETS 071, entrata in vigore il 28.7.2015, ma ratificata solo da Italia, Malta e Turchia.

⁷²⁸In 1577 UNTS 3. Cfr. la relazione di M.R. Saulle, "La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino e la sua applicazione negli ordinamenti interni con particolare riferimento all'ordinamento italiano", in *Affari Sociali Internazionali*, 2004, pp. 75 ss; e dello stesso autore, negoziatore per l'Italia durante la stesura della Convenzione: *La Convenzione nel ventesimo anniversario*, Roma, PrimeGraf, 2009; *Commento Generale n. 6, Trattamento dei minori non accompagnati e separati fuori dal Paese di origine*, adottato dal Comitato sui diritti del fanciullo, 39ª sessione, 17 maggio-3 giugno 2005" che fornisce un'interpretazione autentica dei principi e degli articoli enucleati nella Convenzione O.N.U.

⁷²⁹ Art. 1.

⁷³⁰ La Convenzione dell'Aja non contiene al suo interno una definizione di "residenza abituale" e nella giurisprudenza straniera si è andato consolidando il riferimento al centro di gravità della vita del minore, ai suoi effettivi legami familiari e sociali. Dunque, la definizione dello Stato di residenza abituale, sostanzialmente consiste in una valutazione di fatto e non di diritto, in cui non è estraneo l'elemento temporale.

⁷³¹ G. C. Turri, "I bambini stranieri non accompagnati", in *Minori Giustizia* n. 3/1999, p. 16.

⁷³² Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 26.6.97, art. 1, co. 1. Del tutto simile è la definizione contenuta nell'art. 2 lettera f) della direttiva 2003/86/CE del Consiglio dell'Unione Europea relativa al diritto al ricongiungimento familiare del 22 settembre 2003.

organismo incaricato della cura e del benessere dei minori o attraverso un'altra forma di rappresentanza, tuttavia, promuovono contemporaneamente il rimpatrio, una volta accertata la presenza nel Paese d'origine dei genitori o di altri adulti o organizzazioni disposti a prendersene cura⁷³³.

Recentemente si sono occupati di questo tema la Relazione intermedia della Commissione europea del 28 settembre 2012⁷³⁴, la Direttiva 2013/33/UE del 26 giugno 2013⁷³⁵ e la Risoluzione del 12 settembre 2013⁷³⁶.

La Relazione ricorda che l'UE ha continuato a rafforzare le misure di accoglienza e l'accesso alle garanzie procedurali specifiche per i minori istituendo un gruppo di esperti coinvolti nel processo migratorio che ha esaminato l'aspetto della ricerca delle famiglie dei minori facendo emergere la necessità della partecipazione dei Paesi di origine, vista l'impossibilità senza di essi di rintracciare le famiglie per reintegrare i minori in un ambiente sicuro. Emerge poi tra le priorità (una volta accertata l'età dei minori non accompagnati) la necessità di formare i tutori legali: agli Stati viene chiesto di designare, fin dall'arrivo di un minore sul territorio europeo e fino al raggiungimento di una soluzione sostenibile, un tutore o una persona responsabile con il compito di accompagnarlo, assisterlo e rappresentarlo in tutte le procedure.

La Risoluzione del Parlamento raccomanda che il rimpatrio di un minore non accompagnato sia subordinato al suo superiore interesse e solo dopo avere accertato che il Paese di provenienza del minore sia pronto a seguirlo concretamente. In ogni caso, sia quando si tratti di accogliere un minore al suo arrivo sia quando lo si riaccompagni nel Paese di origine, si sottolinea fortemente la necessità di elaborare un progetto individuale nel pieno rispetto della sua appartenenza etnica, religiosa, culturale e linguistica⁷³⁷.

Una siffatta disciplina potrebbe sembrare poco garantista, ma si è osservato in dottrina che negli Stati membri dell'Unione europea i minori non accompagnati sono soggetti alle leggi sui richiedenti asilo⁷³⁸. Da

⁷³³ Artt. 3 e 5 della Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi, 26 giugno 1997.

⁷³⁴ (COM(2012) 554)

⁷³⁵ Direttiva 2013/33/UE del 26 giugno 2013, Norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale

⁷³⁶ Parlamento europeo, Risoluzione del 12 settembre 2013 n. P7_TA-PROV(2013)0387, Situazione dei minori non accompagnati nell'UE.

⁷³⁷ Par. 25.

⁷³⁸ R. Bichi, (a cura di), *Separated children: i minori stranieri non accompagnati*, Milano, F. Angeli, 2008. Il Legislatore italiano ha affrontato il fenomeno dei minori stranieri non accompagnati attribuendo una specifica competenza in materia al Comitato per i Minori Stranieri e definendo, nel DPCM del 9 dicembre 1999, n. 535, il minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato: "quel minore non avente cittadinanza italiana o di altro Paese dell'Unione Europea e che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova in Italia privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano". In Italia a questa categoria giuridica era, quindi, riservata una normativa *ad hoc*, mentre la richiesta di asilo politico esclude il minore emigrato da solo dall'essere incluso tra i minori stranieri non accompagnati e lo avvia a un percorso di tutela differente da quello riservato ai non richiedenti asilo. Inoltre, la normativa include tra i non accompagnati anche quei minori stranieri che, pur avendo dei parenti in Italia, sono privi di una tutela ufficiale. Recentemente il d.lgs. 142 del 2015 entrato in vigore il 30.9.2015, di attuazione della direttiva 2013/33/UE, recepisce l'indicazione europea volta a concepire questa categoria di minori come richiedenti asilo, e quindi eliminare il "doppio binario". Oggi i minori non accompagnati, dopo un'iniziale presa in carico da parte delle Prefetture, vengono presi in carico dal sistema SPRAR ed inseriti in case di accoglienza da esso finanziate. Non è chiaro, però, se il contributo (di 45 euro giornalieri) debba essere integrato da parte dei Comuni

qui discende l'attenzione che vi è dedicata nella Direttiva 2013/33/UE che prevede per i minori non accompagnati richiedenti asilo particolari forme di accoglienza⁷³⁹. Lo stesso UNHCR si è occupato spesso di minori non accompagnati⁷⁴⁰. Per quanto riguarda la competenza a decidere la domanda di asilo presentata da un minore non accompagnato, alcune proposte di modifica del regolamento c.d. "Dublino III", le cui garanzie per i minori previste dall'articolo 6 si applicano a tutti i minori che sono soggetti alle procedure di tale regolamento, si sono avanzate nel Parere del Comitato economico e sociale europeo⁷⁴¹. La proposta è stata presentata al Parlamento ed al Consiglio alla luce di una sentenza della Corte di giustizia dell'UE⁷⁴² che precisa che lo Stato membro competente per l'esame della domanda d'asilo di un minore non accompagnato che abbia presentato domande in più Stati membri è quello in cui si trova tale minore dopo avervi presentato una domanda. A tale proposito, nessun familiare del minore deve trovarsi legalmente in un altro Stato membro.

competenti: nel caso negativo la misura si risolverebbe in una discriminazione a carico dei minori stranieri rispetto a quanto previsto in favore dell'accoglienza di minori non accompagnati comunitari o italiani.

⁷³⁹ Artt. 11, 23, 24. Così recita l'art. 22 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo: "Gli Stati parti adottano misure adeguate affinché il fanciullo il quale cerca di ottenere lo status di rifugiato, oppure è considerato come rifugiato ai sensi delle regole e delle procedure del diritto internazionale o nazionale applicabile, solo o accompagnato dal padre o dalla madre o da ogni altra persona, possa beneficiare della protezione e della assistenza umanitaria necessarie per consentirgli di usufruire dei diritti che gli sono riconosciuti dalla presente Convenzione e dagli altri strumenti internazionali relativi ai diritti dell'uomo o di natura umanitaria di cui detti Stati sono parti. A tal fine, gli Stati parti collaborano, nelle forme giudicate necessarie, a tutti gli sforzi compiuti dall'Organizzazione delle Nazioni Unite e dalle altre organizzazioni intergovernative o non governative competenti che collaborano con l'Organizzazione delle Nazioni Unite, per proteggere e aiutare i fanciulli che si trovano in tale situazione e per ricercare i genitori o altri familiari di ogni fanciullo rifugiato al fine di ottenere le informazioni necessarie per ricongiungerlo alla sua famiglia. Se il padre, la madre o ogni altro familiare sono irreperibili, al fanciullo sarà concessa, secondo i principi enunciati nella presente Convenzione, la stessa protezione di quella di ogni altro fanciullo definitivamente oppure temporaneamente privato del suo ambiente familiare per qualunque motivo."

⁷⁴⁰ UNHCR, *Linee-guida sulle politiche e le procedure da usare con i minori non accompagnati richiedenti asilo*, 1997 disponibile on line all'indirizzo www.unhcr.org; Save The Children, UNHCR, *Programma per i minori separati in Europa. Dichiarazione sulle buone prassi*, Milano, Promografica, 2005: dal documento emerge in particolare la necessità di garantire ai minori stranieri non accompagnati più informazioni all'arrivo, accoglienza immediata presso strutture adeguate e di non ricorrere alla detenzione e al respingimento in frontiera.

⁷⁴¹ Parere del Comitato economico e sociale europeo del 15 ottobre 2014 in merito alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro, in GUUE C12/69 del 15.1.2015.

⁷⁴² Causa C-648/11, *MA e a. contro Secretary of State for the Home Department del Regno Unito*, del 6.6.2013, pubblicata in *Raccolta Digitale* sul sito www.curia.europa.eu

30. Il diritto al rispetto dell'integrità familiare e della vita privata

La famiglia ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato. Questo principio è enunciato nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁷⁴³, nel Patto sui diritti civili e politici⁷⁴⁴, nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali⁷⁴⁵, nella Convenzione sui diritti del fanciullo⁷⁴⁶, oltre che, implicitamente, in numerose altre disposizioni convenzionali universali e regionali che tutelano la privata e familiare⁷⁴⁷, anche con particolare riferimento ad alcune categorie di migranti stranieri⁷⁴⁸. I lavoratori migranti, in particolare, sono tutelati dalla Convenzione internazionale per la protezione di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari⁷⁴⁹.

Il diritto della famiglia a vivere unita non è enunciato espressamente da alcuno strumento internazionale, poiché si configura come l'intreccio dei diritti riconosciuti ai componenti della famiglia, derivanti dalla tutela offerta al vincolo. In materia di immigrazione esso copre materie come l'ingresso, il soggiorno, l'espulsione. In conseguenza all'esistenza delle disposizioni richiamate, quindi, l'unità familiare riceve protezione da parte del diritto internazionale⁷⁵⁰.

⁷⁴³ Art. 16, par. 3: "The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State." "This provision has been incorporated, word for word, in Article 23(1) of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and in Article 17(1) of the 1969 American Convention of Human Rights. In addition, both Article 12 of the Declaration and Article 17 of the Covenant provide, *inter alia*, that no one shall be subjected to arbitrary ('or unlawful,' as added in the Covenant) interference with his family; and that everyone has the right to the protection of the law against such interferences." L. B. Sohn and T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, cit. , pp. 65-66.

⁷⁴⁴ Art. 23, par. 1.

⁷⁴⁵ Art. 10, par. 1.

⁷⁴⁶ Art. 9, par. 1.

⁷⁴⁷ Art. 17 PDCP, art. 8 CEDU, Art. 7 Carta UE, art. 2 Convenzione Americana sui Diritti dell'Uomo. La corrispondente Convenzione africana non lo riconosce espressamente, ma accorda grande importanza alla famiglia nel suo articolo 18.

⁷⁴⁸ *Resolution (78) 33 on the Reunion of Families of Migrant Workers in Council of Europe Member States*, adopted at by the Committee of Ministers on 8 June 1978 at the 289th meeting of the Ministers' Deputies, Preamble. Per quanto riguarda i rifugiati, sebbene la Convenzione di Ginevra non si pronuncia, si è preso tale incarico l'UNHCR nelle sue conclusioni, *inter alia*, *Conclusion No. 1 (XXVI) Establishment of the Subcommittee and General*, 26th Session, 1975, par. (f); *Conclusion No. 7 (XXVIII) Expulsion*, 28th Session, 1977, par. (a); *Conclusion No. 24 (XXXII) Family Reunification*, 32nd Session, 1981, par. 1; *Conclusion No. 88 (L) Protection of the Refugee's Family*, 50th Session, 1999.

⁷⁴⁹ Part X. C.2 (b)(i), che prevede: "States Parties shall take measures that they deem appropriate and that fall within their competence to facilitate the reunification of migrant workers [in a regular situation] with their spouses or persons who have with the migrant worker a relationship that, according to applicable law, produces effects equivalent to marriage, as well as with their minor dependent unmarried children."

⁷⁵⁰ K. Jastram, "Family Unity", in T.A. Aleinikoff, V. Chetail (eds.), *Migration...*, cit., pp. 185-201: "A few words about terminology may be useful. The right to family unity is not expressed as such in international instruments. Family unity is the term generally used to describe the totality of the interlocking rights enumerated below, and covers, in the migration context, issues related to admission, stay, and expulsion. Family unity also indicates a more specific meaning relating to constraints on state discretion to separate an existing intact family through the expulsion of one of its members... A family's right to live together is protected by international law. There is universal consensus that, as the fundamental unit of society, the family is entitled to respect, protection, assistance, and

Il significato da attribuirsi al termine “famiglia” si è andato via via definendo ed ampliando grazie alla giurisprudenza, che, da un lato l’ha distinto dalla nozione di “vita privata”, dall’altro ha ricompreso nella protezione della vita familiare alcune situazioni di fatto la cui mancata tutela poteva essere lesiva anche sotto la lente del principio di non-discriminazione⁷⁵¹. La giurisdizione internazionale più attiva in questo senso è stata la Corte Europea per i diritti dell’uomo che, dopo aver puntualizzato che la tutela della vita familiare si distingue dalla tutela della vita privata dell’individuo, ha progressivamente allargato le maglie dell’articolo 8 CEDU di riflesso alla crescente accettazione sociale e culturale del diritto di ciascuno a vivere nel modo più consono alle proprie inclinazioni. Secondo la Corte europea, l’ambito soggettivo della nozione di vita familiare include sia le relazioni giuridicamente istituzionalizzate, sia le relazioni fondate sul dato biologico, sia quelle che costituiscono “famiglia” in senso sociale, alla condizione che sussista effettività dei legami personali⁷⁵². Come vita familiare la Corte di Strasburgo ha recentemente configurato anche una relazione tra due conviventi omosessuali⁷⁵³, in precedenza qualificata come “vita privata”. La Corte ha, negli ultimi anni, ha sancito la violazione dell’art. 8 CEDU in ricorsi presentati da omosessuali in numerose materie inerenti la vita familiare e privata, spesso in combinazione con la violazione del divieto di discriminazione⁷⁵⁴.

support. A right to family unity is inherent in recognizing the family as a group unit. The right to marry and found a family also includes the right to maintain a family life together”, pp. 185-186.

⁷⁵¹ Per l’ampia definizione di “famiglia” adottata dal Comitato delle Nazioni Unite: HRC, *General Comment No. 16*, 1988, *Article 17*, in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 5.

⁷⁵² Ovvero, “l’accertamento dell’esistenza di una vita familiare è questione di fatto che dipende dall’esistenza di legami personali stretti (*Marckx v. Belgium*, Application n. 9833/74, Judgment of 13 June 1979, par. 31.)” In materia di filiazione rientrano nella famiglia sia i figli naturali *Marckx, cit.*, par. 31) che adottivi (*Pini and others v. Romania*, Application n. 78028/01, Judgment of 22 June 2004, par. 139-140 e 143-148.), sia i minori affidati, in funzione della durata del periodo di convivenza, della qualità delle relazioni e del ruolo assunto dall’adulto nei confronti del bambino (*Moretti and Benedetti v. Italy*, Application n. 16318/07, Judgment of 27 April 2010, par. 48). Non comprende invece, il rapporto tra fidanzati ed i rapporti tra una persona adulta ed il genitore, in assenza di vita in comune. Per i riferimenti giurisprudenziali si veda S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, pp. 299-302. Anche il rapporto tra fratelli, e quello tra nonni e nipoti, può costituire “vita familiare”, a condizione di una prova più rigorosa dell’esistenza di legami affettivi (tuttavia, nella sentenza della Grande Camera, *Slivenko, cit.*, par. 97 si esclude la nozione in assenza di dipendenza tra nonni e nipoti). L’ambito oggettivo è dato dai rapporti sia patrimoniali che personali, e come ovvio investe la possibilità di soggiorno del familiare sul territorio dello Stato, regolando l’apposizione di una distanza fisica tra i congiunti che impedirebbe un reale godimento del rapporto affettivo. La tutela del diritto è florida di conseguenze sul piano del permesso a soggiornare sul territorio, come si vedrà tra breve.

⁷⁵³ *Schalz and Kopf v. Austria*, Application n. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, par. 94.

⁷⁵⁴ In materia di unioni civili: *Vallianatos and Others v. Greece*, Application no. 29381/09 e 32684/09, Judgment of 7 November 2013 (Grand Chamber) e recentemente *Oliari and Others v. Italy*, Application no. 18766/11 e no. 36030/11, Judgment of 21 July 2015; in materia di adozione: *X and Others v. Austria*, GC, Application no. 19010/07, Judgment 19 February 2013; in materia di assistenza sociale: *P.B. and J.S. v. Austria*, Application no. 18984/02, Judgment of 22 July 2010; in materia di successione nel contratto di locazione: *Karner, cit.*; *Kozak v. Poland*, Application no. 13102/02, Judgment of 2 March 2010; in materia di potestà genitoriale: *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal.*, Application no. 3320/96, Judgment of 21 December 1999; in materia di concessione del permesso di soggiorno al partner omosessuale pendono le cause *Taddeucci and McCall v. Italy*, Application no. 51362/09 e *Pajić v. Croatia*, Application no. 68453/13.

Nel contesto della protezione offerta all'unità familiare dello straniero, la nozione di famiglia elaborata dalla Corte appare più restrittiva di quella generalmente accolta dalla giurisprudenza, sopra ricordata, ed abbraccia esclusivamente la famiglia nucleare, costituita dai coniugi, o dal convivente *more uxorio*⁷⁵⁵, e dai figli minori, anche se non conviventi⁷⁵⁶. I rapporti tra genitori e figli maggiorenni, tra fratelli e parenti meno prossimi rilevano solo se accompagnati da una situazione di dipendenza più intensa di quella derivante dalla sola relazione affettiva⁷⁵⁷. Neppure le coppie omosessuali ricevono tutela rispetto all'unità del proprio vincolo. La conformità alla Convenzione europea di una misura di allontanamento di uno straniero omosessuale è stata esaminata dalla Corte solo sotto il profilo dell'art. 3, nel caso in cui il rimpatrio interessasse un Paese in cui la persona rischia di essere sottoposta ad umiliazioni o vessazioni, quondanche non vere e proprie torture; anche se la Corte non è mai giunta, finora ad una pronuncia di accoglimento del ricorso⁷⁵⁸. La restrizione della protezione alla sola famiglia nucleare, che peraltro ignora l'importanza che la famiglia "allargata" può rivestire nelle culture e nelle società di origine dei migranti, viene però bilanciata dalla rilevanza attribuita, quale vita privata, all'insieme delle relazioni sociali sviluppate dallo straniero residente da lungo periodo nel Paese di accoglienza⁷⁵⁹.

Il significato di "vita privata", invece, è ampio ed insuscettibile di definizione esaustiva. Esso include sia il diritto di godere di una sfera esclusiva di intimità personale sia il diritto di sviluppare la personalità intrecciando relazioni con i propri simili. Prima di tutto vi si ricomprendono molteplici aspetti del diritto all'identità personale, quali il diritto al nome, l'immagine, l'onore, la reputazione, i dati personali. In secondo luogo ivi si tutela l'identità sociale dell'individuo, intesa come "diritto allo sviluppo personale e il diritto a stabilire e mantenere rapporti con altri esseri umani ed il mondo esterno" Si tratta del cosiddetto diritto alla "vita privata sociale", che include il duplice profilo del diritto allo sviluppo personale e del diritto alle relazioni sociali⁷⁶⁰.

⁷⁵⁵ *Onur v. United Kingdom*, Application No. 27319/07, Judgment of 27 February 2009, par. 43, *Abdulaziz*, cit., parr. 62-63

⁷⁵⁶ *Ciliz v. Netherlands*, Application. N. 29192/95, Judgment of 11 July 2000, par. 70; *Berrehab v. Netherlands*, Application n. 10730/84, Judgment of 21 June 1988, par. 21.

⁷⁵⁷ *Slivenko*, cit, parr. 94 e 97.

⁷⁵⁸ Sono stati dichiarati inammissibili i casi: *I.I.N. v. the Netherlands*, Application no. 2035/04, decision on the admissibility of 9 December 2004, *F. v. the United Kingdom*, Application no. 17341/03, decision on the admissibility of 22 June 2004, sono stati cancellati dal ruolo i ricorsi: *A.S.B. v. the Netherlands*, Application no. 4854/12, Decision of 10 July 2012; *M.E. v. Sweden*, Application no. 71398/12, Decision of 8 April 2015 (Grand Chamber) ed è stato rigettato il ricorso *M.K.N. v. Sweden*, Application no. 72413/10, Judgment of 27 June 2013. Deve ricordarsi, comunque, che gli omosessuali sono ritenuti dall' UNHCR e dalla prassi applicativa della Convenzione di Ginevra e delle direttive europee in materia di protezione internazionale come soggetti appartenenti ad un determinato "gruppo sociale", pertanto, rifugiati qualora destinatari di una persecuzione perpetrata a causa del proprio orientamento sessuale nel Paese di origine: cfr. UNHCR, *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Geneva, 21 November 2008.

⁷⁵⁹ *Üner, v. the Netherlands*, GC, Application No. 46410/99, Judgment of 18 October 2006, par. 59, *Slivenko*, cit, par. 96, *C. c. Belgio*, 7.8.1996, par. 25.

⁷⁶⁰ *Niemetz v. Germany*, Application n. 13710/88, Judgment of 16 December 1992, par. 29; *Costello-Roberts v. United Kingdom*, Application No. 13134/87, Judgment of 25 March 1993, par. 36; *Pretty v. United Kingdom*, Application n. 2346/02, Judgment of 29 April 2002, par. 61. Inoltre, la nozione abbraccia profili legati all'integrità psicofisica e con essa molte questioni di bioetica (il diritto

Con riferimento alla materia del soggiorno sul territorio, come detto, il rispetto della vita familiare viene in rilievo quando i provvedimenti adottati incidano sull'unità del nucleo. Nel caso *Canepa c. Canada*, il Comitato per i Diritti Umani avvalorò un criterio per valutare l'ingerenza nel godimento della vita familiare, dichiarando:

“The separation of a person from his family by means of his expulsion could be regarded as an arbitrary interference with the family and as a violation of article 17 if in the circumstances of the case the separation of the author from his family and its effects on him were disproportionate to the objectives of removal⁷⁶¹”.

Se ne deduce *a contrario* che l'interferenza nel godimento del diritto, per essere internazionalmente lecita, deve essere proporzionata all'interesse statale che vuole tutelare. Il Comitato aveva già inteso precisare meglio il concetto di proporzionalità nel precedente caso *Stewart v. Canada*:

“(...) the interference with Mr. Stewart's family relations that will be the inevitable outcome of his deportation cannot be regarded as either unlawful or arbitrary when the deportation order was made under law in furtherance of a legitimate state interest and due consideration was given in the deportation proceedings to the deportee's family connections⁷⁶²”.

Ma è la Corte europea dei diritti dell'Uomo che, accostandosi sempre con maggior frequenza al problema, ha progressivamente disegnato nei dettagli l'intero quadro giuridico sotteso al godimento dei diritti in questione da parte dello straniero sul territorio dello Stato che lo ospita. Come già evidenziato in relazione all'art. 2 e 3 della CEDU, l'art. 8 non garantisce il diritto di entrare e risiedere in un Paese diverso da quello di cui si è cittadini, ma i provvedimenti relativi all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione degli stranieri possono incidere sui diritti in esso tutelati. Ciò avviene principalmente in caso di allontanamento dal territorio, o in ragione di un mancato riconoscimento ad un membro del gruppo familiare di un titolo di ingresso o di soggiorno. In questi casi il diritto del familiare già soggiornante sul territorio statale potrebbe essere lesa: è quest'ultimo il titolare del diritto protetto dall'art. 8 della Convenzione. Di conseguenza, il comportamento negativo (di espulsione) o positivo (di autorizzazione al soggiorno) dello Stato ospitante non è libero qualora lo imponga il rispetto del diritto dello straniero già presente sul territorio. La Corte ha esplicitato il modo in cui la protezione dell'art. 8 CEDU interagisce con i principi di diritto internazionale generale:

a conoscere le proprie origini, la procreazione medicalmente assistita, l'identità sessuale, l'interruzione della gravidanza, il diritto all'autodeterminazione). Seguendo il ragionamento della Corte, si può dire che ogni regolamentazione dell'autonomia privata dell'individuo, purché non trovi immediata giustificazione dal contatto sociale con altri soggetti ed interessi protetti costituisca un'interferenza con la vita privata, da giustificarsi ex art. 8 CEDU.

⁷⁶¹ Views of 3 April 1997, communication No. 558/1993, par. 11.4.

⁷⁶² Views of 1 November 1996, communication No. 538/1993, par. 12.10.

“The Court does not in any way underestimate the Contracting States' concern to maintain public order, in particular in exercising their right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, to control the entry, residence and expulsion of aliens (...). However, in cases where the relevant decisions would constitute an interference with the rights protected by paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1), they must be shown to be "necessary in a democratic society", that is to say justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued”⁷⁶³.

Anche in questo caso vi è un richiamo implicito all'utilizzo del criterio della *lex specialis*.

Ad ogni modo, l'art. 8 CEDU impone di trovare un giusto equilibrio tra garanzia del diritto individuale ed esigenze di controllo dei flussi migratori o di tutela dell'ordine pubblico, nel rispetto del margine di apprezzamento nazionale⁷⁶⁴. Infatti, la tutela della vita familiare e privata dello straniero data dal regime convenzionale europeo è idonea a limitare il potere dello Stato di allontanamento dell'individuo esclusivamente a certe condizioni: si tratta di una scelta di compromesso che evidenzia la valenza di ulteriori, contrapposti interessi in gioco, di fronte ai quali il diritto dello straniero è di volta in volta destinato a prevalere o a soccombere a seconda della modulazione concreta della fattispecie.

Il diritto del singolo è però in posizione di vantaggio rispetto ai contrapposti interessi statali che, nell'enunciazione dell'art. 8, si configurano come limiti la cui apposizione deve soddisfare tre condizioni: la limitazione deve essere prevista dalla legge; l'ingerenza nel diritto deve rispondere ad una finalità legittima, tra quelle espressamente e tassativamente elencate nell'art. 8 n. 2 (sicurezza nazionale, ordine pubblico, benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, la protezione dei diritti e libertà altrui); e la limitazione apposta deve essere proporzionata con riferimento all'interesse perseguito.

Si noti come in questa materia la questione del bilanciamento appaia di un'importanza decisiva. La Corte ha, perciò, dettato alcuni principi generali per valutare la proporzionalità dell'ingerenza, che si applicano alla tutela sia della vita familiare che della vita privata. In materia di espulsione dello straniero, essi ricomprendono, in via esemplificativa, la natura e la gravità del reato commesso dallo straniero, la durata del soggiorno nel territorio dello Stato di accoglienza, il lasso di tempo trascorso dall'eventuale illecito, la nazionalità dei familiari coinvolti, la situazione familiare complessiva, compresa l'effettività dei legami, la durata del matrimonio, la presenza e l'età dei figli, la solidità dei legami con il Paese di accoglienza e di origine⁷⁶⁵; qualora si avanzi, invece, una richiesta di ricongiungimento con un familiare, lo Stato di accoglienza deve valutare la ragione del soggiorno da parte del familiare migrante, la possibilità di

⁷⁶³ *Moustaquim*, cit. par. 43.

⁷⁶⁴ *Üner*, cit., par. 54; *Sen v. The Netherlands*, Application n. 31465/96, Judgment of 21 December 2001, par. 31; *Moustaquim*, cit., par. 36; *Abdulaziz*, cit. par. 67. In particolare riferite al margine di apprezzamento nazionale: *Gül v. Switzerland*, Application No. 53/1995/559/645, Judgment of 19 February 1996, par.38; *Ahmut v. the Netherlands*, No. 73/1995/579/665, Judgment of 26 October 1996, par. 63.

⁷⁶⁵ *Ex multis* si veda *Üner*, cit., parr. 59-60 e *Boultif c. Svizzera*, 2.8.2001, par. 48.

ricostruzione di una vita per la famiglia nel Paese di origine⁷⁶⁶ ed, ovviamente, in caso di minori, il superiore interesse del fanciullo⁷⁶⁷. Inoltre, la Corte accorda preponderanza all'indagine sull'esistenza di una possibilità per lo straniero di mantenere o ricostruire la propria vita familiare nel Paese di origine o altrove, con ciò differenziandosi nettamente dalla prassi del Comitato per i Diritti dell'Uomo⁷⁶⁸. Sembra potersi dire che vi sono in linea di massima tre tendenze di sviluppo giurisprudenziale: la prima riguarda una particolare attenzione all'unità familiare nella fattispecie che veda coinvolti figli minori, la seconda è volta a circoscrivere, come già detto, la nozione di famiglia in relazione ai nuclei di migranti, la terza misura il margine di apprezzamento lasciato allo Stato a seconda delle esigenze sottese alle limitazioni imposte dal Legislatore nazionale. Infatti, quando in esse si enuncino ragioni di ordine pubblico e contrasto alla criminalità, e siano volte a favorire interventi pratici finalizzati ad allontanare dal territorio soggetti resisi colpevoli di particolari gravi reati, o ad interdirne l'entrata, la Corte avvalga la valutazione interna di proporzionalità più frequentemente che nel caso di limiti dettati da mere esigenze di controllo dell'immigrazione irregolare⁷⁶⁹. In definitiva, il sistema elaborato dalla Corte di Strasburgo si presenta dettagliato, pur essendo complesso a causa della difficoltà data dalle valutazioni di merito che si inoltrano profondamente nell'ambito del margine lasciato all'apprezzamento nazionale.

Quanto fin qui detto, è valevole per gli Stati europei, molti dei quali sono anche soggetti alle norme pertinenti di diritto dell'Unione europea⁷⁷⁰. Al di fuori del continente europeo, però, la tutela del vincolo

⁷⁶⁶ *Gül, cit.*, par. 38, *Ahmut, cit.*, par. 67. L'onere della prova in questo caso grava sul richiedente, salvo nei casi di soggiorno del familiare per ragioni di protezione internazionale, ragione che di per sé prova l'impossibilità dello stesso di far ritorno al proprio Paese di origine insieme alla sua famiglia.

⁷⁶⁷ Di non essere sradicato dal suo luogo di vita abituale: *Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*, Application No. 60665/00, Judgment of 1 December 2005, par.47; *Sen, cit.*, parr. 40-42.

⁷⁶⁸ "Unlike the European Court of Human Rights, the Human Rights Committee does not seem to determine, in a first step, whether the family could follow the expellee to his country of origin before it determines the applicability of the provision. If there are family ties in the country of sojourn, it easily accepts that expulsion or deportation would interfere with family life. In the light of the many problems caused by the European approach this has to be welcomed. It is, however, too early to determine how this approach will develop in cases that are more complex than those decided thus far." Walter Kälin, "Limits to Expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights", in F. Salerno (a cura di), *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione*, cit. pp. 153-154. Si veda *Cruz Varas, cit.*, par. 88 e *C. c. Belgio*, 7.8.1996, parr. 32-36.

⁷⁶⁹ S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve...cit.*, p. 343.

⁷⁷⁰ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GUUE L 158 del 30.4.2004, pp. 77-123: par. 23 "L'allontanamento dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari per motivi d'ordine pubblico o di pubblica sicurezza costituisce una misura che può nuocere gravemente alle persone che, essendosi avvalse dei diritti e delle libertà loro conferite dal trattato, si siano effettivamente integrate nello Stato membro ospitante. Occorre pertanto limitare la portata di tali misure conformemente al principio di proporzionalità, in considerazione del grado d'integrazione della persona interessata, della durata del soggiorno nello Stato membro ospitante, dell'età, delle condizioni di salute, della situazione familiare ed economica e dei legami col paese di origine"; par. 24: "Pertanto, quanto più forte è l'integrazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari nello Stato membro ospitante, tanto più elevata dovrebbe essere la protezione contro l'allontanamento. Soltanto in circostanze eccezionali, qualora vi siano motivi imperativi di pubblica sicurezza, dovrebbe essere presa

familiare è limitata, e ancor minor preoccupazione desta la sorte della vita privata dello straniero sottoposto ad un provvedimento di allontanamento dal territorio. Infatti, le decisioni del Comitato dei Diritti dell'Uomo sull'art. 17 del Patto evidenziano con più difficoltà l'esistenza di limiti al potere di allontanamento dello straniero neanche se residente da lungo tempo nello Stato⁷⁷¹. Tuttavia, nel tempo il Comitato ha emesso decisioni maggiormente ispirate alla tutela del vincolo⁷⁷², inoltre, sotto diversi profili, le legislazioni interne di molti Stati del globo hanno scelto di considerare il vincolo familiare meritevole di tutela di fronte all'espulsione, ed il diritto all'unità familiare è stato così conosciuto dall'attività di numerose Corti nazionali⁷⁷³. Alcuni Stati hanno inteso tutelare l'unità familiare anche degli stranieri, altri hanno assoggettato ad un controllo giurisdizionale ogni provvedimento che si risolvesse in una rottura del vincolo. Le legislazioni nazionali di alcuni Stati prevedono la temporanea permanenza sul territorio di uno straniero espulso od altrimenti allontanato, a fronte di esigenze di salvaguardia della famiglia. Uno Stato può anche vietare espulsioni di minori, donne incinte o con figli piccoli, membri della famiglia a carico dello straniero

una misura di allontanamento nei confronti di cittadini dell'Unione che hanno soggiornato per molti anni nel territorio dello Stato membro ospitante, in particolare qualora vi siano nati e vi abbiano soggiornato per tutta la vita". Art. 28, par. 1: "Prima di adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, lo Stato membro ospitante tiene conto di elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e importanza dei suoi legami con il paese d'origine". L'Unione europea ha provveduto a regolamentare anche l'ingresso ed il soggiorno di familiari di residenti di lungo periodo: Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo in GUUE n. L 16/44 del 23.01.2004.

⁷⁷¹ "Recent years have seen rapid development of case law considering whether or to what extent explicit human rights norms relating to the family now constrain admission and expulsion decisions. The most extensive protections of this sort have developed under Article 8 of the European Convention for Human Rights (ECHR), which protects a person's right to privacy, home, and family life. Several decisions of the European Court of Human Rights have applied this provision to forbid the expulsion of long time alien residents (usually, but not always, individuals who first took up residence as children), even though the basis for the proposed expulsion was the commission of serious crimes. State practice outside Europe, however, is far more accepting of the expulsion of long time residents on the basis of crimes, even over objections based on family rights; and the UN Human Rights Committee has upheld such expulsions over claims based on the comparable provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Later trends in the Human Rights Committee, however, may reflect a less deferential application of Covenant norms to expulsion. But the Committee's practice remains rather undeveloped - it has had only a limited number of communications in this realm - and, in any event, the Committee has not been given the authority to provide binding interpretations of the Covenant. The ultimate test may prove to be the actual practice of states that are party to the Covenant. It remains far from certain that, outside Europe, state practice will yield so substantially to family protections in such cases", D. Martin, "The Authority and Responsibility of States", in T.A. Aleinikoff, V. Chetail (eds.), *Migration...*, cit., pp. 31-45, p. 36.

⁷⁷² Nel caso *Madafferi and Madafferi v. Australia*, HRC, Communication No. 1011/2001, Views of 26 August 2004, par 9.8, il Comitato ha espresso la convinzione che "in cases where one part of a family must leave the territory of the State Party while the other part would be entitled to remain, the relevant criteria for assessing whether or not the specific interference with family life can be objectively justified must be considered, on the one hand, in light of the significance of the State Party's reasons for the removal of the person concerned and, on the other, the degree of hardship the family and its members would encounter as a consequence of such removal."

⁷⁷³ *Memorandum on the Expulsion of Aliens* dal Segretariato dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 10 Luglio 2006, A/CN.4/565, pp. 295-297.

regolarmente soggiornante, o stranieri con legami familiari a residenti o cittadini. Anche in caso di decisioni di espulsione la prassi interna degli Stati mostra di bilanciare le esigenze della famiglia con gli interessi facenti capo allo Stato. Per le decisioni in ordine alla violazione del diritto del singolo al godimento della propria vita familiare o privata, le Corti si sono riferite a criteri quali la nazionalità degli altri componenti del nucleo, la verosimiglianza di uno sviluppo della vita familiare all'estero e le aspettative degli sposi in merito.

Ciononostante, la prassi non è univoca, e solo con molta prudenza permette di affermare che il diritto del singolo alla propria vita familiare o/e alla propria vita privata possa fungere parzialmente da argine al potere discrezionale di espulsione dello Stato. Traendo le fila del ragionamento svolto: si può ritenere che, seppur esistano strumenti di tutela adeguati, manca, a livello universale, una giurisprudenza comparabile a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo nel territorio europeo. La prassi di molte Corti interne, però, sta rapidamente evolvendo verso una maggiore attenzione al vincolo familiare e alla tutela della vita privata di alcune categorie di stranieri, lasciando intendere come la disciplina, anche internazionale, della materia sia in progressivo sviluppo.

31. Il divieto di espulsioni e respingimenti collettivi nelle convenzioni regionali a tutela dei diritti dell'uomo, e nella relativa giurisprudenza

Si parla spesso di “espulsioni collettive” ed “espulsioni di massa” come se le espressioni fossero equivalenti, mentre è opportuno operare alcune distinzioni prima di verificare lo stato del diritto internazionale in proposito vigente, soprattutto a livello regionale⁷⁷⁴. Infatti, un dato provvedimento esclusivo rivolto ad una pluralità di stranieri può astrattamente integrare sia un'ipotesi di espulsione di massa che un'espulsione collettiva, o nessuna di esse.

Si potrebbe definire meglio i concetti partendo dalla considerazione che essi si utilizzano a seconda di differenti punti di vista: l'uno qualitativo, l'altro quantitativo. Allorché uno Stato respinge od espelle in maniera indiscriminata un gruppo di individui, senza alcuna considerazione della situazione individuale di ciascuno di essi, ciò che avviene è qualificato come un fenomeno di espulsione collettiva, che si contrappone alla singola presa in carico della situazione del migrante. Quando, invece, uno Stato allontana dai propri confini un numero di persone così ampio da poter essere chiamato “massa”, indipendentemente da un pregresso esame di ciascun caso specifico o meno, si parla di “espulsione di massa”⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ In questo paragrafo ci si riferirà ad ipotesi di “espulsione” perché il termine evoca la materia nell'interesse dottrinale e giurisprudenziale sottostante, (in inglese: “collective and mass expulsions”), ma in realtà si intende compreso ogni fenomeno di esclusione dell'individuo dal territorio.

⁷⁷⁵ Il diritto internazionale non si preoccupa di delimitare quantitativamente il termine “massa”, poiché assume piuttosto il punto di vista qualitativo delle espulsioni collettive: “There is no absolute answer as to what size group constitutes a mass and what does not. In international law, this dead end has been avoided by providing qualitative, not quantitative, standards, as is more adequately reflected in the term collective expulsion.” J. M. Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 1.

Il primo fenomeno concerne il diritto del migrante di vedere esaminata la propria posizione secondo un'attenta valutazione individuale; la "espulsione di massa", invece, può frustrare esigenze di rispetto degli obblighi verso gli Stati confinanti e verso la Comunità degli Stati, in particolare sotto il profilo dell'abuso di diritto⁷⁷⁶. Infine, entrambe le ipotesi si espongono al rischio di una violazione della normativa internazionale che vieta la discriminazione, che ha in gran parte natura cogente. D'altra parte, un'esclusione di massa condotta con esame individuale di ciascun caso potrebbe anche non creare alcun problema sul fronte del rispetto del diritto del singolo: in tale, strana, ipotesi, essa non potrebbe affatto definirsi "collettiva"⁷⁷⁷. Naturalmente è ben difficile che gli apparati amministrativi statali siano in grado di sobbarcarsi un siffatto onere di fronte a varie migliaia di domande o ricorsi, perciò le espulsioni di massa sono di solito anche condotte in maniera arbitraria.

E' proprio l'arbitrarietà della decisione di esclusione il perno su cui ruotano le proibizioni internazionali avverso le espulsioni collettive. Numerose disposizioni si ritrovano nella legislazione regionale: l'art. 4 del 4° Protocollo alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, entrato in vigore nel 1968, statuisce "*The collective expulsion of alien is prohibited*"⁷⁷⁸. Di identico tenore è l'art. 22, par. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo distingue tra plurimi provvedimenti espulsivi ed un atto di espulsione collettivo come segue:

"The Court finds that collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. Moreover, the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis ..."⁷⁷⁹.

La Corte rappresenta anche che nella qualificazione pratica del caso giocheranno un ruolo chiave le concrete modalità esecutive della decisione, ad esempio il fatto che sia stato previamente dichiarato che si sarebbero effettuate operazioni di polizia al fine di individuare stranieri in posizione irregolare ed espellerli; che le persone siano state tutte convocate nello stesso giorno e orario alla polizia; nell'esistenza di provvedimenti

⁷⁷⁶ Memorandum del Segretariato dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite...cit., p. 562.

⁷⁷⁷ "Often it may not be easy to distinguish the expulsion of many individuals from the collective expulsion of a group of individuals." K. Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit., p. 111.

⁷⁷⁸ Le medesime parole sono utilizzate dall'art. 19 della Carta Fondamentale dei diritti dell'uomo dell'Unione europea, in GUCE n. C364, 18 dicembre 2000, pp. 1-22.

⁷⁷⁹ *Case of Vedran Andric v. Sweden*, Decision as to the Admissibility of Application No. 45917/99, par. 1, ragionamento riprodotto in *Hirsi*, cit., par. 184; *Case of Čonka and oth. v. Belgium*, cit., *Sultani v. France*, Application No. 45223/05, Judgment of 20 July 2007, par. 81.

fotocopia o di difficoltà per le persone nel contattare un legale o una mancata conclusione della procedura di richiesta d'asilo⁷⁸⁰.

La violazione dell'art. 4 del Protocollo 4° è stata riconosciuta dalla Corte europea nelle sentenze *Conka*, *Hirsi*, *Sharifi e Khlaifia*⁷⁸¹. Le pronunce *Hirsi e Sharifi*, in particolare hanno condannato la prassi di allontanamento di barconi di migranti in alto mare da parte dello Stato italiano. La sentenza *Hirsi*, prima in ordine di tempo, ha avuto un certo impatto politico, anche grazie all'articolata interpretazione evolutiva fornita dalla Corte del concetto di "espulsione collettiva": ai fini di far rientrare nell'alveo della norma l'ipotesi al vaglio, concretante un allontanamento avvenuto in acque extraterritoriali, la Corte ha interpretato l'espressione in senso ampio. Il desiderio dei Giudici di Strasburgo era di non svuotare la disposizione dell'art. 4 del proprio scopo e la Convenzione da ogni applicazione pratica, date le odierne caratteristiche dei flussi migratori transnazionali e delle correlate prassi di controllo. Così, oltre a soffermarsi a lungo sul problema dell'applicazione extraterritoriale delle norme della Convenzione in genere, i Giudici hanno individuato tale necessità anche per la disposizione specifica, riallacciandosi alle norme consuetudinarie riguardanti l'interpretazione dei trattati, nonché a necessità pratiche e considerazioni di buon senso⁷⁸².

⁷⁸⁰ *Conka*, parr. 59-63;

⁷⁸¹ *Sharifi... cit.; Khlaifia and oth. v. Italy*, Application n. 16483/12, Judgment of 1st of September 2015.

⁷⁸² "To reply to that question, account must be taken of the purpose and meaning of the provision at issue, which must themselves be analysed in the light of the principle, firmly rooted in the Court's case-law, that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions. Furthermore, it is essential that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders the guarantees practical and effective and not theoretical and illusory. A long time has passed since Protocol No. 4 was drafted. Since that time, migratory flows in Europe have continued to intensify, with increasing use being made of the sea, although the interception of migrants on the high seas and their removal to countries of transit or origin are now a means of migratory control, in so far as they constitute tools for States to combat irregular immigration. The economic crisis and recent social and political changes have had a particular impact on certain regions of Africa and the Middle East, throwing up new challenges for European States in terms of immigration control. The Court has already found that, according to the established case-law of the Commission and of the Court, the purpose of Article 4 of Protocol No. 4 is to prevent States being able to remove certain aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority. If, therefore, Article 4 of Protocol No. 4 were to apply only to collective expulsions from the national territory of the States Parties to the Convention, a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision, notwithstanding the fact that the conduct it is intended to prohibit can occur outside national territory and in particular, as in the instant case, on the high seas. Article 4 would thus be ineffective in practice with regard to such situations, which, however, are on the increase. The consequence of that would be that migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, would not be entitled to an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land.. It is therefore clear that, while the notion of "jurisdiction" is principally territorial and is presumed to be exercised on the national territory of States, the notion of expulsion is also principally territorial, in the sense that expulsions are most often conducted from national territory. Where, however, as in the instant case, the Court has found that a Contracting State has, exceptionally, exercised its jurisdiction outside its national territory, it does not see any obstacle to accepting that the exercise of extraterritorial jurisdiction by that State took the form of collective expulsion. To conclude otherwise, and to afford that last notion a strictly territorial scope, would result in a discrepancy between the scope of application of the Convention as such and that of Article 4 of Protocol No. 4, which would go against the principle that the Convention must be interpreted as a whole. Furthermore, as regards the exercise by a State of its jurisdiction on the high seas, the Court has already stated that the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal

Pertanto, l'aspetto innovativo della sentenza *Hirsi*, confermato dalla sentenza *Sharifi*, (riguardante la prassi di respingimenti di barconi nel mare Adriatico verso le coste della Grecia) impone di notare come, per lo meno nell'ambito europeo, le pratiche di respingimento collettivo in alto mare (od in frontiera), sono contrarie ad una norma internazionale (nella specie, l'art. 4, Prot. n. 4 CEDU) senza che sia necessario condurre valutazioni inerenti il *non refoulement* verso Paesi a rischio⁷⁸³. Recentemente, la sentenza *Khlaifia and others v. Italy* ha precisato che neppure un'identificazione dei migranti condotta caso per caso, mediante l'ausilio degli Uffici consolari del supposto Paese di provenienza è sufficiente ad evitare un'espulsione collettiva. Nella specie, i ricorrenti, di origine tunisina, erano stati identificati tramite il Consolato tunisino e rimandati in patria, in ottemperanza agli accordi bilaterali tra Italia e Tunisia sulla riammissione di migranti. L'adozione di provvedimenti di respingimento individuali però, secondo la Corte non basta ad affermare la trattazione individuale della situazione di ciascuno, in assenza di prova da parte del Governo italiano di aver condotto un'intervista nei confronti di ciascuno richiedente. La pratica ha invece dato luogo ad un respingimento collettivo proibito dal 4° Protocollo.

Infine, la Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, entrata in vigore nel 1986, formula il precetto tramite il disposto dell'art. 12, par. 5:

“The mass expulsion of non-national(s) shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups”.

Come è stato osservato⁷⁸⁴, nella definizione adottata in questa previsione convenzionale, la proibizione è limitata alle espulsioni di massa, confinate nelle espulsioni rivolte verso certi gruppi per ragioni discriminatorie. La particolarità è indubbiamente ispirata dalla deplorabile serie di espulsioni di massa che hanno avuto luogo nel continente africano negli ultimi trent'anni⁷⁸⁵. La Commissione africana ha rilevato violazioni dell'art. 12. par 5, della Carta nel caso *Rencontre Africaine pour la Defence des Droits de l'Homme v. Zambia*⁷⁸⁶, ove ha sottolineato che “those who drafted the charter considered large scale expulsion as a special threat to human rights”, concludendo che “in consequence, the action of a State targeting specific national, racial, ethnic or religious groups is generally qualified as discriminatory in this sense, as it has no legal basis”⁷⁸⁷. Anche nel caso dell'espulsione di massa di cittadini del Burundi dal

system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction.” *Hirsi*, cit., parr.175-178.

⁷⁸³ M. Di Filippo, “L'ammissione di cittadini stranieri”, cit., p. 110.

⁷⁸⁴ J. M. Henckaerts, *Mass Expulsion...*cit., p. 16

⁷⁸⁵ Una lista completa a far data dal 1945 si trova nell'*Appendix I* di J. M. Henckaerts, *Mass Expulsion...*cit, p.204. Tra i più recenti, tra gli 80.000 ed i 100.000 Mauritani dal Senegal, e 70.000 senegalesi dalla Mauritania per una disputa sui confini nel 1989; i Ghanesi, insieme a molti altri stranieri, espulsi dalla Nigeria nel 1983 e nel 1985; 10.000 Ghanesi dalla Costa d'Avorio, dopo una partita di calcio, nel 1985; 5.000 Camerounensi espulsi dal Gabon nel 1982; i cittadini della Tanzania dal Kenya nel 1980; i Beninensi dal Chad e dal Gabon (9.000) nel 1979.

⁷⁸⁶ Communication No. 71/92, 20th Ordinary Session, October 1996

⁷⁸⁷ par. 15.

Rwanda⁷⁸⁸, o di un gran numero di cittadini dell’Africa Occidentale dall’Angola nel 1996⁷⁸⁹, la Commissione ha ravvisato una discriminazione in ragione della nazionalità degli stranieri.

La differenza di intenti sottesa alla Carta africana rispetto alle formulazioni europee ed americane è palese: il valore da tutelarsi nell’art. 12 è l’uguaglianza razziale, etnica, religiosa ed il rischio da fugare è quello di espulsioni di massa di stranieri che si risolvano in atti discriminatori. Contrariamente alla Convenzione europea per i diritti dell’uomo e alla Convenzione OAS, dove è enunciato come principio generale sotteso all’intera disciplina convenzionale⁷⁹⁰, il divieto di discriminazione viene formulato esplicitamente ed è piuttosto la proibizione di arbitrarietà dell’espulsione a dover essere ricondotta ad un diverso articolo⁷⁹¹.

Jean Marie Henckaerts individua proprio nell’arbitrio, e non nella discriminazione, l’elemento di illiceità rispetto all’ordinamento internazionale presente nelle espulsioni collettive e di massa, anche se, ammette, “both aspects are covered in all three regional human rights conventions but through a different combination”⁷⁹²; l’opinione è probabilmente fondata, ma il divieto di espulsioni collettive risulta diversamente costruito a seconda che si fondi sul principio di non discriminazione piuttosto che sul divieto di prendere decisioni arbitrarie. Infatti, solo in quest’ultimo caso gli si può riconoscere autonomia rispetto alla tutela anti-discriminatoria *per se*.

Precisando: l’esigenza di riferire l’esame al singolo e non alla massa è il *quid* sotteso al divieto di espulsioni collettive accolto dal sistema europeo ed americano. La presa in carico della situazione individuale della persona precede la considerazione di ogni altro diritto, anche di natura procedimentale. L’arbitrarietà in questi casi, esula dai confini del divieto di esercizio arbitrario dello *ius excludendi* visto nel capitolo precedente. Essa ostacola *in toto* la presa in carico della situazione giuridica dell’individuo, negandone la dignità di essere umano, su cui si ancora il divieto di espulsioni/allontanamenti collettivi esaminato in questo paragrafo.

Quanto si sostiene è rafforzato dall’inclusione in dottrina, ogni qualvolta emerga una discussione in materia di espulsioni di massa o collettive, di richiami all’art. 13 del Patto sui Diritti Civili e Politici. Sebbene esso non contenga un divieto espresso, il Comitato per i Diritti Umani ha sostenuto, nel *General Comment* n. 15 che:

“Article 13 directly regulates only the procedure and not the substantive grounds for expulsion. However, by allowing only those carried out “in pursuance of a decision reached in accordance with law”, its purpose is clearly to prevent arbitrary expulsions. On the other hand, it entitles each alien to a decision in his own case

⁷⁸⁸ *Organisation Mondiale Contre la Torture and Others v. Rwanda*, Communications Nos. 27/89-46/91-49/91-99/93, 20th Ordinary Session, October 1996

⁷⁸⁹ *Union Inter-Africaine des Droits de l’Homme and Others v. Angola*, Communication No. 159/96, 22nd Ordinary Session, 11 November 1997

⁷⁹⁰ L’Art. 14 della Convenzione di Roma e l’art.1 della Convenzione americana vietano la discriminazione nell’assicurare il godimento di ogni diritto e libertà dei rispettivi strumenti.

⁷⁹¹ L’art. 7 dell’ ACHPR che garantisce a tutti il diritto ad un’audizione individuale.

⁷⁹² J. M. Henckaerts, *Mass Expulsion...* cit., p. 47, anche per ulteriori riferimenti.

and, hence, article 13 would not be satisfied with laws or decisions providing for collective or mass expulsions. This understanding, in the opinion of the Committee, is confirmed by further provisions concerning the right to submit reasons against expulsion and to have the decision reviewed by and to be represented before the competent authority or someone designated by it. An alien must be given full facilities for pursuing his remedy against expulsion so that this right will in all the circumstances of his case be an effective one. The principles of article 13 relating to appeal against expulsion and the entitlement to review by a competent authority may only be departed from when ‘compelling reasons of national security’ so require. Discrimination may not be made between different categories of aliens in the application of article 13⁷⁹³.

Come si osserva facilmente, il punto di partenza è condiviso con la Corte di Strasburgo, e le raccomandazioni sul divieto di discriminazione hanno una posizione conclusiva e marginale.

Per concludere l’analisi, non si può tralasciare un accenno alle espulsioni di massa perpetrate ai danni di cittadini di uno Stato nemico in tempo di guerra.

La disciplina principale del trattamento di civili cittadini e stranieri nello *ius in bello* si ritrova nel diritto umanitario consuetudinario, in gran parte codificato nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949⁷⁹⁴ e nel Protocollo I del 1977⁷⁹⁵. Secondo il Relatore Speciale dell’ILC in tema di *Expulsion of Aliens*, già dalla formulazione di molte norme in tali strumenti si può dedurre una parificazione nel trattamento dovuto ai civili sia stranieri che cittadini in tempo di guerra⁷⁹⁶, con conseguente irrilevanza della cittadinanza “nemica”.

Ma non solo: come ha autorevolmente statuito la Corte Internazionale di Giustizia, seguita a ruota da altri Tribunali internazionali⁷⁹⁷, il diritto umanitario non esclude l’applicazione del diritto internazionale dei diritti umani in tempo di guerra. Seguendo i principi fondamentali del diritto internazionale dei diritti umani, nonché norme specificamente applicabili alle Parti⁷⁹⁸, la Commissione arbitrale Eritrea-Etiopia ha escluso la legittimità di espulsioni collettive perpetrate dall’Etiopia sulla base dell’esclusiva circostanza che gli

⁷⁹³ HRC, General Comment No. 15, The Position of Aliens under the Covenant, cit., par. 10.

⁷⁹⁴ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, August 12, 1949, /5 UNTS p. 31; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, August 12, 1949, 75 UNTS p. 85; Geneva Convention Relative to Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949, 75 UNTS p. 135; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949, 75 UNTS p. 287.

⁷⁹⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, June 8, 1977, 1125 UNTS p. 3. Il “Protocollo II” del 1980, relativo alla proibizione e restrizione nell’uso di mine, trappole esplosive ed altri aggeggi, invece, non era in vigore tra le parti all’epoca dei fatti.

⁷⁹⁶ Kamto M., Third report...cit., pp. 43-44.

⁷⁹⁷ ICJ, *Legal Consequences*, cit., par. 106; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians Claims-Ethiopia’s Claim* 5, decision of 17 December 2004, par. 26.

⁷⁹⁸ La Carta africana sui diritti dell’Uomo e dei popoli che entra in vigore per Etiopia ed Eritrea nel 1999, la Convenzione sui diritti del Fanciullo, vincolante dal 1994...cit.

individui fossero (anche) cittadini di uno Stato nemico, quale l'Eritrea. Siffatte espulsioni sono da considerarsi arbitrarie nonostante lo stato di guerra ogni qualvolta risulti non provata la concreta pericolosità dell'individuo "nemico", pericolosità che integra un ulteriore, necessario requisito e che deve essere verificata caso per caso, al pari che in tempo di pace. La decisione contribuisce ad avvicinare notevolmente il trattamento da riservarsi agli stranieri in tempo di guerra ed in tempo di pace, tanto più che, in conseguenza della riscontrata violazione, la Commissione assegna una cospicua riparazione allo Stato dell'Eritrea chiedendo garanzie in ordine alla sua devoluzione alle vittime⁷⁹⁹. La questione, tuttavia, è ancora molto discussa⁸⁰⁰.

Si possono, infine, trarre le fila del ragionamento svolto. Il divieto di allontanamento collettivo di una moltitudine di individui si accompagna alla mancata considerazione di ciascuno di essi come persona dotata di diritti. La differenza con la violazione del tradizionale divieto di atti arbitrari risiede nella particolare ragione dell'arbitrarietà dell'atto. Nelle espulsioni collettive essa consiste nel negare la stessa titolarità in capo all'individuo di diritti, ovvero la sua dignità in quanto persona. In questo senso, questo tipo di atto arbitrario viene valutato sotto la lente dei principi generali di diritto internazionale a cui si riconnette il diritto internazionale dei diritti umani, con beneficiari gli individui. Nelle "espulsioni collettive", di fatto, ciò che si nega all'individuo è attenzione al suo stato in quanto persona, poiché viene trattato esclusivamente come parte di una collettività. E' evidente che la scelta in ordine alla presa in carico della persona è preliminare a qualsivoglia esame sul rispetto del diritto del singolo.

Sul piano prescrittivo, stante la differenza nella formulazione della Carta africana, e l'accento posto dalla Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli sui profili discriminatori delle espulsioni collettive vietate, appare prematuro insistere nel voler rinvenire una norma di diritto internazionale generale contenente il divieto di espulsioni collettive *per se*, in carenza di una preponderante *opinio iuris sive necessitatis* sul punto⁸⁰¹. Però, è certo che, sulla scia delle richiamate pronunce giurisdizionali, anche fuori dal continente europeo si sta accentuando il divario tra gli Stati che ritengono inaccettabili le espulsioni o i respingimenti collettivi, e gli Stati che invece li ritengono giustificati da considerazioni inerenti la sicurezza nazionale.

⁷⁹⁹ *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Final Award, Eritrea's Damages Claims, Award*, parr. 7-10

⁸⁰⁰ *Contra* l'opinione espressa dalla Commissione arbitrale nel caso Eritrea-Etiopia, che è condivisa anche dallo *Special Rapporteur* M. Kamto nel *Third Report...cit.* p. 45, si veda K. Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation"...cit., p. 112 ("A State may nonetheless be justified in expelling such a group without regard to the individual behaviour of its members, if the security and existence of the expelling State would otherwise be seriously endangered, for example . . . during a state of war."); G. Draper, "The Red Cross Conventions 1958", pp. 36-37, in *Digest of International Law*, vol. 10, 1968, p. 274 (che richiama "the customary right of a state to expel all enemy aliens at the outset of a conflict"); *Handbook of Humanitarian Law, in Armed Conflict, 1995*, par. 589(5), p. 287 (forced "repatriation of nationals of an enemy state must be considered as permissible"); A. D. McNair e A. D. Watts, *The Legal Effects of War*, New York, Cambridge University Press, 1966, p. 76 ("There is no rule which requires a belligerent to allow enemy subjects to remain in his territory and he is entitled to expel them if he chooses). La materia ha stimolato la discussione anche in seno alla Commissione di Diritto Internazionale: ILC *Report, A/62/10, 2007*, chp.VI, parr. 238-243; *Text and titles of draft articles 1 to 32 provisionally adopted on first reading by the Drafting Committee at the sixty-fourth session of the International Law Commission- Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, p. 12.

⁸⁰¹ Si vedano però, in senso contrario le opinioni di J.M. Henckaerts, *Mass Expulsion, cit...*pp. 45-49 e del relatore speciale Kamto in materia di *Expulsion of Aliens...cit.*2007, parr. 97-115.

Il dibattito ha ripreso piede recentemente a causa del respingimento in mare da parte di Indonesia, Malesia, Thailandia e Australia di numerosi barconi contenenti centinaia di migliaia di migranti di etnia rohingya provenienti dalla Birmania e dal Bangladesh, in fuga da persecuzioni motivate dal loro credo islamico. Mentre le Nazioni Unite hanno condannato i respingimenti, il governo e la stampa australiani li hanno legittimati, così creando un pericoloso precedente⁸⁰².

32. Le garanzie nel procedimento di espulsione

Il procedimento di allontanamento di uno straniero deve rispettare alcune garanzie in favore dell'individuo, direttamente previste dal diritto internazionale. Vi sono alcune disposizioni convenzionali di diritto internazionale dei diritti dell'uomo che si occupano espressamente di procedimenti di allontanamento dello straniero. Esse, come si vedrà nei prossimi paragrafi, interessano solo una ristretta cerchia di beneficiari, cioè gli stranieri legalmente residenti. Invero, in questa sede si preferisce indagare la vigenza di obblighi internazionali di tipo procedurale in favore di tutti gli individui sottoposti a procedimenti di natura espulsiva (si ricorda che il termine è inteso in senso ampio, comprensivo delle ipotesi di *refoulement*).

Le legislazioni nazionali differiscono considerevolmente nel caratterizzare il procedimento volto all'espulsione di uno straniero, che può anche essere più d'uno a seconda della ragione dell'allontanamento dal territorio (criminale, politica o amministrativa). Spesso l'intera procedura viene delegata all'Autorità amministrativa insieme alla decisione sull'adozione del provvedimento e alla sua revoca. In altre situazioni serve un provvedimento giudiziario. Possono essere previste procedure semplificate, od anche sommarie, in alcuni casi particolari, per esempio qualora lo straniero non abbia manifestamente alcuna *chance* di ottenere l'autorizzazione all'ingresso, o per esigenze di contrasto all'immigrazione illegale, o ad altri gravi reati, di pubblica sicurezza, di tutela dell'ordine pubblico. In alcuni Paesi vengono addirittura contemplati procedimenti speciali di espulsione per motivi economici o morali⁸⁰³.

Di solito, le procedure per l'espulsione di uno straniero non vengono caratterizzate come procedimenti penali, e ciò implica discutibili svantaggi sul piano delle garanzie all'individuo: non si applica, per esempio, il divieto di retroattività della norma sfavorevole od il principio di *ne bis in idem*. Lo stesso diritto internazionale disciplina in modo più penetrante il processo penale (art. 14 del Patto sui diritti civili e politici) rispetto al procedimento di espulsione (art. 13)⁸⁰⁴. Ne risulta agli Stati una notevole

⁸⁰²“The last time they turned back the boats”, J. Sparrow, *Overland*, 16 maggio 2015. Per la cronaca: “Rohingya boats’ people: Myanmar’s shame” su *The Economist*, 20 maggio 2015.

⁸⁰³ Per esempio in Brasile, Decreto del 1981, art. 104, Legge del 1980, art. 70. Per un ampio esame delle disposizioni di diritto interno esemplificative cfr. *Memorandum...cit.*, pp. 377-378.

⁸⁰⁴ D. Martin, “The Authority and Responsibility of States”, in T.A. Aleinikoff, V. Chetail (eds.), *Migration...*, cit., p. 39. L'autore, però, nota anche che molti diritti interni travalicano lo standard minimo dell'art. 13 del Patto, prevedendo in favore dello straniero garanzie procedurali molto più stringenti. Sull'art. 13 si veda anche *infra*, i paragrafi che seguono.

discrezionalità in ordine al come effettuare l'allontanamento dello straniero dal territorio, spesso criticata da giurisprudenza e dottrina⁸⁰⁵: già in uno studio portato avanti negli anni Cinquanta si evidenziava come "Everyone knows that to be forcibly taken away from home, and family, and friends and business, is punishment... It is even 'a penalty more severe than the loss of freedom by imprisonment for a period of years'"⁸⁰⁶. E', però, evidente il procedimento espulsivo deve tutelare, al pari che la procedura penale, i diritti fondamentali dell'individuo carattere sostanziale tra cui il diritto alla libertà personale.

In effetti, si crede che la recente sentenza della Corte Internazionale di Giustizia sul caso *Diallo*, rilevando la violazione dell'art. 9 del Patto sui diritti civili e politici e dell'art. 6 della Convenzione africana non affermi nulla di nuovo quando parifica tutte le forme e ragioni di detenzione in vista della tutela della libertà personale⁸⁰⁷. Quest'ultimo è un diritto fondamentale di natura sostanziale, che spetta ad ogni individuo, anche se straniero, ed anche qualora sia irregolare sul territorio; di conseguenza, non sembra che gli obblighi per lo Stato che ne scaturiscono direttamente, quale quello di informare l'individuo sulle ragioni della propria detenzione (art. 9, par 2, PDCP), possano essere considerati alla stregua di garanzie procedurali quali quelle di cui ci si occupa. In altre parole, quando la Corte sancisce l'obbligo di palesare le ragioni di ogni tipo di detenzione, non sta affatto discutendo di una parificazione procedurale tra detenzione amministrativa e detenzione penale, ma dell'ovvio rispetto dovuto in entrambi i casi al diritto alla libertà personale.

Come detto, l'ordinamento internazionale si è dotato di alcuni punti fermi sulle garanzie procedurali da fornirsi allo straniero in sede di espulsione. Difatti, lo standard di trattamento dello straniero si è evoluto anche nella direzione di prevedere obblighi di tipo procedurale gravanti sugli Stati, inizialmente per opera della giurisprudenza internazionale e della prassi degli Stati in relazione al divieto di abuso di potere e di arbitrarietà⁸⁰⁸. In seguito, il vincolo a fornire alcune garanzie è stato accettato dagli Stati mediante la ratifica di impegni convenzionalmente assunti nei trattati sul diritto internazionale dei diritti umani, sono riferiti in particolare all'espulsione di stranieri, solo però se legalmente residenti, e che si vedranno in seguito.

L'indagine a proposito dell'esistenza di garanzie procedurali nei confronti di tutti gli stranieri soggetti a procedimenti espulsivi può costruirsi nel seguente modo: in primo luogo si possono estrarre alcuni principi

⁸⁰⁵ G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., pp. 257-258.

⁸⁰⁶ United Nations, "Study on Expulsion of Immigrants", Secretariat, 10 August 1955, pp. 29-31, parr. 45-48 (ST/SOA.22 and Corr.2 (replaces Corr.1))

⁸⁰⁷ "In principle to any form of arrest or detention decided upon and carried out by a public authority, whatever its legal basis and the objective being pursued (...). The scope of these provisions is not, therefore, confined to criminal proceedings; they also apply, in principle, to measures which deprive individuals of their liberty that are taken in the context of an administrative procedure, such as those which may be necessary in order to effect the forcible removal of an alien from the national territory. In this latter case, it is of little importance whether the measure in question is characterized by domestic law as an "expulsion" or a "refoulement". *Diallo*, cit., par. 77. Si veda anche HRC, *General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Persons)*, 30 June 1982. La Corte, pur non ritenendosene vincolata, dà grande importanza alla giurisprudenza del Comitato, richiamandone alcune decisioni proprio nel caso *Diallo*. Invece, lo *Special Rapporteur* della Commissione di Diritto Internazionale in materia di *Expulsion of Aliens*, Maurice Kamto, sembra dare grande importanza all'assunto della Corte, all'interno del *Seventh Report* (2011), U.N. Doc. [A/CN.4/642](#), p. 9.

⁸⁰⁸ Si veda *supra* cap. II, par. 17, 19. Vedi anche: R. Plender, *International Migration Law*, cit., p. 459; R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, cit., p. 945.

generali di derivazione interna comuni a molti Stati, in secondo luogo si può valutare l'applicabilità *mutatis mutandis* anche ai procedimenti di tipo espulsivo delle norme sul "giusto processo" penale proprie di vari strumenti internazionali.

Cominciando da quest'ultima operazione, la possibilità di riferirsi alle norme sul giusto processo è stata esclusa dalla Corte europea di Strasburgo e dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite⁸⁰⁹, mentre è stata ammessa nel sistema africano ed americano⁸¹⁰. La Corte e la Commissione inter-americana per i diritti dell'uomo hanno statuito che l'art. 8 (diritto ad un giusto processo) e l'art. 25 (diritto alla tutela giurisdizionale) della Convenzione interamericana, nonché l'art. XVIII della Dichiarazione adottata nel continente, si applicano ai casi di espulsione. In particolare, la Commissione ha riconosciuto il diritto ad un'udienza pubblica, all'assistenza legale e all'esercizio della propria difesa, il diritto ad avere tempo sufficiente per addurre ragioni e prove, il diritto di vedersi previamente contestate le ragioni dell'espulsione, di proporre appello avverso le stesse e a ricevere tempestiva notifica di ogni decisione⁸¹¹. A conclusioni simili è giunta la Commissione africana⁸¹².

Entrambi gli organi di controllo ritengono che il non permettere l'accesso alla giustizia agli stranieri destinatari di un provvedimento di allontanamento dal territorio ed il non fornire loro un processo equo integrino violazioni sia delle norme sul giusto processo che delle norme che prevedono il rispetto del

⁸⁰⁹ In riferimento alla non applicabilità dell'art. 14 del Patto, si vedano le seguenti decisioni del Comitato: *Zundel v. Canada*, Communication No. 1341/2005, Views of 4 April 2007, par. 6.8. *Ahani v. Canada*, Communication No. 1051/2002, Views of 15 June 2004, par. 10.9; *Surinder Kaur v. Canada*, Communication No.1455/2006, Views of 18 November 2008, paras. 7.4-7.5; *P.K. v. Canada*, Communication No. 1234/2003, Views of 3 April 2007, paras. 7.4-7.5; La Corte di Strasburgo, invece, si è espressa escludendo l'applicazione dell'art. 6 della Convenzione nei casi *Muminov v. Russia*, Application No. 42502/06, Judgment of 11 December 2008, para. 126; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, GC, Applications Nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005, para. 82; *Maaoui v. France*, GC, Applications Nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005, paras. 39-40, *Penafiel Salgado v. Spain*, Application no. 65964/01, Judgment of 16 April 2002; e *Sardinas Albo v. Italy*, Application no. 56271/00, Judgment of 8th January 2004

⁸¹⁰ IACtHR, *Juridical Condition*, cit., parr. 124-127; *Case of Vélez Loor v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs*. Judgment of November 23, 2010 Series C No. 218, par. 146; *Riebe Star and Others v. Mexico*, IACHR, Case 11.160, Report No. 49/99, 13 April 1999, Merits, 13 April 1999, par. 71. *Habal and son v. Argentina*, IACHR, Case 11.691, Report No. 64/08, Merits, 25 July 2008, par. 53; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, par. 401. Nel Sistema africano, *Organisation Mondiale Contre la Torture (OMCT) and Others v. Rwanda*, ACommHPR, Communications No. 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, 20th Ordinary Session, October 1996., p.49, 52; *Rencontre Africaine pour la Defence des Droits de l'Homme (RADDH) v. Zambia*, ACommHPR, Communication No. 71/92, 20th Ordinary Session, October 1996, p.60, par. 29; *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola*, ...cit., parr. 19-20; *Amnesty International v. Zambia*, ACommHPR, Communication No. 212/98, 25th Ordinary Session, May 1999, parr. 38, 42, 53; *IHRDA v. Republic of Angola*, cit., par. 59; *ZLHR and IHRD*, cit., parr. 106-109; *Good v. Republic of Botswana*, ACommHPR, Communication No. 313/05, 47th Ordinary Session, May 2010, parr. 161-163, 179-180.

⁸¹¹ *Vélez Loor v. Panama*, IACtHR, ...cit., par. 146; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit., fn. 502, para. 403; *Riebe Star and Others v. Mexico*, cit., para. 71.

⁸¹² *OMCT and Others v. Rwanda*, cit., p.49, 52; *RADDH v. Zambia*, cit., para. 29; *UIADH and others v. Angola*, cit., paras. 19-20; *Amnesty International v. Zambia*, cit., paras. 46 and 61; *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola*, cit., para. 59.

principio di legalità (art. 22 ACHR e 12, par. 4, ACHPR). La Commissione africana rileva anche un *vulnus* al diritto ad una decisione ad opera di un'istanza giurisdizionale indipendente (art. 26 ACHPR), mentre è il diritto ad un accesso effettivo alla giustizia a venire in gioco nel continente americano (art. 25 ACHR).

Al contrario, si è detto, la Corte europea per i diritti dell'uomo ed il Comitato delle Nazioni Unite rifiutano di applicare ai destinatari di provvedimenti espulsivi le norme sull'equo processo. Anch'esse, però, forniscono garanzie procedurali agli espellendi che siano regolari sul territorio (rispettivamente tramite la norma dell'art. 1 del Protocollo n. 7 e dell'art. 13 del Patto, su cui si dilungherà nei paragrafi che seguono).

Per quanto riguarda, invece, i principi che potrebbero essere ricavati dalla prassi degli Stati, essi in larga parte coincidono con le garanzie già enunciate, e sono: il diritto a ricevere notizia della decisione di allontanamento, il diritto a presentare le proprie ragioni, anche in una pubblica udienza dove presenziare personalmente, il diritto ad una difesa tecnica e ad avere gli atti processuali tradotti nella propria lingua⁸¹³. La decisione deve essere adeguatamente motivata e notificata, oltre ad essere passibile di impugnazione, come si vedrà parlando del diritto ad un ricorso effettivo. Inoltre, da uno studio comparato delle legislazioni interne degli Stati, il diritto a subire una detenzione dignitosa, emerge anche come principio generale internazionale, oltre che essere consacrato in norme sostanziali di diritto internazionale dei diritti umani. Infine, si richiamano le norme sul diritto alla protezione consolare della Convenzione di Vienna del 1963, in gran parte di natura consuetudinaria. Non è detto che ognuna di queste garanzie procedurali sia attualmente consacrata in una norma di diritto internazionale generale a beneficio di tutte le categorie di stranieri, indipendentemente dalla qualità del loro soggiorno. Sarebbe certo interessante un'analisi volta a verificare se, data la frequenza della loro ripetizione sul piano interno, siffatte garanzie procedurali possano anche traspirarsi sul piano internazionale in quanto principi generali di diritto ai sensi dell'art. 38 lettera c) dello Statuto della Corte di Giustizia; oppure se esista una prassi degli Stati ed una loro *opinio* nel senso di considerare queste garanzie alla stregua di norme internazionali vincolanti: in questi casi si sarebbe formata una norma di diritto internazionale generale statuente l'applicazione di una o l'altra di esse anche in caso di un procedimento espulsivo. Tale norma trarrebbe la propria *ratio* dalla protezione del diritto dell'individuo.

Nonostante nel concreto tale indagine esuli dalla portata del presente lavoro, il fatto stesso della sua utilità dimostra come non siano oggi del tutto chiari i confini sul piano internazionale del potere espulsivo dovuti agli obblighi internazionali procedurali vigenti *erga omnes* ed a beneficio di tutti gli stranieri.

⁸¹³ Sarebbe certo troppo dispendioso in questa sede procedere ad un esame comparato delle disposizioni di legge interna che prevedono questa o quella garanzia, di esse da conto il *Memorandum...cit.*, pp. 378 ss.

33. La conformità del provvedimento alla legge

Secondo una norma di diritto internazionale generale l'allontanamento dello straniero deve essere il risultato di un provvedimento adottato in conformità alla legge⁸¹⁴. Il principio di conformità alla legge si applica sia in relazione agli aspetti sostanziali dell'ordine di allontanamento, che deve essere emesso per i motivi previsti dalla legge, che nella procedura con cui quest'ultimo viene dapprima emanato e poi eseguito⁸¹⁵. Infatti, come si ricorderà, tale principio risponde ad imperative esigenze di salvaguardia dello stato di diritto: permette la conoscibilità dei precetti, la ragionevole previsione delle conseguenze ed è baluardo avverso l'azione discrezionale dell'autorità esecutiva.

La norma internazionale richiede un'interpretazione del termine "legge" che sia attenta alla sostanza, cosicché sia ricompresa ogni prescrizione avente le caratteristiche di generalità ed astrattezza, idonea a soddisfare i suddetti scopi del principio⁸¹⁶. E' altrettanto pacifico che, il provvedimento debba essere valutato alla luce delle leggi interne dello Stato che effettua l'espulsione, come interpretate dalla sua propria giurisprudenza. Come è ovvio, però, il diritto interno deve attraversare un vaglio di legittimità alla luce del diritto internazionale⁸¹⁷. Tanto è stato riconosciuto dalla giurisprudenza internazionale altresì nel campo dell'allontanamento dello straniero dal territorio.

Nel caso *Boffolo*, l'Arbitro ha ritenuto che le ragioni del provvedimento espulsivo contrastassero con la Costituzione venezuelana, e quindi ha giudicato l'espulsione contraria al diritto internazionale⁸¹⁸. La Commissione e la Corte europea per i diritti dell'uomo, così come il Comitato delle Nazioni Unite, d'altra parte, hanno sempre lasciato grandi margini allo Stato in merito all'esame sull'applicazione delle propria legislazione interna. Nel caso *Maroufidou v. Sweden*, il Comitato ha ricordato come la legge svedese

⁸¹⁴ "General international law imposes as a precondition to the validity of an order of expulsion the requirement that it be made in accordance with law", G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 308.

⁸¹⁵ *Maroufidou v. Sweden*, HRC, Communication No. 58/1979, Views of 8 April 1981, § 9.3; *Lupsa v. Romania*, ECHR, Application No. 10337/04, Judgment of 8 June 2006, par. 56-61; *Kaya v. Romania*, Application No. 33970/05, Judgment of 12 October 2006, par. 56-61; *Good v. Republic of Botswana*, ACommHPR, Communication No. 313/05, 47th Ordinary Session, May 2010 par. 204.

⁸¹⁶ La Corte di Strasburgo ha precisato i requisiti della "legge" nelle sentenze *Lupsa*, cit., par. 55; *Kaya*, cit., par. 55; *C.G. and Others v. Bulgaria*, Application No. 1365/07, Judgment of 24 April 2008, par. 73, nel senso che essa sia prevedibile, accessibile che protegga contro l'arbitrio dell'autorità pubblica.

⁸¹⁷ S. Verosta, "Denial of Justice", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia...*, cit.: "A State is liable for the practice and jurisprudence of its courts even if under the State's own domestic law the courts are not subject to executive power and the decisions cannot be altered once they have entered into force" (p. 1007). "Governing Rule 12 Expulsion or Deportation of Aliens: A State may expel or deport an alien only in accordance with its laws and regulations and in conformity with generally accepted principles of international law and applicable international agreements. This governing rule enunciates two basic norms: firstly, deportation or expulsion should occur only in accordance with the laws and regulations of the State and, secondly, such laws and regulations should conform to generally recognized rules of international law." L. B. Sohn and T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, cit., p. 89. Vedi anche: G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, cit., p. 237; R. Plender, "The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law", in *The Review - International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, pp. 23-24.

⁸¹⁸ *Boffolo Case...* cit. p. 537.

utilizzata a parametro di legalità del provvedimento espulsivo dovesse essere conforme alle previsioni del Patto, ma ha altresì palesato il seguente approccio, passato alla storia come “*formula Maroufidou*”:

“The Committee takes the view that the interpretation of domestic law is essentially a matter for the courts and authorities of the State party concerned. It is not within the powers or functions of the Committee to evaluate whether the competent authorities of the State party in question have interpreted and applied the domestic law correctly in the case before it under the Optional Protocol, unless it is established that they have not interpreted and applied it in good faith or that it is evident that there has been an abuse of power”⁸¹⁹

Tramite questa formula la giurisprudenza internazionale coniuga l’esame sull’rispetto del principio di conformità alla legge con l’esame sul rispetto dei principi di buona fede e di divieto di abuso di diritto esaminati nel secondo capitolo, in questo modo riservandosi una valutazione ultima sull’interpretazione delle norme interne.

Il passo successivo⁸²⁰ è compiuto con la decisione nel caso *Hammel v. Madagascar*, provocato dall’improvvisa espulsione dell’avvocato Hammel dal Paese. In quella circostanza, era evidente l’arbitrarietà del provvedimento: il sig. Hammel svolgeva, difatti, attività di rappresentanza di cittadini del Madagascar contro il proprio Stato di fronte al Comitato stesso. Quest’ultimo ritenne, perciò, l’espulsione illecita in quanto illegale. L’illegalità venne sancita, però, rapportando il provvedimento direttamente con lo “spirito del Patto”, complessivamente inteso; nell’esame non ci si riferì né all’art. 13 del Patto, né alla normativa interna del Madagascar⁸²¹.

La Corte di Strasburgo, dal canto suo, si è frequentemente posta limiti nella revisione di una misura statale sotto il profilo della “previsione per legge”, lasciando priorità allo Stato, ma senza escludere del tutto la propria competenza a pronunciarsi in materia. Difatti, nelle occasioni in cui le corti nazionali hanno esse stesse messo in dubbio la legittimità di un provvedimento, come nel caso *Bozano v. France*, la Corte ha ritenuto possibile concludere che l’espulsione e la conseguente detenzione non fossero legittime:

“Even if the arguments of those appearing before the Court and the other information in the file are not absolutely conclusive in the Court’s view, they provide sufficient material for the Court to have the gravest doubts whether the contested deprivation of liberty satisfied the legal requirements in the respondent State”⁸²².

⁸¹⁹ Views adopted on 9 April 1981, Communication No. R 13/58, par. 10.1.

⁸²⁰ Secondo il percorso ricostruito da: G. Gaja, “Expulsion of Aliens...”, cit., pp. 297-299.

⁸²¹ Views adopted on 3 April 1987, Communication No. 155/1983, par. 19.3. La violazione dell’art. 13 da parte del Madagascar venne, però, ritenuta sussistere per non aver l’Autorità messo il ricorrente nella possibilità di poter esperire un ricorso effettivo. Sul tema si veda *infra*, par. 34.

⁸²² Application n. 9990/82, Judgement of 18 December 1986, par. 58.

Anche in questo caso, la Corte ha giustificato l'intervento con l'intenzione di salvaguardare i principi di diritto internazionale generale che, prescrivendo l'obbligo di una base legale, arginano la possibilità di una scelta arbitraria da parte dello Stato, che nasconda un abuso del potere/diritto di espulsione⁸²³.

Recentemente è intervenuta nel dibattito la Corte Internazionale di Giustizia, espressasi a tal proposito nel caso *Diallo* del 2010⁸²⁴. La Corte, giudicando in merito alle asserite violazioni dell'art. 13 del Patto e dell'art. 12, par. 4, della Carta africana, ha confermato:

“It follows from the terms of the two provisions cited above that the expulsion of an alien lawfully in the territory of a State which is a party to these instruments can only be compatible with the international obligations of that State if it is decided in accordance with “the law”, in other words the domestic law applicable in that respect. Compliance with international law is to some extent dependent here on compliance with internal law. However, it is clear that while “accordance with law” as thus defined is a necessary condition for compliance with the above-mentioned provisions, it is not the sufficient condition. First, the applicable domestic law must itself be compatible with the other requirements of the Covenant and the African Charter; second, an expulsion must not be arbitrary in nature, since protection against arbitrary treatment lies at the heart of the rights guaranteed by the international norms protecting human rights, in particular those set out in the two treaties applicable in this case”⁸²⁵

“The Court recalls that it is for each State, in the first instance, to interpret its own domestic law. The Court does not, in principle, have the power to substitute its own interpretation for that of the national authorities, especially when that interpretation is given by the highest national courts (...). Exceptionally, where a State puts forward a manifestly incorrect interpretation of its domestic law, particularly for the purpose of gaining an advantage in a pending case, it is for the Court to adopt what it finds to be the proper interpretation”⁸²⁶.

Nella soluzione del caso, secondo la Corte, la vaghezza delle ragioni addotte dalla Repubblica congolese per giustificare l'espulsione del sig. *Diallo* era equivalente alla loro assenza, pertanto il provvedimento non era rispettoso della normativa interna prescrivente l'obbligo di motivazione. La richiesta di una base legale per la decisione di espulsione sottende che le norme sul potere debbano ricevere un'interpretazione conforme a buona fede e senza abuso di diritto.

Ci si deve tuttavia domandare se tale principio nell'ordinamento internazionale, assuma anche le vesti di diritto del migrante in relazione al suo ingresso e permanenza nel territorio dello Stato, ed in caso di

⁸²³ Su cui si veda *supra*, cap. 2, par.17.

⁸²⁴ Nella propria dichiarazione congiunta, i Giudici Keith e Greenwood e, nella propria opinione dissenziente, il Giudice *ad hoc* Mampuya, osservano come il divieto sostanziale di arbitrarietà non possa essere fatto discendere dal testo delle disposizioni convenzionali invocate, le quali prevedono solo obblighi di natura procedurale, ma come esso ne sia piuttosto lo scopo e l'effetto, oltre ad essere oggetto di norme internazionali di diversa natura comunque vincolanti per le Parti (su cui *supra*, cap. 2, par. 19).

⁸²⁵ ICJ, *Diallo*, cit., par. 64.

⁸²⁶ *Ibidem*, par. 70.

soluzione positiva alla questione, a quali condizioni. In relazione alla posizione di stranieri regolarmente presenti sul territorio di uno Stato, esso è stato riconosciuto in numerosi trattati tra cui il Patto sui diritti civili e politici (art. 13), la Convenzione americana sui diritti umani del 1969 (“Patto di San José”, art. 22), la Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli del 1981 (art. 12, comma 4), il Protocollo alla Convenzione europea sui diritti dell’uomo (art. 7), e la Convenzione per la Protezione dei lavoratori migranti e delle loro famiglie del 1990 (art. 22, comma 2). Per quanto riguarda il trattamento dei migranti irregolari, invece, non esistono disposizioni convenzionali che riconoscano un loro diritto ad avere una decisione di espulsione conforme alla legge. Ciononostante, come detto, le loro sorti dipendono dalla configurazione di tale diritto. Con ciò si intende che, anche grazie alla presenza delle disposizioni citate, potrebbe sostenersi che esso rappresenti, oltre che un principio giuridico fondamentale dell’ordinamento, anche un diritto dell’individuo, consacrato in una norma internazionale generale, sia essa una consuetudine oppure un principio generale di diritto.

Al momento non vi è appiglio in alcuna disposizione di diritto positivo, mentre ne esistono sul diritto ad una decisione conforme alla legge solo come diritto del migrante regolare. E’ pur vero, però, che sia l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, già nel 1975, che la Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite, in tempi più recenti, si sono espresse nel senso di un’estensione del principio in questione anche a favore di misure riguardanti l’allontanamento dal territorio di migranti irregolari. La CDI, in particolare, ritiene oggi esistere un’*opinio iuris* in tal senso, tant’è che ha inteso modificare il Progetto d’articoli n. 4 sottopostagli dallo *Special Rapporteur* in materia di “*Expulsion of Aliens*”, eliminando l’espressione “(alien) *lawfully resident*”. L’articolo è così formulato nel Progetto definitivo:

Art. 4: Requirement for conformity with law. “An alien may be expelled only in pursuance of a decision reached in accordance with law.”

34. Il diritto ad un ricorso effettivo

La tutela dei diritti sostanziali dello straniero destinatario di un provvedimento di allontanamento dal territorio passa necessariamente attraverso l’attribuzione al titolare di uno strumento volto a fare valere tali diritti di fronte all’Autorità.

Qualora l’allontanamento dal territorio provochi l’asserita lesione di un diritto dello straniero tutelato da norme internazionali, sia numerose disposizioni convenzionali sia una norma di natura consuetudinaria prescrivono allo Stato di predisporre i mezzi per un controllo effettivo sulla decisione lesiva. In una siffatta prospettiva rimediale, il diritto dello straniero ad un ricorso sfuma all’interno dei contorni del diritto sostanziale che merita di essere fatto valere ed esiste in tanto in quanto sia attribuito il secondo.

Le convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani sono costellate da norme volte a riconoscere il diritto dell'individuo ad un ricorso effettivo ai fini della tutela di uno dei diritti contenuti negli strumenti medesimi. Così, l'art. 13 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali prevede:

“*Everyone* whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

Un' analoga tutela processuale per i diritti *ivi* contemplati viene fornita dall'art. 2, comma 3, del Patto sui diritti civili e politici, e dall'art. 47 della Carta di Nizza per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea⁸²⁷. La Convenzione americana dei diritti umani estende l'applicabilità del diritto ad un rimedio effettivo sia alla protezione dei diritti sanciti dalla medesima che avverso la violazioni di norme interne (art. 25), mentre, al contrario, l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo prevede che si predispongano mezzi di tutela contro *vulnus* di diritti riconosciuti dalla costituzione o dalla legge dello Stato⁸²⁸.

Il significato delle citate disposizioni è che il diritto dello straniero ad un rimedio avverso la decisione di esclusione dal territorio sorge ogni qual volta il provvedimento esclusivo viola una norma convenzionale.

Si è visto che ciò accade di frequente. Per esempio, nel caso *Conka v. Belgium*⁸²⁹, la Corte europea ha rilevato una violazione dell'art. 13 per la mancata predisposizione di un rimedio effettivo contro un'espulsione collettiva effettuata in contrasto con la norma dell'art. 4, del Protocollo 4. In un'altra occasione, nel caso *Chahal*⁸³⁰, l'allontanamento del ricorrente dal territorio inglese è stato giudicato lesivo dell'art. 3, vietante la sottoposizione a tratti inumani o degradanti, e dell'art. 13, in quanto lo straniero non era stato messo in grado di far valere la propria posizione. Ad ogni modo, a prescindere dal vigore delle disposizioni citate, sembra potersi affermare l'esistenza di una norma internazionale di carattere generale che impone la predisposizione di un *remedy* ogniqualvolta ci si trovi in presenza di una possibile lesione ad un diritto. Difatti, deve potersi affermare il principio secondo il quale qualsiasi individuo deve poter usufruire di un ricorso avverso la lesione ad un diritto che riconosciutogli⁸³¹. Si può parlare, in proposito, di un

⁸²⁷ *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1. Come è noto, l'art. 6 del TUE attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico di cui godono i trattati.

⁸²⁸ Avverte rispetto alla conseguenza di un possibile abbassamento del livello di tutela a causa di una tale scelta della Dichiarazione F. Francioni, in “Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale”, in F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti, T. Scovazzi (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 32.

⁸²⁹ *Conka v. Belgium*, Application No. 51564/99, Judgment of 5 February 2002, par. 79.

⁸³⁰ *Chahal...cit.*, par. 151.

⁸³¹ Vedi: B. Conforti, *Diritto Internazionale*, 8a ed., Napoli, Edizioni Scientifiche, 2010, pp. 380-381, sulla artificiosità della distinzione fra norme primarie e norme secondarie che prevedono una sanzione per la loro violazione. La distinzione è stata recentemente utilizzata dalla Corte Internazionale di Giustizia nella discussa soluzione del caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, Judgment of 3rd February 2012, I.C.J. Reports 2012, p. 99.. Vari studiosi avevano già sostenuto questa tesi: A. Zimmermann, “Sovereign Immunity and Violation of International *Jus Cogens*. Some Critical Remarks”, in

obbligo dello Stato di garantire la protezione giudiziaria (in senso lato) contro la violazione dei diritti umani. A quest'obbligo dello Stato corrisponde un diritto dell'individuo all'accesso alla giustizia o, usando una terminologia diversa ma analoga, un diritto dell'individuo ad un ricorso interno effettivo, inteso qui in senso procedurale. Francesco Francioni ritiene che anche alcuni diritti sociali, economici, culturali, previsti dall'omonimo Patto delle Nazioni Unite siano strettamente collegati con le libertà fondamentali e, pertanto, la loro azionabilità non possa essere esclusa a priori solo perché ivi non prevista, argomentando proprio sulla base della suddetta norma consuetudinaria⁸³². Si deve anche osservare che nel diritto interno spesso tale tutela è comunque accordata allo straniero, ma l'ordinamento internazionale è ancora restio a riconoscere un vincolo agli Stati a tal proposito.

In tutti gli altri casi, in cui non viene *prima facie* in gioco la lesione di alcun altro diritto, ma comunque esiste l'interesse dello straniero ad impugnare l'atto di esclusione, si apre la discussione in merito alla possibilità di configurare la possibilità di ricorso non più come mera garanzia procedurale, ma come diritto a sé. In altre parole, ci si domanda se invece che di "*right to a remedy*", espressione che presuppone un previo atto/comportamento illecito dello Stato, possa parlarsi semplicemente di un "diritto al ricorso" per far valere qualsiasi interesse, inteso cioè in senso sostanziale. In questa diversa ipotesi, non rileverebbe quale tutela avessero gli interessi sottesi.

La questione è ancora discussa e riguarda l'esistenza o meno di un diritto sostanziale avente ad oggetto il diritto all'accesso alla giustizia da parte di qualsiasi individuo, indipendentemente dai contenuti della pretesa fatta valere. Francesco Francioni ritiene che la giurisprudenza tenda ad interpretare evolutivamente le norme: mentre queste ultime porterebbero "alla conclusione che l'accesso alla giustizia debba essere considerato formalmente come garanzia procedurale di altri diritti e libertà sostanziali protetti a livello di trattati o di diritto interno dello Stato⁸³³", nelle decisioni dei tribunali la distinzione tra diritto sostanziale diritto alla tutela giurisdizionale spesso diventa vaga e si tende alla configurazione di un diritto sostanziale ad un ricorso

Michigan JIL 1995, p.438 ss.; J. Bromer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 195 ss.; C. Tomuschat, "L'immunité des états en cas de violations graves des droits de l'homme", in *RGDIP*, vol. 109, 2005, p. 51 ss.; C. Focarelli, "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", in *RDI*, vol. 90, 2007, p.637 ss.; R. Kolb, "Observations sur l'évolution du concept de *jus cogens*", in *RGDIP*, vol. 113, 2009, p. 837 ss.; A. Gattini, "The Dispute on Jurisdictional Immunity of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change in the Law?", in *LJIL*, vol 24, 2011, p. 178 ss. Sulle posizioni opposte a quelle sostenute dagli autori appena richiamati: P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international...", cit., pp. 280-283; A. Bianchi, "L'immunité des états et les violations graves de droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international", in *RGDIP*, vol. 108, 2004, p.53 ss., specialmente a p. 96 ss.; A. Cassese, *Diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 111; N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, 2° ed., Torino, Giappichelli, 2007, p. 172; *Idem*, "Ius cogens", in M. Flores, T. Groppi, R. Pisillo Mazzeschi (a cura di), *Diritti umani: cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario - Vol. II, Torino, UTET, 2007, p. 806, il quale afferma che "le norme cogenti, essendo al vertice delle fonti, prevalgono sulle semplici norme consuetudinarie". Vedi anche: F. Salerno, *Diritto internazionale: Principi e norme*, Padova, Cedam, 2008, pp.420-429, spec. pp. 426-429, il quale sostiene che una norma consuetudinaria imperativa prevale su una norma consuetudinaria dispositiva, anche se le due norme non insistono sulla stessa materia.

⁸³² Francioni, "Il diritto d'accesso...cit.", p. 32.

⁸³³ "Il diritto di accesso...cit.", p.

effettivo⁸³⁴. Inoltre, si è già detto che parte della dottrina, in linea con le sentenze delle Corti africana ed americana⁸³⁵, ritiene applicabili, alle decisioni di esclusione dal territorio le norme positive relative al “giusto processo”, che, pertanto, fagociterebbero il contenuto del diritto ad un accesso effettivo alla giustizia.

Ad ogni modo, le disposizioni di diritto positivo vincolanti gli Stati sul piano internazionale, al momento di attribuire allo straniero il diritto ad un ricorso avverso una decisione di espulsione, erigono un netto confine tra stranieri regolari ed irregolari sul territorio. Così, l’art. 13 del Patto sui Diritti Civili e Politici statuisce che:

“An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled there from only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority.”⁸³⁶,

Il Comitato per i diritti dell’uomo ha ricordato che il diritto ad un ricorso, al pari delle altre garanzie previste dall’art. 13, può essere escluso solamente nel caso di “compelling reasons of national security”, e che il ricorso fornito deve presentare la caratteristica dell’effettività. Ha, inoltre, precisato che il termine “lawfully” indica una situazione giuridica da determinarsi secondo le norme interne dello Stato in cui si trova lo straniero, al momento della decisione di allontanamento⁸³⁷.

La medesima garanzia è fornita agli stranieri regolari sul territorio dall’art. 7 della *Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Nationals of the Country in which They Live*, annessa alla Risoluzione dell’Assemblea Generale n. 40/144⁸³⁸. Anche l’art. 9 della Convenzione europea sullo *status* dei lavoratori migranti, l’art. 83 della Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia, l’art. 32 della Convenzione sullo *status* dei rifugiati e l’art. 31 della Convenzione relativa allo *status* degli apolidi, prevedono che ai beneficiari –necessariamente in una posizione di regolarità sul territorio- venga offerta la possibilità di un ricorso avverso l’allontanamento dal territorio. In Europa, il

⁸³⁴ *Ibidem*, pp. 34 ss., anche per una carrellata delle decisioni giurisprudenziali rilevanti.

⁸³⁵ Si veda *supra*, par. 32. “When no right under the Convention comes into consideration, only the procedural guarantees that concern remedies in general are applicable. While Article 6 only refers to remedies concerning ‘civil rights and obligations’ and ‘criminal charges’, the Court has interpreted the provision as including also disciplinary sanctions. Measures such as expulsion that significantly affect individuals should also be regarded as covered”, G. Gaja, “Expulsion of Aliens...”, *cit.*, pp. 309-310.

⁸³⁶ Per una violazione della disposizione in questione si veda il caso risolto dal Comitato per i Diritti dell’Uomo, *Giry v. Dominican Republic*, Communication No. 193/1985, Views of 20 July 1990.

⁸³⁷ HRC, General Comment No. 15: The Position of Aliens under the Covenant, *cit.*, par. 9-10. Agli Stati viene lasciata anche libertà di scelta in merito allo scopo del ricorso, che può interessare meramente la legittimità del provvedimento di espulsione, oppure permettere un suo riesame nel merito, mediante il rinnovo del bilanciamento sugli aspetti fattuali della vicenda: G.S. Goodwin-Gill, *International Law...*, *cit.*, p. 265.

⁸³⁸ Resolution 40/144, Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Nationals of the Country in which They Live, 13 December 1985.

disposto letterale dell'art. 1 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea sui diritti dell'Uomo, non lascia dubbi sul fatto che solo gli stranieri regolarmente residenti possano beneficiare di tale garanzia.

Tuttavia, la rigidità di tale confine, certo eretto per ragioni di opportunità, è scossa dalla prassi più recente. La prassi internazionale si spinge nel senso di individuare l'esistenza di un diritto sostanziale all'accesso alla giustizia, che spetti ad ogni individuo indipendentemente dalla sua condizione di cittadino o straniero e, tra questi ultimi, incondizionatamente dallo stato di regolarità sul territorio. L'emersione di tale diritto è particolarmente evidente in caso di ricorso contro atti di allontanamento dal territorio, ed è stata palesata da alcune decisioni della Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli:

“The Commission does not wish to call into question nor is it calling into question the right of any State to take legal action against illegal immigrants and deport them to their countries of origin, if the competent courts so decide. It is however of the view that it is unacceptable to deport individuals without giving them the possibility to plead their case before the competent national courts as this is contrary to the spirit and letter of the Charter *and international law*.⁸³⁹”

Anche l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa si è espresso in tal senso⁸⁴⁰. Infine, la Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite ha inteso aderire a tale spinta evolutiva della norma, eliminando il requisito della legalità del soggiorno che lo *Special Rapporteur* in materia di “Expulsion of Aliens” aveva inserito nel progetto di articolo 26 “*Procedural rights of aliens subject to expulsion*”⁸⁴¹. Se la spinta venisse accolta, potrebbe cristallizzarsi per la prima volta una nuova norma di diritto internazionale sancente il diritto *per se* di ogni straniero a mettere in questione la decisione statale relative alla propria presenza sul territorio, indipendentemente dall'allegazione del *vulnus* di altri diritti.

⁸³⁹ ACommHPR, *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola...cit.*, par. 20. Inoltre, ACommHPR *Amnesty International v. Zambia...cit.*

⁸⁴⁰ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1624 (2003): Common policy on migration and asylum, 30 September 2003, par. 9.

⁸⁴¹ Si veda *Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, 64th Session (2012), in relazione al progetto di articolo 26, pp. 28-29. Si è, attualmente, in attesa dell'emissione di un commentario al Progetto di articoli.

CONCLUSIONI

35. Inadeguatezza dei criteri interpretativi tradizionali rispetto alla soluzione del conflitto tra diritto del migrante e *ius excludendi*

Nel primo capitolo si sono espone alcune teorie che, partendo da differenti ricostruzioni delle relazioni tra norme di diritto internazionale, in particolare tra quelle sottese alla sovranità statale e ai diritti dell'individuo straniero di fronte allo Stato, rilevano e conseguentemente tentano di comporre la tensione tra le prime e le seconde. Di ciascuna di esse si sono rilevati punti di forza e criticità. Si è visto che tradizionalmente i conflitti fra norme vengono risolti mediante l'utilizzo dei principi interpretativi scaturenti dal diritto dei trattati, valevoli in ogni contesto normativo, indipendentemente dal contenuto delle varie norme che in esso convivono, e che la Commissione di Diritto Internazionale, nel proprio lavoro sulla frammentazione del diritto internazionale, si schiera in favore dell'efficienza e della sufficienza di tale metodo. Anche le Corti ed i tribunali internazionali, nelle loro decisioni, hanno finora approcciato la tematica del contrasto tra diritto del migrante e *ius excludendi* con tali strumenti, ma permangono perplessità sul grado di efficacia e sulla congruità di tale soluzione.

Preliminarmente si osserva che di rado i tribunali esplicitano i criteri utilizzati nella composizione di conflitti tra norme: le giurisdizioni sono di solito chiamate a risolvere problemi concreti, applicando le norme che ritengono prevalere nel conflitto, mentre quelle "soccombenti" semplicemente non vengono in rilievo. Ciò avviene senza che generalmente venga impostato il problema in termini di conflitto tra norme giuridiche, che è una costruzione dottrinale funzionale ad una completa comprensione del fenomeno ed alla previsione dei suoi ragionevoli sviluppi futuri. Normalmente, qualora siano in gioco norme la cui mancata applicazione in genere non stimola gli Stati a far valere la responsabilità internazionale di altri Stati, come le norme sui diritti umani, la decisione sul dar loro seguito o riaffermare invece la facoltà di allontanare stranieri spesso è oggetto di un percorso interpretativo implicito nelle menti dei giudici, del quale non viene dato conto in motivazione. In altri casi, invece di porre il problema in termini di conflitto tra norme i tribunali preferiscono spostare il piano d'indagine sui contorni del diritto tutelato: la dinamica del conflitto viene ridotta alla determinazione dell'esistenza o meno del diritto individuale e dei suoi limiti.

Pertanto, spesso resta oscuro da quale presupposto la giurisprudenza muova nel decidere sull'applicazione della norma che impone il soggiorno dello straniero sul territorio contro l'applicazione del principio che permette alla discrezione dello Stato di dispiegarsi, o viceversa. La dialettica tra i due non viene esaminata nel dettaglio, anche considerando che fornire risposte di teoria del diritto non è certo ambizione dei tribunali internazionali, i quali applicano norme di diritto positivo ai fini di risolvere specifiche controversie. Manca in dottrina uno studio analitico della maniera in cui i tribunali internazionali tutti, ed in particolare quelli con specifica competenza in materia di diritti umani, intendono risolvere il conflitto tra norme giuridiche. Ogni

autore “porta acqua al proprio mulino”, citando di volta in volta le pronunce utili alla ricostruzione dottrinale che preferisce⁸⁴².

Orbene, nonostante le dette difficoltà, in alcuni casi i tribunali internazionali che controllano le decisioni degli Stati in merito all’ammissione dello straniero sul territorio hanno ritenuto di evidenziare la ragione per la quale deve accordarsi prevalenza all’una o all’altra norma: essi motivano quasi esclusivamente sulla base dei criteri interpretativi di composizione dei conflitti dati dal principio di specialità, di successione delle norme nel tempo, di gerarchia e spesso richiamano l’esigenza di armonizzazione tra le norme.

Le giurisdizioni che operano in regimi discendenti da trattati hanno ben chiara la natura di *lex specialis* rispetto al diritto internazionale generale delle norme convenzionali che sono chiamate ad applicare. Tra di esse vi è la Corte europea per i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali, la quale, paragonando la propria attività a quella della Corte internazionale di giustizia, ha sottolineato le differenze di obiettivi e di ruoli affidati alle due Corti⁸⁴³. Da parte sua, la Corte interamericana, anche con riferimento alla prassi della Corte di Strasburgo ha ribadito che:

“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”⁸⁴⁴,

⁸⁴² F. Ost e M. Van de Chêrchove, *Entre la lettre et l’esprit. Les directives d’interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989. Al contrario, sull’applicazione del diritto internazionale generale da parte delle Corti preposte alla tutela dei diritti dell’uomo si è molto discusso; a tal proposito, decisamente esauritiva è la dettagliata esposizione di: L. Caflisch, A.A. Cançado Trindade, “Les Conventions américaine et européenne...”, cit. Vedi anche: P. Wachsmann, “Les méthodes d’interprétation...”, cit.; G. Cohen Jonathan, G.F. Flauss, “Cour européen de droits de l’homme et droit international general”, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51, 2005, pp. 675 ss. ; J.G. Merrills, *The Development of International Law by The European Court of Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 1993, pp. 69-97 e 177-228, M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010. In particolare, per un’opinione contraria alla nostra, cfr. Frédéric Vanneste, in *General International Law Before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of International Human Rights Law*, (Antwerp, Oxford, Portland, Oregon, Intersentia, 2009), che si inserisce nel discorso inerente la frammentazione del diritto internazionale partendo dal presupposto che, applicando il diritto internazionale dei diritti umani, la Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte inter-americana dei diritti dell’uomo si limitino ad “elaborare” e non “contraddicano” il diritto internazionale generale, in quanto il diritto internazionale dei diritti umani non configuri un sistema speciale e autonomo rispetto al diritto internazionale. L’assunto viene confermato dall’autore analizzando l’utilizzo da parte delle dette Corti di molti concetti di diritto internazionale generale.

⁸⁴³ *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*...cit., par. 70-72, e par. 84-85

⁸⁴⁴ Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, série A, no 16, p. 256 e 257, par. 114 e 115.

Anche il Comitato delle Nazioni Unite, in un Commento generale nel complesso controverso inerente le riserve, ha statuito che le disposizioni

“concernant le rôle des objections des États aux réserves ne permettent pas de régler le problème des réserves émises à l’égard des instruments relatifs aux droits de l’homme. Ces instruments, et le Pacte tout particulièrement, ne constituent pas un réseau d’échanges d’obligations interétatiques. Ils visent à reconnaître des droits aux individus. Le principe de la réciprocité interétatique ne s’applique pas”⁸⁴⁵.

Come si vede, la specialità delle convenzioni sui diritti dell’uomo rispetto al diritto internazionale generale è ben conosciuta dalla giurisprudenza, la quale la evidenzia per permettere alle disposizioni convenzionali di dispiegarsi nell’alveo del diritto internazionale generale improntato sulla libera sovranità degli Stati.

Le occasioni in cui viene fatto uso del principio di gerarchia, richiamate nell’ambito dello stesso terzo capitolo, riguardano casi in cui la decisione di rimpatrio dello Stato viene censurata a partire dall’esigenza di dare applicazione a talune norme relative ai diritti umani. Si tratta delle ipotesi in cui la protezione fornita da tali norme è assoluta.

La Corte inter-americana, nel sancire l’esistenza di un diritto al giusto processo anche dei migranti irregolari e a limitarne perciò l’espulsione, ha fatto leva sull’imperatività della norma che vieta le discriminazioni. L’operazione è espressa in motivazione:

“Una vez establecidos el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, y los efectos que se derivan de la obligación de los Estados de respetar y garantizar este principio, el Tribunal procederá a referirse a la migración en general y a la aplicación de dicho principio a las personas migrantes indocumentadas.”

premettendo che:

“El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Observation générale concernant les réserves formées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles y relatifs ou de l’adhésion à ces instruments, ou concernant les déclarations faites conformément à l’article 41 du Pacte CCPR/21/Rev.1/Add.6, 1994, ed ugualmente ILM, vol. 35 (1995), p. 839, par. 17.

⁸⁴⁶ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, par. 111 e 106.

La Corte americana riconosce lo *ius cogens* e ne fa uso in materia di limiti all'espulsione, anche se non direttamente collegandolo al carattere della norma sul diritto del migrante, ma riconducendo la valenza gerarchica al principio di uguaglianza.

L'operazione è meno chiara nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla proibizione di tortura, norma dal carattere cogente⁸⁴⁷, contenuta tra l'altro dall'art. 3 della CEDU, la cui inderogabilità è riconosciuta nel sistema convenzionale con la previsione dell'art. 15 CEDU. In questi casi la Corte di Strasburgo applica la disposizione convenzionale, interpretandola alla luce dell'importanza del suo contenuto e della sua inderogabilità, e solo sullo sfondo emerge il "tema" della natura imperativa del divieto di tortura⁸⁴⁸.

Come anticipato, varie sono le perplessità sull'efficacia dei criteri interpretativi utilizzati anche dalla giurisprudenza per risolvere il conflitto tra principio di sovranità e principio di dignità umana.

In primo luogo, a volte sembra che i Tribunali internazionali non ne facciano una semplice questione di applicazione del principio di specialità, o di gerarchia: lo stesso ragionamento seguito dalla Corte americana nel caso *Condición jurídica* è stato interpretato anche in modo diverso, come si vedrà fra poco.

Inoltre, l'applicazione del criterio di specialità e del principio di gerarchia rispetto ai conflitti tra norme non è concettualmente neutra: essa presuppone che sia condiviso tra gli interpreti il punto di vista che porta a considerare alcune norme speciali o gerarchicamente sovraordinate rispetto ad altre. Nella disciplina del fenomeno dell'immigrazione le norme sulla tutela dei diritti dei migranti (indipendentemente dalla loro natura pattizia o di diritto generale) possono considerarsi applicabili in quanto *lex specialis* con prevalenza sul potere espulsivo o di respingimento solo se si ammette che la discrezionalità nell'esercizio dello *ius escludendi* sia la regola. Considerazioni simili si sono svolte in riferimento al principio di gerarchia, per il cui fruttuoso utilizzo deve presupporre un ordine gerarchico definito che accordi prevalenza a certi precetti internazionali rispetto ad altri. L'inquadramento di due o più norme secondo un modello di regola/eccezione o di subordinazione/sovraordinazione non è un esercizio di logica, ma presuppone scelte valoriali condivise dalla società internazionale.

Invece, del tutto inutile ai fini della soluzione del conflitto evidenziato appare il principio di successione delle leggi nel tempo, che accorda prevalenza alla *lex posterior*, la cui *ratio* è di avvalorare nel sistema giuridico il mutamento di prospettiva politica: esso non è dirimente nei sistemi di bassa coerenza normativa, in cui la norma di formazione successiva non interviene allo scopo di "mutare" la scelta cristallizzata nella norma precedente, che non necessariamente si vuole abrogare.

Si è considerata anche la possibilità di "armonizzare", ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c) CdV norme differenti per scopo e contrastanti nel contenuto. Il principio di "integrazione sistemica", si è visto, prevede che nell'applicare una norma è necessario considerarne il contesto normativo. L'integrazione tra norme di diritto internazionale è senz'altro auspicabile, ed è da favorire ogni tentativo in tal senso. Ma attribuire al principio di armonizzazione il ruolo di criterio determinante nella soluzione dei conflitti tra norme cela piuttosto il rischio di una semplicistica negazione dell'esistenza stessa di un conflitto. L' "armonizzazione"

⁸⁴⁷ *Supra*, par. 7 c) e par. 29.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

non può che essere compromesso tra precetti discordanti, ed in questo caso nessuna delle norme raggiunge il suo scopo, oppure risolversi nell'accettare di buon grado la prevalenza di una norma su un'altra. Ciò avviene perché, bilanciando interessi che confliggono tra loro, in ogni caso uno dei due, quando non parzialmente entrambi, soccombe.

In conclusione, l'utilizzo dei criteri interpretativi presentati non appare soddisfacente in tema di conflitto tra diritto dell'individuo migrante e *ius excludendi* statale, perché non è possibile determinare con precisione il quadro giuridico di riferimento all'interno del quale operano, che cambia in continuazione seguendo la progressione della riflessione politica. Nonostante sembri che la giurisprudenza tenti di ridimensionare lo spazio lasciato alle scelte politiche su questi temi, la dialettica tra diritto del migrante e diritto dello Stato di escludere lo straniero dal proprio territorio è in evoluzione.

36. La progressione nella tutela del diritto del migrante: una tensione evolutiva nel diritto internazionale?

L'analisi dei limiti al potere di esclusione dello straniero dal territorio conduce, in primo luogo, a ritenere che gli Stati siano oggi vincolati a considerare l'interesse dello straniero al momento di scegliere sulla sua ammissione sul territorio e a non frustrarlo ingiustamente. Tale obbligo generale è effetto dell'applicazione di norme internazionali consuetudinarie, già ben conosciute, nel campo delle migrazioni internazionali: la sua esistenza si deduce dalle norme analizzate nel secondo capitolo, che prescrivono l'esercizio dei diritti secondo buona fede, in modo non arbitrario né abusivo e con ragionevolezza. Se applicate alla materia delle migrazioni internazionali, esse vincolano gli Stati di destinazione dei flussi migratori ad esercitare il proprio *ius excludendi* facendosi carico dell'interesse del migrante. La presa in carico implica una valorizzazione dell'interesse dell'individuo nell'ambito di un bilanciamento con l'interesse statale. In base alle norme internazionali considerate la ragione ostativa alla richiesta di accesso al territorio deve avere una qualche consistenza e deve essere allegata qualora richiesto da norme internazionali che lo prevedano in certe circostanze (ad esempio quando è frutto di un bilanciamento con altri interessi, cfr. l'art. 8 CEDU), o qualora richiesto dallo Stato di cittadinanza dello straniero. Indice di una decisione di espulsione internazionalmente illecita, perché arbitraria, può essere anche l'indempimento dell'onere di motivazione qualora previsto da norme interne; tale onere permette di richiamare l'attenzione degli altri Stati in merito.

E' utile che un tale obbligo generale gravante sugli Stati venga adeguatamente identificato. Ciononostante, come si è visto, il principio di buona fede, il divieto di abuso di diritto, il divieto di arbitrarietà e il principio di ragionevolezza raramente sono stati invocati contro gli Stati per rilevare l'illegittima espulsione o respingimento di stranieri, ed in altrettanti pochi casi gli Stati hanno agito in protezione diplomatica a difesa del diritto di un proprio cittadino a non essere escluso dal territorio di un altro Stato. Infatti, deve ricordarsi che le norme suddette nascono in un sistema di relazioni interstatali che prevede obblighi di tipo "bilaterale",

ove lo Stato legittimato ad invocarne la violazione si trova in una situazione particolare rispetto all'illecito esercizio dello *ius escludendi*, come avviene per lo più nel caso dello Stato di cittadinanza dell'individuo che ne è destinatario.

Al contrario, si assiste ad una progressiva espansione delle garanzie previste per i migranti dal diritto internazionale dei diritti dell'uomo nel senso di tutelare sempre più il diritto dell'individuo migrante. La discrezionalità statale nella scelta sull'ammissione dello straniero sul territorio è stata progressivamente ristretta. Ad esempio, la definizione di rifugiato è stata ampliata in certe regioni del globo e, in altre, si sono creati altri *status* legati a forme di protezione "complementare". Vi sono spinte in favore di un'applicazione della protezione temporanea anche in caso di afflussi di massa di richiedenti asilo sulla base di considerazioni di carattere umanitario, legate al bisogno di dare attuazione al principio generale di rispetto dei diritti umani fondamentali; lo stesso può dirsi per quanto riguarda la protezione dall'espulsione degli apolidi *de facto*. In giurisprudenza è sempre più pregnante il controllo sulla decisione degli Stati di privare individui della cittadinanza e vi sono alcune prese di posizione in favore di un allargamento della tutela contro l'espulsione anche a coloro che, pur non essendo formalmente cittadini, presentano un legame con il territorio dello Stato così forte da esserlo di fatto, come parte della dottrina auspica da tempo. Sotto un altro aspetto, la tutela degli stranieri lungo-soggiornanti si è sviluppata nella giurisprudenza della Corte EDU mediante un'interpretazione evolutiva della protezione offerta dall'art. 8 della Convenzione contro provvedimenti espulsivi di familiari dello straniero. La protezione offerta al diritto alla vita ha portato il Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite a rilevare la contrarietà all'art. 6 del Patto di misure di allontanamento di stranieri, effettuate da Stati abolizionisti, verso Paesi in cui gli individui rischiassero la sottoposizione alla pena capitale; anche gli sforzi della Commissione di diritto internazionale sono nella medesima direzione. In ragione della tutela del diritto all'integrità fisica di persone vulnerabili, invece, è stata considerato illecito dalla Commissione inter-americana dei diritti umani l'allontanamento di stranieri irregolari sul territorio se innegabilmente bisognosi di cure mediche non altrimenti irrogabili. Si è anche visto come in queste ipotesi la disposizione convenzionale che tutela il diritto all'integrità fisica sia stata applicata mediante un'interpretazione estensiva fondata su "humanitarian grounds". L'Unione europea ha sviluppato la propria disciplina in materia di trattamento di minori non accompagnati applicando loro il trattamento riservato ai richiedenti asilo, proteggendoli, quindi, con le migliori garanzie avverso l'allontanamento del territorio (oltre che con forme di accoglienza particolari ad essi dedicate). Sempre nel continente europeo è progredita l'attenzione alla vulnerabilità delle vittime di tratta anche mediante divieti agli Stati di operarne l'allontanamento dal territorio fondati su tale *ratio*, seppur validi per brevi periodi di tempo. La Corte europea di Strasburgo ha iniziato a rilevare violazioni dell'art. 4 del 4° Protocollo che sancisce il divieto di espulsioni collettive di stranieri anchenon presenti sul territorio, nelle sentenze *Hirsi* e *Sharifi* e, a livello universale, il divieto di espulsioni collettive è stato ricondotto dal Comitato delle Nazioni Unite nell'alveo della protezione offerta dall'art. 13 del Patto. Infine, la Commissione di Diritto Internazionale ha recentemente configurato un obbligo per gli Stati di espellere stranieri solo in base ad un provvedimento dotato di base legale ed un diritto generale ad un ricorso effettivo contro la decisione di

allontanamento, indipendentemente dalla regolarità del soggiorno; rispetto al diritto ad un ricorso effettivo l'idea si è fatta strada anche in alcune pronunce della giurisprudenza.

Tutte le osservazioni appena svolte permettono di constatare come i confini del diritto del migrante all'accesso al territorio di uno Stato di cui non è cittadino siano oggi confini "mobili". La tutela accordata ai diritti esaminati nel corso del terzo capitolo è in espansione. Ciononostante le spinte politiche spesso si indirizzano in senso contrario, anche a causa della crescente percezione di insicurezza che provoca il fenomeno migratorio, visto come culla del terrorismo internazionale e come rischio per la stabilità dei valori europei⁸⁴⁹. Ciò provoca una tensione tra le norme in conflitto che aumenta di intensità. Il principio di dignità umana, riflesso nel diritto del migrante, si ritrova così a fronteggiare la sovranità statale.

Una composizione politica del conflitto tra tali principi in tema di espulsione/non ammissione dello straniero, significherebbe o l'abbandono da parte degli individui migranti della pretesa a fare ingresso nel territorio degli Stati stranieri o l'accettazione, da parte di questi ultimi, dell'ineluttabilità degli arrivi. Nel primo senso, i migranti dovrebbero rinunciare alla loro partenza, e ciò sarebbe ragionevolmente possibile solo se le condizioni di tutela dei loro diritti, della loro integrità fisica e della loro vita raggiungessero standard sufficienti, quantomeno comparabili a quelli dei Paesi di destinazione. Invece, la rinuncia alla tutela della propria sovranità da parte degli Stati si avrebbe solo cessando di considerare la modifica della popolazione sul territorio come una minaccia alla certezza giuridica, e alla sicurezza in generale della nazione; oppure, se la concezione di sovranità mutasse a tal punto da non poterla più far prescindere dal rispetto dei diritti basilare di ogni individuo, anche straniero. In questi due casi si avrebbe un riavvicinamento degli obiettivi di entrambi i sistemi: il diritto internazionale generale, che si sviluppa attorno al baluardo della sovranità statale, ed il diritto internazionale dei diritti umani. Orbene, si ritiene possibile un progressivo riavvicinamento tra i due estremi, in modo da riconciliare gradualmente sovranità statale e il diritto del migrante straniero.

37. Proposte per una rilettura in senso "verticale" della sovranità, anche a beneficio degli individui stranieri.

Chi voglia rinvenire coerenza normativa tra norme fondate su principi con scopi differenti deve tentare di armonizzare i valori ad essi sottesi, oppure deve dare prevalenza ad uno di essi a scapito dell'altro. Alcuni Giudici internazionali sono disposti a seguire quest'ultima strada, ad esempio la Corte europea per i diritti dell'uomo di Strasburgo, che spesso bilancia esigenze di sicurezza statale con diritto dell'individuo migrante, attribuendo di volta in volta prevalenza a quest'ultimo oppure allo *ius excludendi*⁸⁵⁰; ciò senz'altro dipende dal pragmatico tentativo di ottenere maggior effettività delle proprie decisioni sul lungo periodo,

⁸⁴⁹ La cronaca è fatta *supra*, in *Introduzione*.

⁸⁵⁰ Si veda diffusamente il cap. 2, ed in particolare par. 19 sulla tutela "condizionata" della CEDU del diritto all'unità familiare e alla vita privata.

scendendo a compromessi sul breve. Ciò fa, l'abbiamo visto, mediante l'applicazione dei criteri interpretativi di soluzione dei conflitti tra norme.

Invece, il tenore delle pronunce della Corte inter-americana lascia intendere che i suoi giudici aderiscano ad una ricostruzione interpretativa diversa rispetto a quella dei colleghi europei. Tra le righe delle sentenze del Tribunale americano traspare l'idea di un forte conflitto normativo tra sovranità e principi del diritto internazionale dei diritti umani:

“El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”⁸⁵¹.

Si è già segnalato il richiamo da parte della Corte inter-americana agli effetti del principio di non discriminazione ed alla sua valenza imperativa. Deve osservarsi che la Corte legittima la forza del principio legandolo al nucleo intangibile dei diritti dell'uomo, come se fosse quest'ultimo nucleo da rispettarsi ad ogni costo nelle politiche statali migratorie, e non invece il principio di non discriminazione in ragione del suo proprio contenuto:

“La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación o omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos”⁸⁵².

Sulla base degli strumenti internazionali sui diritti umani, non possono essere attuate politiche migratorie restrittive discriminatorie. In altre parole, di fronte al divieto di discriminazione, volto a garantire il rispetto della dignità umana, la sovranità statale rispetto alla scelta di ammettere lo straniero sul territorio deve soccombere. Questo sembra dirci la Corte americana, e di certo ci dicono le opinioni concorrenti e dissenzienti di alcuni suoi giudici, in particolare Antonio Cançado Trindade. In un'opinione concorrente, proprio in tema di migrazioni, il Giudice riteneva lo sradicamento delle persone dal proprio territorio un problema che

⁸⁵¹ *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención americana sobre derechos humanos*, Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, par 21.

⁸⁵² *Condición jurídica y derechos...* cit., par. 172.

"sigue siendo tratado de forma atomizada por los Estados, con la visión de un ordenamiento jurídico de carácter puramente interestatal, sin parecer darse cuenta de que el modelo westphaliano de dicho ordenamiento internacional se encuentra, ya hace mucho tiempo, definitivamente agotado. Es precisamente por esto que los Estados no pueden eximirse de responsabilidad en razón del carácter global del desarraigo, por cuanto siguen aplicando al mismo sus propios criterios de ordenamiento interno (...) El Estado debe, pues, responder por las consecuencias de la aplicación práctica de las normas y políticas públicas que adopta en materia de migración, y en particular de los procedimientos de deportaciones y expulsiones"⁸⁵³.

Gli Stati devono rispondere delle conseguenze derivanti dall'applicazione delle politiche migratorie che adottano: la convinzione del Giudice riecheggia la tesi che sostiene il condizionamento della sovranità alla tutela dell'interesse anche dell'individuo straniero.

La Corte inter-americana è forse più incline della Corte europea ad adottare le posizioni dottrinali che rileggono il principio di sovranità alla luce del principio di dignità umana. L'attitudine si discosta anche da quella della Corte internazionale di giustizia che ha spesso dato ampio sviluppo al diritto internazionale dei diritti umani, accogliendone le categorie⁸⁵⁴ e facendone interagire norme e principi con il diritto internazionale generale. Le celebri "elementary considerations of humanity" del caso *Corfù Channel*⁸⁵⁵ sono pietre miliari che valorizzano la dignità dell'individuo. Tuttavia, in molte altre note occasioni, tra le quali la soluzione data alla seconda fase del caso *South West Africa*, al caso *East Timor* del 1995 e al caso *Application of the Genocide Convention* nel 1996, il rifiuto di adottare misure provvisorie nei dieci casi *Legality of Use of Force*, il non liquet a proposito della liceità dell'utilizzo di armi nucleari e la soluzione del caso *Germany v. Italy*, la giurisprudenza della Corte ha penalizzato il diritto dell'individuo di fronte alle prerogative statali. Inoltre, la Corte non si è mai sbilanciata, come la Corte interamericana, a discutere il fondamento statalista del diritto internazionale, nonostante molti suoi illustri Giudici aderiscano a concezioni del diritto internazionale "human rights oriented". Già nel 1949, nel caso *Corfù Channel*, il giudice Alvarez spingeva per una rivisitazione dell'idea di sovranità:

"This notion has evolved, and we must now adopt a conception of it which will be in harmony with the new conditions of social life. We can no longer regard sovereignty as an absolute and individual right of every

⁸⁵³ *Caso de Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, Medidas Provisionales, parr. 11-12. Si vedano anche le opinioni concorrenti *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular...*cit., parr. 3-4-12; *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, parr. 16 e 28; *Condición Jurídica y Derechos...*cit., par. 172. Sulla concezione del Giudice dell'ordinamento internazionale si veda anche R. S. Shiv Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

⁸⁵⁴ *Supra*, par. 6. S. Bedi, *The Development of Human Rights Law...*cit.

⁸⁵⁵ *Corfù Channel*, cit, p. 22.

State, as used to be done under the old law founded on the individualist régime, according to which States were only bound by the rules which they had accepted”⁸⁵⁶.

Tra di esse, alcune opinioni erano dirette verso un costituzionalismo internazionale improntato ai valori dei diritti umani. Si è già visto come una delle più celebri sia quella del Giudice Tanaka nel caso South West Africa del 1966⁸⁵⁷.

Si può ritenere, pertanto, che alcuni Giudici della Corte internazionale di Giustizia quantomeno accettino la prospettiva di una futura, totale rivisitazione del sistema internazionale oggi fondato sulla sovranità degli Stati. Ma la Corte, nel suo *plenum*, è lungi dall'accettare tale scenario ed il dissenso si nota nella difficoltà a mettere da parte norme potenzialmente confliggenti con i diritti dell'individuo. In termini generali, può affermarsi che la Corte, qualora fosse chiamata a scegliere tra l'affermazione del diritto del migrante e la tutela della sovranità statale, difficilmente sancirebbe al momento la soccombenza di quest'ultima, come auspicherebbero le dottrine costituzionaliste già esposte.

D'altronde, abbiamo già sottolineato altrove come la critica avanzata da una parte della moderna dottrina al sistema internazionale di Westfalia (quella di essere un sistema meramente “orizzontale”, e quindi superato, di regolamentazione dei rapporti tra Stati quali enti sovrani) non possa essere accettata. Il sistema internazionale è rimasto infatti per lungo tempo irrigidito sulla concezione “assoluta” della sovranità degli Stati, ma nel corso del tempo si sono registrati tali e tanti arricchimenti strutturali e normativi tali da consentire di affermare “l'esistenza di situazioni e/o livelli di “direzione normativa” dell'attività degli Stati riconducibili alla superiore “autorità” della Comunità internazionale”⁸⁵⁸, indipendentemente dal riconoscimento di una soggettività all'individuo.

Questa nuova prospettiva viene favorita dallo sviluppo di obblighi per gli Stati *erga omnes* che, pur operando in un sistema ancora fondato sulla sovranità dello Stato, la sottopongono ad un controllo di tipo “verticale” da parte della Comunità internazionale. Gli obblighi di tal genere hanno avuto e stanno avendo sempre una

⁸⁵⁶ *Corfù Channel*, cit., Separate Opinion of Judge Alvarez, ICJ Reports 1949, p. 43.

⁸⁵⁷ *Supra*, par. 4. Tra di essi, deve poi essere citato sir Hersch Lauterpacht, secondo il quale: “ For human dignity and considerations of utility alike rebel against the idea of the State as the sole guardian of the interest of man. The purpose of the State is to safeguard the interests of the individual human being and to render possible the fulfillment, through freedom, of his wider duty to man and society. Some of these interests can be effectively safeguarded by the State in the international sphere. But it is inadmissible that the State should claim, in the condition of the modern world that it is the best instrument for protecting all these interests and that is entitled to exclude from this legal sphere individuals and known governmental bodies which may be created for that purpose”, (*International Law and Human Rights*, cit., p. 68). Anche Rosalyn Higgins, pur attenta alle salvaguardie delle prerogative statali, eleva gli individui a soggetti del diritto internazionale (*Problems and Process: International Law and How we Use It*, cit.), Mohammed Bedjaoui (“The Difficult Advance of Human Rights Towards Universality”, in COE, *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel Publisher, 1990, pp. 44-45); Christopher Weeramantry, (celebre è la sua opinione dissenziente nel parere *Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, nella quale riprende la teoria di Rawls per affermare che la liceità dell'uso di armi nucleari è inconciliabile con il principio fondamentale dato dal diritto alla vita) e il già nominato giudice Cançado Trindade .

⁸⁵⁸ P. Picone, scritto riproduttivo della relazione introduttiva al Convegno su “Interesse collettivo e obblighi erga omnes nel diritto internazionale contemporaneo”, cit. p. 30.

maggior diffusione anche nel campo delle migrazioni internazionali, in cui il contrasto tra principio di dignità umana e principio di sovranità è evidente ed è forte. L'operazione di individuazione di una norma che, rispecchiando il contenuto del principio di buona fede, di divieto di abuso del diritto, del divieto di arbitrio, del principio di ragionevolezza, vincoli gli Stati a considerare l'interesse dell'individuo straniero all'ammissione nel proprio territorio prosegue nella direzione di "umanizzazione" della sovranità⁸⁵⁹. Quest'ultima non viene svuotata di contenuto, ma viene condizionata sul piano internazionale alla presa in carico da parte dello Stato anche dell'interesse degli individui non cittadini con i quali lo Stato entra in contatto.

Questa impostazione richiede comunque di attrezzare in prospettiva gli Stati a realizzare quelle nuove funzioni che li rendano idonei a soddisfare le esigenze sollevate dalla formazione e dall'attuazione degli obblighi erga omnes, che, nel caso che ci occupa, sono esigenze degli individui. Pertanto, senza che debbano rinunciare, gli Stati sono invitati a recuperare alcune funzioni della sovranità, quale quella di garantire l'uguaglianza ed il benessere non più a beneficio dei soli governati, ma anche in favore degli stranieri e apolidi.

⁸⁵⁹ Si veda la tesi esposta nell'ambito del par. 10.

SIGLE ED ACRONIMI

ACHPR	African Charter on Human and Peoples' Rights
ACommHPR	African Commission of Human and Peoples' Rights
AI	Affari Internazionali
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
ASGI	Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione
Aust. YBIL	Australian Yearbook of International Law
BYBIL	British Year Book of International Law
HRC	Human Rights Committee
CDI	<i>Vedi ILC</i>
CEDU	Convenzione europea per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali
CESCR	United Nation Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CI	La Comunità Internazionale
CIG	<i>Vedi ICJ</i>
CJIL	Connecticut Journal of International Law
CLP	Current Legal Problems
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
COE	Consiglio d'Europa
DIC	Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
ECtHR	European Court of Human Rights
EJIL	European Journal of International Law
EJLS	European Journal of Legal Studies
ELJ	European Law Journal
EJML	European Journal of Migration and Law
FRONTEX	Agenzia europea per la gestione della cooperazione internazionale alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea
GAJICompL	Georgia Journal of International and Comparative Law
GerYBIL	German Yearbook of International Law

GLJ	Georgetown Law Journal
GWILR	George Washington International Law Review
HHRJ	Harvard Human Rights Journal
HRJ	Human Rights Journal
IACHR	Inter-American Commission of Human Rights
IACtHR	Inter-American Court of Human Rights
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IDI	Institut de Droit International
IJHR	Internationa Journal of Human Rights
IJIL	Indian Journal of International Law
IJRL	International Journal of Refugee Law
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
IOM	International Organization for Migration
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JWT	Journal of World Trade
LJIL	Leiden Journal of International Law
LNTS	League of Nations Treaty Series
MJIL	Michigan Journal of International Law
MLR	Modern Law Review
NILR	Netherlands International Law Review
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NYUJILP	New York University Journal of International Law and Politics
OIM	<i>Vedi IOM</i>
OAS	Organization of American States
OAU	Organization of African Unity
PCIJ	Permanent Court of International Justice

RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RDI	Rivista di diritto internazionale
RGDIP	Revue générale de droit International public
SFDI	Société française pour le droit international
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
VJIL	Virginia Journal of International Law
YbEL	Yearbook of European Law
YILC	Yearbook of the International Law Commission

FONTI

GIURISPRUDENZA

International Awards

Paquet Case (concession), Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1903, vol. IX, p. 325.

Boffolo Case, Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1903, vol. X, p. 528.

Oliva Case, Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1903, vol. X, p. 600.

Maal Case, Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1903, vol. X, p. 730.

L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, General Claims Commission, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1926, vol. IV, p. 60.

Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat, Iran-United States Claims Tribunal, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, 1983, vol. II, p. 157.

Yeager v. The Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, 1987, vol. XVII, p. 106.

Civilian Claims–Eritrea’s Claims 15, 16, 23 & 27-32, Partial Award, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 2004, vol. XXVI, p. 195.

Permanent Court of International Justice (PCIJ)

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, in *Publications of the PCIJ*, Series B, n. 4.

Mavrommatis Palestine Concessions, Judgement (Objection to the Jurisdiction of the Court), 1924, in *Publications of the PCIJ*, Series A, n. 2.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), Judgement, 1926, in *Publications of the PCIJ*, Series A, n. 7.

Factory at Chorzów (Merits), Judgement, 1928, in *Publications of the PCIJ*, Series A, n. 17.

Serbian Loans, Judgement, 1929, in *Publications of the PCIJ*, Series A, n. 20.

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order, 1930, in *Publications of the PCIJ*, Series A, n. 24, e Judgement, 1932, in *Publications of the PCIJ*, Series A/B, n. 46.

Panevezys-Saldutiskis Railway, Order (Preliminary Objections), 1938, in *Publications of the PCIJ*, Series A/B, n. 75.

Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Judgement, 1939, in *Publications of the PCIJ*, Series A/B, n. 77.

International Court of Justice (ICJ)

Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1948, p. 57.

Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 4.

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 174.

Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C. J. Reports 1950, p. 4

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion : I.C.J. Reports 1951, p. 15.

Ambatielos case (jurisdiction), Judgment of July 1st, 1952 : I.C.J. Reports 1952, p. 28.

Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Order of March 31st, 1952 : I.C.J. Reports 1952, p. 22.

Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955 : I.C.J. Reports 1955, p. 4.

Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6.

South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6.

North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Judgment, I.C.J. Reports 1973, p. 49.

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457.

Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 3.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3.

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1980, p. 73.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 69.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15.

East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I. C.J. Reports 1998, p. 432.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275.

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43.

Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 353.

Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639.

Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports, 2010, p. 14.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226.

UN Human Rights Committee (HRC)

Maroufidou v. Sweden, Communication No. 58/1979, Views of 8 April 1981

Celiberti de Casariego v. Uruguay, Communication No. 56/1979, Views of 29 July 1981.

Lopez Burgos v. Uruguay, Communication No. R.12/52, Views of 29 July 1981.

Pereira Montero v. Uruguay, Communication No. 106/1981, Views of 31 March 1983.

Baboeram-Adhin, and Kamperveen et al. v. Suriname, Communication Nos. 146/1983 and 148-54/1983, Views of 4 April 1985.

Hammel v. Madagascar, Communication No. 155/1983, Views of 3 April 1987.

Broeks v. The Netherlands, Communication No. 172/1984, Views of 9 April 1987.

Gueye et al. v. France, Communication No. 196/1985, Views of 3 April 1989.

Giry v. Dominican Republic, Communication No. 193/1985, Views of 20 July 1990.

Kindler v. Canada, Communication No. 470/1991, Views of 30 July 1993.

Ng v. Canada, Communication No. 469/1991, Views of 5 November 1993.

Cox v. Canada, Communication No. 539/1993, Views of 31 October 1994.

Stewart v. Canada, Communication No. 538/1993, Views of 1 November 1996.

Canepa v. Canada, Communication No. 558/1993, Views of 3 April 1997.

A.R.J. v. Australia, Communication No. 692/1996, Views of 11 August 1997.

T. v. Australia, Communication No. 706/1996, Views of 4 November 1997.

Gauthier v. Canada, Communication No 633/1995, Views of 5 May 1999.

Foin v. France, Communication No. 666/1995, Views of 9 November 1999.

Kavanagh v. Ireland, Communication n. 819/1998, Views of 4 April 2001

Müller and Engelhard v. Namibia, Communication No. 919/2000, Views of 26 March 2002.

Judge v. Canada, Communication No. 829/1998, Views of 5 August 2002.

Truong v. Canada, Communication No. 743/1997, Decision on admissibility of 28 March 2003.

Ahani v. Canada, Communication No. 1051/2002, Views of 15 June 2004.

Ngambi v. France, Communication No. 1179/2003, Decision on admissibility of 16 July 2004.

Madafferi v. Australia, Communication No. 1011/2001, Views of 26 July 2004.

Byahuranga v. Denmark, Communication No. 1222/2003, Views of 1 November 2004.

P.K. v. Canada, Communication No. 1234/2003, Decision on admissibility of 20 March 2007.

Zundel v. Canada, Communication No. 1341/2005, Decision on admissibility of 20 March 2007.

X v. Colombia, Communication No. 1361/2005, Views of 30 March 2007.

Maksudov et al. v. Kyrgyzstan, Communication Nos. 1461-1462-1476-1477/2006, Views of 16 July 2008.

Kaur, Communication No. 1455/2006, Decision on admissibility of 30 October 2008.

Williams Lecraft v. Spain, Communication No. 1493/2006, Views of 27 July 2009.

Kwok Yin Fong v. Australia, Communication No. 1442/2005, Views of 23 October 2009.

Committee Against Torture (CAT)

Mutombo v. Switzerland, communication No. 13/1993, Views of 27 April 1994

Alan v. Switzerland, Communication No. 21/1995, Views of 8 May 1996

X. v. Netherlands, communication 36/1995, Views of 8 May 1996

Tapia Paez v. Sweden, Communication No. 39/1996, Views of 28 April 1997

X. v. Switzerland, communication 27/1995, Views of 28 April 1997

Aemei v. Switzerland, communication No. 34/1995, Views of 9 May 1997

X. v. Switzerland, communication 38/1995, Views of 9 May 1997

E.A.C. v. Switzerland, communication 28/1995, Views of 10 November 1997

P.Q.L. v. Canada, communication 57/1996, Views of 17 November 1997

I.A.O. v. Sweden, communication 65/1997, Views of 6 May 1998

X., Y. and Z. v. Sweden, communication 61/1996, Views of 6 May 1998

A.L.N. v. Switzerland, communication 90/1997, Views of 19 May 1998

C. R. Núñez Chipana v. Venezuela, communication 110/1998, Views of 10 November 1998

J.U.A. v. Switzerland, communication 100/1997, Views of 10 November 1998

H.D. v. Switzerland, communication 112/1998, Views of 30 April 1999

N.P. v. Australia, communication 106/1998, Views of 6 May 1999

J.A. Arana v. France, communication 63/1997, Views of 9 November 1999

A.D. v. Netherlands, communication 96/1997, Views of 12 November 1999

G.T. v. Switzerland, communication 137/1999, Views of 16 November 1999

K.M. v. Switzerland, communication 107/1998, Views of 16 November 1999

M.B.B. v. Sweden, communication 104/1998, Views of 5 May 1999

S.M.R. and M.M.R. v. Sweden, communication 103/1998, Views of 5 May 1999

K.T. v. Switzerland, communication 118/1998, Views of 18 April 2000

H.A.D. v. Switzerland, communication 126/1999, Views of 10 May 2000

S.C. v. Denmark, communication 143/1999, Views of 10 May 2000

T.P.S. v. Canada, communication 99/1997, Views of 16 May 2000

H.N. v. Sweden, communications 130 and 131/1999, Views of 2 September 2000

V.X.N. and H.N. v. Sweden, communications 130 and 131/1999, Views of 2 September 2000

B.S.S. v. Canada, Communication No. 183/2001, Views of 17 May 2004

David v. Sweden, Communication No. 220/2002, Views of 17 May 2005

Alzery v. Sweden, communication No. 1416/2005, Views of 25 October 2006

J.H.A. v. Spain, Communication No. 323/2007, Views of 21 November 2008

European Court of Human Rights (ECtHR)

Wemhoff v Federal Republic of Germany, Application No 2122/64, Judgment of 27 June 1968

Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium, Application No.1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968

Ireland v. United Kingdom, Application No.5310/71, Judgement of 18 January 1978

Marckx v. Belgium, Application No.9833/74, Judgment of 13 June 1979

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Application No.15/1983/71/107-109, Judgment of 24 April 1985

Bozano v. France, Application No.9990/82, Judgement of 18 December 1986

Berrehab v. Netherlands, Application No.10730/84, Judgment of 21 June 1988

Soering v. United Kingdom, Plenary, Application No. 14038/88, 7 July 1989

Moustaquim v. Belgium, Application No. 12313/86, Judgment of 18 February 1991

Cruz Varas and Others v. Sweden, Application No. 15576/89, Judgment of 20 March 1991

Ezelin v. France, Application No.11800/85, Judgment of 26 April 1991

Vilvarajah and Others v. United Kingdom, Applications Nos. 13163/87-13164/87- 13165/87-13447/87-13448/87 Judgment of 30 October 1991

Observer and Guardian v. United Kingdom, Application No 13585/88, Judgment of 26 November 1991

Niemetz v. Germany, Application No.13710/88, Judgment of 16 December 1992

Costello-Roberts v. United Kingdom, Application No. 13134/87, Judgment of 25 March 1993

Chorherr v. Austria, Application No 13308/87, Judgment of 25 August 1993

Loizidou and Others v. Turkey, GC, Application No. 15318/89, Judgment on Preliminary Objections of 23 March 1995

Gül v. Switzerland, Application No. 53/1995/559/645, Judgment of 19 February 1996

Ahmut v. the Netherlands, No. 73/1995/579/665, Judgment of 26 October 1996

Chahal v. United Kingdom, GC, Application No. 22414/93, Judgment of 15 November 1996

Ahmed v. Austria, Application No. 71/1995/577/663, Judgment of 17 December 1996

Loizidou v. Turkey, GC, Application No. 15318/89, Judgment of 18 December 1996

H. L. R. v. France, GC, Application No. 24573/94, Judgment of 29 April 1997

D. v. United Kingdom, Application No. 30240/96, Judgment of 2 May 1997

Boulifa v. France, Application No.25404/94 , Judgment of 21 October 1997

Brualla Gómez de la Torre v. Spain, Application No.26737/95, Judgment of 19 December 1997

Vasilescu v. Romania, Application No.27053/95, Judgment of 22 March 1998

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal., Application No. 3320/96, Judgment of 21 December 1999

Ciliz v. Netherlands, Application No. 29192/95, Judgment of 11 July 2000

Maaouia v. France, GC, Application No. 39652/98, Judgment of 5 October 2000

Kudla v. Poland, Application No. 30210/96, Judgment of 26 October 2000

Xhavara and Others v. Italy and Albania, Application No. 39473/98, Admissibility decision, 11 January 2001

Al-Adsani v. United Kingdom, Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001.

Bankovic and Other v. Belgium and Other 16 Contracting States, GC, Application No. 52207/99, Admissibility decision, 19 December 2001

Sen v. The Netherlands, Application No.31465/96, Judgment of 21 December 2001

Conka v. Belgium, Application No. 51564/99, Judgment of 5 February 2002

Penafiel Salgado v. Spain, Application No. 65964/01, Judgment of 16 April 2002

Pretty v. United Kingdom, Application No.2346/02, Judgment of 29 April 2002

Djavit An v. Turkey, Application No.20652/92, Judgment of 20 February 2003

Karner v. Austria , Application No. 40016/98, Judgment of 24 July 2003

Slivenko v. Latvia, GC, Application No. 48321/99, Judgment of 09 October 2003

Yankov v. Bulgaria, Application No.39084/97, Judgment of 11 December 2003

Sardinas Albo v. Italy, Application No.56271/00, Judgment of 8 January 2004

Pini and others v. Romania, Application No.78028/01, Judgment of 22 June 2004

F. v. the United Kingdom, Application No. 17341/03, Admissibility decision of 22 June 2004

Issa and others v. Turkey, GC, Application No. 31821/96, Judgment of 16 November 2004

I.I.N. v. the Netherlands , Application No. 2035/04, Decision on the admissibility of 9 December 2004

Mamatkulov and Askarov v. Turkey, GC, Applications Nos. 46827/99-46951/99, Judgment of 4 February 2005

Öcalan v. Turkey CEDU, GC, Application No. 46221/99, Judgment of 12 May 2005

Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland, Application. No. 45036/98, Judgment of 30 June 2005

Niedzwiecki v. Germany, Application No.58453/00, Judgment of 25 October 2005

Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands, Application No. 60665/00, Judgment of 1 December 2005

Timishev v. Russia, Application Nos. 55762/00- 55974/00, Judgment of 13 December 2005

Lupsa v. Romania, Application No. 10337/04, Judgment of 8 June 2006

Kaya v. Romania, Application No. 33970/05, Judgment of 12 October 2006

Üner v. the Netherlands, GC, Application No. 46410/99, Judgment of 18 October 2006

Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, GC, Application nos. 71412/01 and 78166/01, Decision of 2 May 2007

Sultani v. France, Application No. 45223/05, Judgment of 20 July 2007

D.H. and oth. v. Czech Republic, Application No.57325/00, Judgment of 13 November 2007

Berić and Others v Bosnia and Herzegovina, Application No. 36257/04, Decision on Admissibility of 16 October 2007

Saadi v. Italy, GC, Application No. 37201/06, Judgment of 28 February 2008

C.G. and Others v. Bulgaria, Application No. 1365/07, Judgment of 24 April 2008

N. v. United Kingdom, GC, Application No. 26565/05, Judgment of 27 May 2008

K.R.S. v. United Kingdom, Application No. 32733/08, Admissibility Decision of 2 December 2008

Muminov v. Russia, Application No. 42502/06, Judgment of 11 December 2008

Khemais and Others v. Italy, Application No. 246/07, Judgment of 24 February 2009

Onur v. United Kingdom, Application No. 27319/07, Judgment of 27 February 2009

Kaboulov v. Ukraine, Application No. 41015/04, Judgment of 19 November 2009

Rantsev v. Cyprus and Russia, Application No. 25965/04, Judgment of 7 January 2010

Al-Sadoon and Mufti v. United Kingdom, Application No. 61498/08, Judgment of 2 March 2010

Kozak v. Poland, Application No. 13102/02, Judgment of 2 March 2010

Medvedyev and Others v. France, GC, Application No. 3394/03, Judgment of 29 March 2010

Moretti and Benedetti v. Italy, Application No.16318/07, Judgment of 27 April 2010

Schalz and Kopf. v. Austria, Application No.30141/04, Judgment of 24 June 2010

P.B. and J.S. v. Austria, Application No. 18984/02, Judgment of 22 July 2010

M.S.S. v. Belgium and Greece, GC, Application No. 30696/09, Judgment of 21 January 2011

Sabeh El Leil v. France, Application No. 34869/05, Judgment of 29 June 2011

Al-Skeini and Others v. United Kingdom GC, Application No. 55721/07, Judgment of 7 July 2011

C.N. and V. v. France, Application No.67724/09, Judgment of 11 October 2011

V.F. c. Francia, Application No.7196/10, Judgment of 29 November 2011

Hirsi Jamaa and Others v. Italy, GC, Application No. 27765/09, Judgment of 23 February 2012

M. and others v. Italy and Bulgaria, Application No.40020/03, Judgment of 31 July 2012

De Souza Ribeiro v. France, GC, Application no. 22689/07, Judgment of 13 December 2012

X and Others v. Austria, GC, Application no. 19010/07, Judgment 19 February 2013

Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands, Application No.65542/12, Decision 11 June 2013

M.K.N. v. Sweden, Application No. 72413/10, Judgment of 27 June 2013

Vallianatos and Others v. Greece, GC, Application No. 29381/09 e 32684/09, Judgment of 7 November 2013

Cyprus v. Turkey, GC, Application No. 25781/9, Judgment of 12 May 2014

Sharifi and oth. v. Italy and Greek, Application No.16643/09, Judgment of 21 of October 2014

Tarakhel v. Switzerland, GC, Application No. 29217/12, Judgment of 4 November 2014

A.M.E. v. Netherlands, Application No. 51428/10, Judgment of 5 February 2015

Oliari and Others v. Italy, Application no. 18766/11 e no. 36030/11, Judgment of 21 July 2015

Khlaifia and oth. v. Italy, Application No.16483/12, Judgment of 1 of September 2015.

European Court of Justice (ECJ)

Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria, Case C-369/90, Judgment of 7 July 1992

Kadi v Council and Commission (Kadi I), Case T-315/01, Judgment of 21 September 2005

Yusuf and Al Barakaat v Council and Commission, Case T-306/01, Judgment of 21 September 2005

Meki Elgafaji e Noor Elgafaji, Case C-465/0, Judgment of 17 February 2009

Janko Rottman v. Freistaat Bayern, Case C-135/08, Judgment of 2 March 2010

Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi, Case C-34/09, Judgment of 8 March 2011

Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department, Case C-434/09, Judgment of 5 May 2011

Murat Dereci and Others v. Bundesministerium für Inneres, Case C-256/11, Judgment of 15 November 2011

N. S. v. Secretary of State for the Home Department, Cases C-411/10, Judgment of 21 December 2011

MA and oth. V. Secretary of State for the Home Department of United Kingdom, Case C-648/11, Judgment of 6 June 2013

The Queen, on the application of Sean Ambrose McCarthy, Helena Patricia McCarthy Rodriguez, Natasha Caley McCarthy Rodriguez v. Secretary of State for the Home Department, Case C-202/13, Judgment of 18 December 2014

Commission, Council, United Kingdom v Yassin Abdullah Kadi (Kadi II), Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10, Judgment of 18 July 2013

Mohamed M'Boj v. Belgian State, Case C-542/13, Judgment of 18 December 2014

Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)

Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84, January 19, 1984, Series A No. 4

The Word "Laws" in Article 30 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-6/86, May 9, 1986, Series A No. 6.

Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4.

The Right to Information on Consular Assistance in The Framework of The Guarantees of The Due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99 Of October 1, 1999, Series A. No. 1

Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, September 17, 2003, Series A. No. 18.

Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 8, 2005. Series C No. 130

Case of Vélez Loo v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 23, 2010 Series C No. 218

Inter-American Commission on Human Rights (IACHR)

Haitian Centre for Human Rights v. United States of America, Case 10.675, Report No. 51/96, Merits, 13 March 1997

Riebe Star and Others v. Mexico, Case 11.160, Report No. 49/99, Merits, 13 April 1999

Hugo Armendáriz v. United States, Report No. 57/06, Petition 526-03, Admissibility, 20 July 2006

Marino López et al. (Operation Genesis) v. Colombia, Report No. 86/06, Petition 499-04, Admissibility, 21 October 2006.

Andrea Mortlock v. United States, Case 12.534, Report No. 36/08, Merits 25 July 2008

Habal and son v. Argentina, Case 11.691, Report No. 64/08, Admissibility, 25 July 2008

African Commission on Human and People's Rights (ACommHPR)

Organisation Mondiale Contre la Torture (OMTC) and Others v. Rwanda, Communications Nos. 27/89-46/91-49/91-99/93, 20th Ordinary Session, October 1996

Rencontre Africaine pour la Defence des Droits de l'Homme (RADDH) v. Zambia, Communication No. 71/92, 20th Ordinary Session, October 1996

Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola, Communication No. 159/96, 22nd Ordinary Session, 11 November 1997

Amnesty International v. Zambia, Communication No. 212/98, 25th Ordinary Session, May 1999

Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRD) v. Republic of Angola, Communication No. 292/2004, 43rd Ordinary Session, 7-22 May 2008

Zimbabwe Lawyers for Human Rights (ZLHR) and the Institute for Human Rights and Development (IHRD) (on behalf of Andrew Barclay Meldrum) v. Republic of Zimbabwe, ACommHPR, Communication No. 294/2004, 6th Extraordinary Session, 30th March – 3rd April 2009

Good v. Republic of Botswana, Communication No. 313/05, 47th Ordinary Session, May 2010

UN International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

The Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1, Judgment of 10 December 1998

The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo, Case No. IT-96-21-T, Judgment of 16 November 1998

The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-A, Decision on Jurisdiction of 2 October 1995.

Others

Fong Yue Ting v. United States, Supreme Court of the United States, 15 May 1893, 149 U.S. 698

Nishimura Ekiu v. United States et al., Supreme Court of the United States, 18 January 1892, 142 U.S. 651

The Japanese Immigrant Case, Supreme Court of the United States, 6 April 1903, 189 U. S. 86

Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al., Petitioners v. Haitian Centers Council, Inc. et al., 12 January 1993, 509 U.S. 155

Solange II-decision, BVerfGE 73, 22 October 1986, 339 2 BvR 197/83

R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte, House of Lords, 1998, 3 WLR 1,456

R. v Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents), ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants), House of Lords, 2004, UKHL 55.

R. (on the applicant of Al-Jedda) (FC) v Secretary of State for Defence, House of Lords, 2007, UKHL 58 (2008)

R. (European Human Rights Centre and Others) v. Immigration Officer at Prague Airport, 2003 EWCA Civ 666, May, 20, 2003

Youssef Nada v State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs, Administrative Appeal Judgment of 14 November 2007, BGE 133 II 450, 1A 45/2007.

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration and Others), Supreme Court of Canada, 11 January 2002, 41 ILM 954, 2002

Expulsion Order Case, Federal Republic of Germany, Supreme Administrative Court of Hesse, 13 November 1968, ILR, volume 61, p. 442.

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation, 1948, 1 KB 223

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, 1985, AC 374, 410

Att.-Gen. for Canada v. Cain, 1906, A.C. 542

Everardo Diaz, Supreme Federal Tribunal of Brazil, 8 November 1919

Salebhoy v. The Controller of Immigration, Burma Chief Court, 24 January 1963

Ferrini, Corte di Cassazione, sentenza n. 5044 del 11 marzo 2004

ATTI E DOCUMENTI

United Nations

Treaties

Constitution of the International Refugee Organization (adopted 15 December 1946, entered into force 20 August 1948)
18 UNTS 3

Convention relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 150

Convention relating to the Status of Stateless Persons (adopted 28 September 1954, entered into force 6 June 1960) 360
UNTS 117

Convention on the Reduction of Statelessness (adopted 30 August 1961, entered into force 13 December 1975) 989
UNTS 175

Convention of concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants
(adopted 5 October 1961, entered into force 4 February 1969) 658 UNTS 143

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (adopted 21 December 1965,
entered into force 4 January 1969) 660 UNTS 195 186

International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976)
999 UNTS 171

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3
January 1976) 993 UNTS 3

Protocol relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS
267

International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), (adopted 1 November 1974, entered into force 29
November 1999) 2054 UNTS 492

Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties (adopted 23 August 1978, entered into force 6
November 1996) 1946 UNTS 3

International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR), (adopted 27 April 1979, entered into force 22 June
1985) 1405 UNTS 97

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), (adopted 18 December
1979, entered into force 3 September 1981) 1249 UNTS 13

United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), (adopted 10 December 1982, entered into force 16
November 1994) 1833 UNTS 396

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (adopted 10 December
1984, entered into force 26 June 1987), 1465 UNTS 85

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International
Organizations, (adopted 21 March 1986, not yet in force), 25 ILM 543

Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989, entered into force 2 September 1990) 1577 UNTS
3

The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, (adopted 18 December 1990, entered into force 1^o July 2003), 2220 UNTS 3

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (adopted 15 November 2000, entered into force 25 December 2003) 2237 UNTS 319

General Assembly (GA)

Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 302, G.A. Res. 217A (III);

Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, G.A. res. 2312 (XXII)

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970, G.A. Res. 2625 (XXV)

Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, 25 November 1981, G.A. Res. 36/55

Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in Which They Live : resolution / adopted by the General Assembly, 13 December 1985, 13 December 1985, G.A. Res. 40/144

Declaration on the Right to Development, 4 December 1986, G.A. Res. 41/128

Resolution adopted by the General Assembly on Refugee and Stateless Persons, 3 December 1949, G.A. Res. 4/319

Resolution adopted by the general Assembly on the Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 14 December 1950, G.A. Res. 5/428

Resolution adopted by the General Assembly on Question of the Establishment, in accordance with the Convention on the Reduction of Statelessness, of a Body to which Persons Claiming the Benefit of the Convention may apply, 9 December 1974, G.A. Res. 29/3274

Resolution adopted by the General Assembly on Mass Exodues, 15 December 1980, G.A. Res 35/196.

Resolution adopted by the General Assembly on International migration and development, 23 February 1996, G.A. Res. 50/123

Resolution adopted by the general Assembly on Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, 8 July 1997, G.A. Res. 51/229

Resolution adopted by the General Assembly on the Office of the High Commissioner for Refugees, of 12 December 1997, G.A. Res. 52/103

Resolution adopted by the General Assembly on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 28 January 2002, G.A. Res. 56/83

Resolution adopted by the General Assembly on 2005 World Summit Outcome, 24 October 2005, G.A. Res. 60/1

Basic Principles And Guidelines On The Right To A Remedy And Reparation For Victims Of Gross Violations Of International Human Rights Law And Serious Violations Of International Humanitarian Law, 16 December 2005, G.A. Res. 60/147

Secretariat of the General Assembly, Memorandum on the Expulsion of Aliens, 10 July 2006, A/CN.4/565

Committee Against Torture (CAT)

General Comment n. 1, Implementation of article 3 of the Convention in the Context of Article 22, 16 September 1998

General Comment n. 2, Implementation of Article 2 by States Parties, 24 January 2008

Conclusions and recommendations concerning the second report of the United States of America, 25 July 2006

Concluding Observations on Spain, 9 December 2009

International Law Commission (ILC)

Diplomatic Protection:

Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries A/CN.4/L.684, 2006

Expulsion of Aliens:

Preliminary report on the expulsion of aliens, U.N. Doc. A/CN.4/554, 2005

Third report on the expulsion of aliens, UN Doc. A/CN.4/581, 2007

Fifth report on the expulsion of aliens, U.N. Doc. A/CN.4/611, 2009

Sixth report on the expulsion of aliens, U.N. Doc. A/CN.4/625, 2010

Seventh report on the expulsion of aliens, U.N. Doc. A/CN.4/642, 2011

Eighth report on the expulsion of aliens, U.N. Doc. A/CN.4/651, 2012

Discussion of comments made by States and the European Union, followed by final observations by the Special Rapporteur, U.N. Doc. A/CN.4/651, 2012

Statement of the Chairman of the Drafting Committee, 29 May 2012 A/CN.4/L.797

Texts and titles of the draft articles adopted by the Drafting Committee on second reading, A/CN.4/L.832, 2014

Statement of the Chairman of the Drafting Committee, 6 June 2014 A/CN.4/L.832

State Responsibility:

Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility, A/CN.4/354 and Corr.1 and Add.1 & 2, 1982

Fourth Report on State Responsibility, A/CN.4/444 and Add.1-3, 1992

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/56/49(Vol. I)/Corr.4), 2011

Reservation to Treaties:

Third Report on the law of treaties, A/CN.4/167 and Add.1-3, 1964

Text of the Guide to Practice on Reservations to Treaties, Un. Doc. A/66/10/Add, 2011

Fragmentation of International Law:

Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, April 13, 2006, A/CN.4/L.682 and Corr. 1

Draft Conclusions on Fragmentation of International Law, A/CN.4/L.682/Add.1, 2006

Human Rights Committee on Civil and Political Rights (HRC)

General Comment No. 6, The Rights to Life, 30 April 1982

General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Persons), 30 June 1982

General Comment No. 15, The Position of Aliens under the Covenant, 11 April 1986

General Comment No. 16, The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation (art. 17), 8 April 1988

General Comment No. 18, Non-Discrimination, 10 November 1989

General Comment No. 20, concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment, 10 March 1992

General Comment n. 24, General Comment on issues relating to reservation made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, 2 November 1994

Concluding Observations on United States of America, 3 October 1995

General Comment No. 26, Continuity of Obligations, 8 December 1997

Concluding Observations on Israel, 18 August 1998

General Comment No. 27, Freedom of Movement, 2 November 1999

General Comment No. 28, Article 3, Equality of Rights between Men and Women, 29 March 2000

General Comment No. 29, States of Emergency, 31 August 2001

Concluding Observations on Israel, 21 August 2003

General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligations Imposed on State Parties to the Covenant, 26 May 2004

Concluding Observations on United States of America, 15 September 2006

Report of the UN High Commissioner for Human Rights 2007 substantive session of the UN ECOSOC, 25 June 2007

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR)

General Comment No. 3, The nature of States Parties obligations, 14 December 1990

General Comment No. 12, The right to adequate food, 12 May 1999

General Comment No. 14, The right to the highest attainable standard of health, 11 August 2000

General comment No. 15, The right to water, 20 January 2003

Concluding Observations on Israel, 23 June 2003

General Comment No. 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights, 2 July 2009

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR)

Conclusion n. 1 (XXVI), Establishment of the Subcommittee and General (1975)

Conclusion n. 6 (XXVIII), Non-refoulement (1977)

Conclusion n. 7 (XXVIII), Expulsion (1977)

Conclusion n. 15 (XXX), Refugees Without an Asylum Country (1979)

Conclusion n. 17 (XXXI), Problems of extradition affecting refugees (1980)

Conclusion n. 23 (XXXII), Problems Related to the Rescue of Asylum-Seekers in Distress at Sea (1981)

Conclusion n. 24 (XXXII), Family Reunification (1981)

Conclusion n. 25 (XXXIII), General Conclusion on International Protection (1982)

Conclusion n. 38 (XXXVI), Rescue of Asylum-Seekers in Distress at Sea (1985)

Conclusion n. 58 (XL), Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection (1989)

Conclusion n. 79 (XLVII), General Conclusion on International Protection (1996)

Conclusion n. 81 (XLVII), General Conclusion on International Protection (1997)

Conclusion n. 82 (XLVIII), Conclusion on Safeguarding Asylum (1997).

Conclusion n. 85 (XLIX), Conclusion on International Protection (1998)

Conclusion n. 87 (L), General Conclusion on International Protection (1999)

Conclusion n. 88 (L), Protection of the Refugee's Family (1999)

Conclusion n. 90 (LII), General Conclusion on International Protection (2001)

Conclusion n. 97 (LIV), Protection Safeguards in Interception Measures (2003)

Conclusion n. 103 (LVI), Conclusion on the Provision on International Protection Including Through Complementary Forms of Protection (2005)

Organization of African Unity (OAU)

African (Banjul) Charter On Human And Peoples' Rights (adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986) 21 I.L.M. 58 (1982)

OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (adopted 10 September 1969, entered to force 20 January 1974) 14 UNTS 691.

Organization of American States (OSA)

American Convention on Human Rights (adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978, OAS Treaty Series No 36 (1969))

Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama Adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, held at Cartagena, Colombia from 19 - 22 November 1984

Council of Europe (COE)

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (amended), adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953, CETS 5

Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto as amended by Protocol No 11, adopted 16 September 1963, entered into force 1 November 1998, CETS 46

European Convention on the Repatriation of Minors, adopted 28 May 1970, entered into force 28 July 2015, CETS 71

Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, adopted on 16 May 2005, entered into force 1 February 2008, CETS 197

European Convention on the Avoidance of Statelessness in Relation to State Succession, adopted on 15 March 2006, not yet in force, CETS 200

Unione Europea (UE) (lingua ufficiale italiana)

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in GUCE n. C364, 18 dicembre 2000.

Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GUUE n. L 50/1 del 25.2.2003.

Regolamento (CE) n. 1560/2003 della Commissione, del 2 settembre 2003, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo in GU L 222/3 del 5.9.2003.

Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 di istituzione dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea in GUUE L 199/30 del 25.11.2004.

Regolamento n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15.3.2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), in GUUE n. L 105/1 del 13.4.2006.

Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), in GUUE 180/31 del 29.6.2013.

Regolamento di esecuzione (UE) n. 118/2014 della Commissione, del 30 gennaio 2014, che modifica il regolamento (CE) n. 1560/2003 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GUUE L 39/1 dell'8.2.2014.

Regolamento (UE) n. 515/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che istituisce, nell'ambito del Fondo sicurezza interna, lo strumento di sostegno finanziario per le frontiere esterne e i visti e che abroga la decisione n. 574/2007/CE, in GUUE L 150/168 del 20.5.2014.

Regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio in GUUE L 150/168 del 20.5.2014.

Decisione n. 574/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 maggio 2007, che istituisce il Fondo per le frontiere esterne per il periodo 2007-2013, nell'ambito del programma generale "Solidarietà e gestione dei flussi migratori", in GUUE n. L 144 del 6.6.2007.

Decisione del Consiglio dell'Unione europea del 14 settembre 2015, UE/2015/1523, che stabilisce misure provvisorie in materia di protezione internazionale a beneficio di Italia e Grecia, in GUUE L 239/146 del 15.9.2015.

Decisione del Consiglio dell'Unione europea del 22 settembre 2015, UE/2015/1601 che stabilisce misure provvisorie in materia di protezione internazionale a beneficio di Italia e Grecia.

Direttiva 2000/78, del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in GUUE n. L 303 del 02.12.2000.

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, in GUUE n. L 212/ del 7.08.2001.

Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo in GUUE n. L 16/44 del 23.01.2004.

Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GUUE L 158 del 30.4.2004.

Direttiva 2004/83/CE del Consiglio dell'Unione Europea, del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o persona altrimenti bisognosa della protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE n. L 304/12 del 30.9.2004.

Direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che applica il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura GUUE n L 373 del 21.12.2004.

Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in GUUE n. L 204 del 26.7.2006

Direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2011 che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale in GUUE n. L 132/1 del 19.5.2011.

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 (rifusione), in GUUE n. L 337/9 del 20.12.2011.

Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione) in GUUE L 180/60 del 29.6.2013.

Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione) in GUUE L 180/96 del 29.6.2013.

European Commission, *Explanatory Memorandum*, COM(2001) 510 def. 2001/0207(CNS), del 30 ottobre 2001, Proposta di direttiva del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione, in GUCE C 51 E/325 del 26.02.2002.

Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2013 sulla situazione dei minori non accompagnati nell'UE, P7_TA(2013)0387

Parere del Comitato economico e sociale europeo del 15 ottobre 2014 in merito alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro, in GUUE C12/69 del 15.1 2015

BIBLIOGRAFIA

- Abi-Saab, G., "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks", in NYUJILP, vol. 31, 1999, p. 919 ss.
- Addo, M., *The Legal Nature of International Human Rights*, , 2010.
- Ago, R., *Positive Law and International Law*, in AJIL, vol. 51, 1957, p. 692 ss.
- "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", in RCADI, vol. 134, 1971, p. 297 ss.
- Akehurst, M.B., "The Hierarchy of the Sources of International Law", in BYBIL, Vol. 47, 1974-75, p. 273 ss.
- Akram, S. M., Rempel, T., "Temporary protection as an instrument for implementing the right of return for Palestinian Refugees", in Boston University ILJ, vol. 22, 2004, p. 1 ss.
- Albert, M., Jacobson, B., Lapid, Y.(eds.), *Identities, Borders, Orders*, London e Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001.
- Aleinikoff, T.A., Chetail, V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003.
- Alston, P. (ed.), *Human Rights Law*, Aldershot, Dartmouth, 1996.
- Amerasinghe, C., *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Londra, Oxford Clarendon Press, 1967.
- Amnesty International, *Former Yugoslav Republic of Macedonia: The Protection of Kosovo Albanian Refugees*, London, 1999.
- Anzilotti, D., *Cours de droit international*, t. I, Paris, Sirey, 1929.
- Archibugi, D., *The Global Commonwealth of Citizens: Toward Cosmopolitan Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, London, 2013.
- Barile, G., "La structure de l'ordre juridique international: règles générales et règles conventionnelles", in RCADI, vol. 161, 1978, p. 9 ss.
- Barnhoorn, L.A.N.M., Wellens, K., (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Barroso, L.R., "Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse", in Boston College International and Comparative Law Review, vol. 35, 2012, p. 331 ss.
- Bartole, S., De Sena, P., Zagrebelsky, V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012.
- Bedjaoui, M., *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979.
- "The Difficult Advance of Human Rights Towards Universality", in COE, *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel Publisher, 1990, p. 44 ss.
- *International Law Achievements and Perspectives*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Benvenisti E., "The Conception of International Law as a Legal System", in Ger YBIL, vol. 50, 2007, p. 393 ss.
- "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreigns Stakeholders", in AJIL, Vol. 107, No. 2, April 2013, p. 295 ss.

--- “The Paradoxes of Sovereigns as Trustees of Humanity: Concluding Remarks”, in *Theoretical Inquiries L.*, vol. 16, 2015, p. 535 ss.

Benzing, M., “Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals”, in *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, 2006, p. 369 ss.

Bernhardt, R., (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1992.

--- “Article 103”, in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., Munich, Oxford University Press, 2002, p. 1295 ss.

Besson, S., “Sovereignty”, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 366 ss.

Bianchi, A., “L’immunità des états et les violations graves de droits de l’homme: la fonction de l’interprète dans la détermination du droit international”, in *RGDIP*, vol. 108, 2004, p. 53 ss.

--- “Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso Germania c. Italia”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 2, 2012, p. 293 ss.

Bichi, R., (a cura di), *Separated children : i minori stranieri non accompagnati*, Milano, F. Angeli, 2008.

Billet, C., “EC Readmission Agreements: A Prime Instrument of the External Dimension of the EU’s Fight against Irregular Immigration. An Assessment after Ten Years of Practice”, in *EJML*, vol. 12, 2010, p. 45 ss.

Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, London, 1795.

Bognetti, G., “Il principio di ragionevolezza e la Corte Suprema americana”, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè, 1994, p. 43 ss.

Bohning W., *Studies in International Labour Migration*, London, MacMillan Press, 1984.

Bonafè, B. I., “Il caso delle Immunità giurisdizionali dello Stato: verso un ampliamento della partecipazione del terzo davanti alla Corte internazionale di giustizia”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 2, 2012, p. 371 ss.

--- “L’esistenza di rimedi alternativi ai fini del riconoscimento dell’immunità alle organizzazioni internazionali: la sentenza della Corte suprema olandese nel caso delle Madri di Srebrenica”, in *RDI*, vol. 95, 2012, p. 826 ss.

Boon, K.E., Huq, A., Lovelace, Jr., D.C., *Terrorism. Commentary on Security Documents, Extraordinary Rendition*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Borgen, J.C., “Resolving Treaty Conflicts”, in *GWILR*, Vol. 37, 2005, p. 573 ss.

Bos, M., “The Hierarchy Among the Recognized Manifestations (“Sources”) of International Law”, in *NILR*, Vol. 25, Issue 3, December 1978, p. 334 ss.

Bouteillet-Paquet, D., Hailbronner, K. (eds.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Brussels, Bruylant, 2002.

Bowett, D., “The Impact of Security Council Decisions to Dispute Settlement Procedures”, in *EJIL*, vol. 5, 1994, p. 89 ss.

Braasch, P., “Deportation of Foreign Nationals Under Article 12 (4) of the International Covenant on Civil and Political Rights”, in *GerYIL*, vol. 53, 2010, p. 981 ss.

- Brandtner, B., Rosas, A., “Human Rights and the External Relations of the European Community: an Analysis of Doctrine and Practise”, in *EJIL*, vol. 9, 1998, p. 468 ss.
- Bromer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1997.
- Brownlie, I., *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part 1, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Brunnée, J., Toope, S.J., “International Law and Constructivism: Elements of an International Theory of International Law”, in *CJTL*, vol. 39, 2000, p. 19 ss.
- “The Responsibility to Protect and the Use of Force: Building Legality?”, in *Global responsibility to Protect*, vol. 2, 2010, p. 191 ss.
- Buchanan, A., *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundation for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Caflich, L., Caçado Trindade, A., “Les conventions américaine et européenne des droits de l’homme et le droit international général”, in *RGDIP*, vol. 108, 2004, p. 5 ss..
- Calamia, A.M., *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, Giuffrè, 1980.
- Calamia, A.M., Di Filippo, M., Gestri, M. (eds.), *Immigrazione, Diritto, Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, Cedam, 2012.
- Caliguori, A., Cataldi, A., Napoletano, N., *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, Cedam, 2010.
- Calvo, C., *Le droit international théorique et pratique*, Paris, A. Rousseau, 1896.
- Campiglio, C., *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, Cedam, 1995.
- Cannizzaro, E., “Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the Kadi Case”, in *YbEL*, vol. 28, 2009, p. 593 ss.
- Caçado Trindade, A., *International Law for Humankind: Toward a New Jus Gentium*, Leiden and Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010
- Caplan, L.M., “State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory”, in *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 741 ss.
- Carella, G., “Esodi di massa e diritto internazionale”, in *RDI*, vol. 75, 1992, p. 903 ss.
- Casolari, F., “La successione degli Stati nei trattati bilaterali al vaglio della Corte di Giustizia: il caso Budvar”, in *RDI*, vol. 88, 2005, p. 121 ss.
- Castrogiovanni, I., “Sul refoulement di profughi haitiani intercettati in acque internazionali”, in *RDI*, 1994, pp. 474 ss.
- Cassarino, J. (ed.) , *Unbalanced Reciprocities: Cooperation on Readmission in the Euro-Mediterranean Area*, Washington, The Middle East Institute, 2010.
- Cassese, A., “Individuo (diritto internazionale)”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 21, Milano, 1971, p. 184 ss.
- *International Protection of the Right to Leave and to Return*, in *AA.VV., Studi in onore di Manlio Udina*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 219 ss.
- *Human Rights in a Changing World*, Philadelphia, Temple University Press, 1990.
- *Diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006.

- I diritti umani oggi, Roma, Bari, Laterza 2009.
- Five Masters of International Law, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2011.
- Cassese, S., “Administrative Law without the State: The Challenge of Global Regulation”, in NYUJILP, vol. 37, 2005, p. 663 ss.
- Cataldi, G., Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale, Milano, Giuffrè, 1990.
- Cataldi, G., Del Guercio, A., Liguori, A. (a cura di), Il diritto di asilo in Europa, Napoli, L’Orientale University Press, 2014.
- Cavaglieri, A., “Règles générales de droit de la paix”, in RCADI, vol. 26, 1929, p. 311 ss.
- Charney, J.I., “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?”, in RCADI, Vol. 271, 1998, p. 101 ss.
- Chan, C. W., “The protection of refugees and International displaced persons:: non-refoulement under customary international law?”, in IJHR, vol. 10, n. 3, 2006, p. 231 ss.
- Cheng, B., General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge, Grotius, 1987.
- Chetail, V., International Legal Protection of Migrants and Refugees: Ghetto or Incremental Protection? Some Preliminary Comments, presented at the Esil Research Forum on International Law: Contemporary Issues, at the Graduate Institute of International Studies (HEI), Geneva (26-28 May 2005) of the European Society of International Law, <http://www.esi/-sedi-org/englih/pdf/Chetail.PDF>
- Chhangani, R. C., “Notes and Comments. Expulsion of Uganda Asians and International Law”, IJIL, vol. 12, 1972, p. 400 ss.
- Chia, J., “Immigration and its Imperatives”, in ELJ, vol. 15, n. 6, November 2009, p. 683 ss.
- Chircop, A., “Ships in Distress, Environmental Threats to Coastal States and Place of Refuge: New Direction for an Ancient Regime?”. Ocean Development and International Law, vol. 33, 2002, p. 207 ss.
- Ciampi, A., “The International Court of Justice between “Reason of State” and Demands for Justice by Victims of Serious International Crimes”, in RDI, vol. 95, 2012, p. 374 ss.
- Cinelli, G., “La tutela dei diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in Rivista del diritto della sicurezza sociale, 2006, n. 3, pag. 731 e ss.
- Clark, T., Crepau, F., “Human Rights in Asylum Sharing and Other Human Transfer Agreements”, in NQHR, vol. 22, 2004, p. 217 ss.
- Cocuzza O., Il controllo dei traffici migratori illeciti nel Mare Mediterraneo, Roma, 2003.
- Cohen, J.L., “La responsabilité internationale pour atteinte aux droits de l’homme: sur quelques tendances récentes”, in AA.VV., Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz, Napoli, Ed. Scientifica, 2004, p. 675 ss.
- “Constitutionalism Beyond the State: Myth or Necessity? (A Pluralist Approach)” in Humanity, vol. 2, 2011, p. 127 ss.
- Cohen Jonathan, G., Flauss, G.F. , “Cour européen de droits de l’homme et droit international general”, in Annuaire Français de Droit International, vol. 51, 2005, pp. 675 ss.
- Committee on International Human Rights Law and Practice, Final report on the Impact of Findings of the United Nation Human Rights Treaty Bodies, Report of the 71st Conference of the International Law Association, 2004.

- Condorelli, L., “La protection diplomatique et l’évolution de son domaine d’application actuelle”, in RDI, vol. 83, 2003, p. 5 ss.
- Conetti, G., “Rifugiati”, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1986.
- Confalonieri, A., “La Convenzione del Consiglio d’Europa contro la tratta di esseri umani”, in *Diritti dell’uomo, cronache e battaglie*, vol. 2, 2006, p. 37 ss.
- Conforti, B., *Il regime giuridico dei mari: contributo alla ricostruzione dei principi generali*, Napoli, Jovene, 1957.
- *Diritto Internazionale*, 8a ed., Napoli, Edizioni Scientifiche, 2010.
- “Consistency among Treaty Obligations”, in E. Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 187 ss.
- Corten, O., *Le discours du droit International pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009..
- Crackanthorpe, M., *The Destitute Alien in Great Britain: A Series of Papers Dealing with the Subject of Foreign Pauper Immigration*, London, 1892.
- Craven, M., “Legal Differentiation and the Concept of Human Rights Treaty in International Law”, in *EJIL*, vol. 11, 2000, p. 489 ss.
- Crawford, J., *The Right of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect”, in *AJIL*, Vol. 96, No. 4, October 2002, p. 874 ss.
- Currie, B., “Notes on Methods and Objective in the Conflict of Laws”, in *Duke Law Journal*, vol. 8, 1959, p. 171 ss.
- Czaplinski, W., Danilenko, G., “Conflicts of Norms in International Law”, in *NYIL*, Vol. 21, 1990, p. 3 ss.
- D’Amato, A., “It’s a Bird? It’s A Plane? It’s Jus Cogens”, in *CJIL*, vol. 1, 1990, p. 1 ss.
- Daillier, P., Pellet, A., *Droit international public*, 7th ed., Paris, Librairie général de droit et de jurisprudence, 2002.
- Decaux, E., “Le territoire des droits de l’homme”, in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Paris, Bruylant, 1995.
- *Les formes contemporaines de l’esclavage*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- De La Fayette, L., “Access to Ports in International Law”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 11, 1996, p. 1 ss.
- De Schutter, O., *International Human Rights Law*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2010.
- De Sena, P., *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell’uomo*, Torino, Giappichelli, 2002.
- De Sena, P., Vitucci, M. C., “The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values”, in *EJIL*, vol. 20, 2009, p. 193 ss.
- De Sousa Santos, B., *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Age of the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.
- De Stefani P., *Il diritto internazionale dei diritti umani*, Padova, Cedam, 1994.
- De Vattel, E., *Les droit des gens ou principes de la loi naturelle*, *Reproduction of the original 1758 edition*, books 1-4, Carnegie Institution Washington D.C., 1916.

- De Werd, R.C., "Our New Immigration Policy", in *Foreign Affairs*, vol. 3, 1924-5, p. 99 ss.
- Dicke, K., "The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights", in Kretzmer, D., Klein, E. (eds.), *The Concept of Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002, p. 111 ss.
- Dicker, N., Mansfield, J., "Filling the protection gap: current trends in complementary protection in Canada, Mexico and Australia", in UNHCR, *Research Paper No. 238*, maggio 2012
- Dugard, J., "The Future of International Law: A Human Rights Perspective", in *LJIL*, vol. 20, 2007, p. 729 ss.
- Dupuy, P. M., "Humanité, communauté, et efficacité du droit", in *Humanité et droit international: Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991.
- "L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public (2000)", in *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 9 ss..
- *Droit international public*, 7^a ed., Parigi, 2004.
- "The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges", in *EJLS*, Vol. 1, Issue 2, Autumn/Winter, 2007.
- Dupuy, R. J., *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Unesco, Economica, 1986.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.
- "What is Equality?", Part I e II, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, No. 3-4, 1981, p. 185 ss., 283 ss.
- *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.
- Dyzenhaus, "Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought", *Theoretical Inquiries Law*, vol. 16, 2015, pp. 337 ss.
- EASO, *Rapporto annuale dell'Agenzia europea per l'asilo EASO*, 2014, all'indirizzo <http://www.immigrazione.it/docs/2015/EASO-Annual-Report-2014>.
- Edwards, A., Van Waas, L., *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- "Statelessness" in Loescher G., Fiddian-Qasimeyah E., Long K., Sigona N. (eds.), *Oxford Handbook on Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Eggle, A. V., *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
- Elias, T., *Modern Law of Treaties*, New York, Oceana, 1974.
- Evans, G., "The Responsibility to Protect: An Idea Whose Time Has Come ... and Gone?", in *International relations*, vol. 22, 2008, p. 283 ss.
- Favilli, C., 2005, "Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?", in *RDI*, vol. 88, 2005, p. 156 ss.
- *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2008
- *Garanzie e procedure del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011.

- “Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell’unione europea”, in RDI, vol. 98, 2015, p. 701 ss.
- Feller, E., “The Evolution of the International Refugees Protection Regime”, in *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 5, 2001, p. 129 ss.
- Feller, E., Türk, V., Nicholson, F. (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- Fitzmaurice, A., “Sovereign Trusteeship and Empire”, in *Theoretical Inquiries Law*, vol. 16, 2015, p. 447 ss.
- Fitzmaurice, G., “The Meaning of the Term ‘Denial of Justice’”, in *BYBIL*, vol. 13, 1932, p. 93 ss.
- “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, in Verzijl J., (ed.), *Presentée au professeur J. Verzijl à l’occasion de son LXX-ième anniversaire*, La Haye, M. Nijhoff, 1958, p. 153 ss.
- Fitzmaurice, M., Elias, O., *Contemporary issues in the law of treaties*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2005.
- Fitzpatrick, J., “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, in *AJIL*, Vol. 94, No. 2, April 2000, p. 279 ss.
- Flores, M., Groppi, T., Pisillo Mazzeschi, R. (a cura di), *Diritti umani: cultura dei diritti e dignità della persona nell’epoca della globalizzazione*, Dizionario - Voll. I e II, Torino, Utet, 2007.
- Focarelli, C., “I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente”, in RDI, vol. 90, 2007, p. 637 ss.
- *International Law as Social Construct*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Forlati, S., “Protection diplomatique, droits de l’homme et reclamations “directe” devant la Cour International de Justice. Quelques réflexions en marge de l’arret Congo/Ouganda”, in *RGDIP*, vol. 53, 2007, p. 89 ss.
- *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- (a cura di) *La lotta alla tratta degli esseri umani tra dimensione internazionale ed ordinamento interno*, Napoli, Jovene, 2013.
- Fornari, M. N., “Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa”, in *CI*, vol. 57, 2002, p. 61 ss.
- Forowicz, M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Foster, M., *International Refugee-Law and Socio-Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Fox-Decent, E., Criddle, E.J., “The Fiduciary Constitution of Human Rights”, in *Legal Theory*, vol. 15, 2009, p. 301 ss.
- Francioni, F., Gestri, M., Ronzitti, N., Scovazzi, T. (a cura di), *Accesso alla giustizia dell’individuo nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2008.
- Freeman, A.V., “Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law”, in *AJIL*, vol. 40, 1946, p. 121 ss.
- Friedmann, W., “Some Impacts of Social Organization on International Law”, in *AJIL*, vol. 50, 1956, p. 475 ss.
- *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens & Sons, 1964

Fry, J., "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 18, 2007, p. 77 ss.;

FRONTEX, Concept of reinforced joint operation tackling the migratory flows towards Italy: JO EPN-Triton, to better control irregular migration and contribute to SAR in the Mediterranean Sea, Warsaw, 28/08/2014, p. 1 ss.

Frowein, J.A., "Artikel 1", in Frowein, J.A., Peukert, W. (a cura di), *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, Arlington, 1994, p. 24 ss.

Gaja, G., "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", in Cardona Lloréns J. (ed.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. 3, 1999, p. 283 ss.

--- "Is a State Specially Affected when its Nationals' Human Rights Are Infringed?", in Vohrah, L.C. et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 373 ss.

Gallagher, A., "Recent Legal Developments in The Field of Human Trafficking: A critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments", in *EJML*, vol. 8, 2006, p. 163 ss.

Gargiulo, P., *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, Ediesse, 2012.

Gasparini Casari, V. (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di Diritto Italiano, Comunitario e Internazionale*, Vol. I, Modena, Mucchi, 2010, p. 23 ss.

Gattini A., "The Dispute on Jurisdictional Immunity of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change in the Law?", in *LJIL*, vol. 24, 2011, p. 178 ss.

Gil-Bazo, M. T., "Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law, New Issues in Refugee Research", UNHCR Research Paper No. 136, November 2006.

Gioia, A., "Successione internazionale tra Stati", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 43, Milano, Giuffrè, 1990, p. 400 ss.

Goldsmith, J.L., Posner E.A., *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Goodwin-Gill, G.S., "The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law", in *BYBIL*, Vol. 47, 1974-75, p. 55 ss.

--- *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

--- "Non-refoulement and the New Asylum Seekers", in *VJIL*, Vol. 26, 1985-1986, p. 897 ss.

--- "The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain", in Gowland-Debbas, V. (ed.), *The problem of refugees in the light of a contemporary International law iusses*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

--- "Migration: International Law and Human Rights", in Bimal, G. (ed), *Managing Migration: a Time for a New International Regime?*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

--- "Refugees and Responsibility in the Twenty-First Century: More Lessons Learned from the South-Pacific", in *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 12, 2003, p. 23 ss.

--- "State Responsibility and the 'Good Faith' Obligation in International Law", in M. Fitzmaurice and D. Sarooshi, (ed), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Vol. 7, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 75 ss.

Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

- Gowlland-Debbas, V., "The Right to Life and Genocide: The Court and International Public Policy", in L. Boisson de Chazournes, P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 315 ss.
- Grahl- Madsen, A., *The status of refugees in international law*, Leiden, Sijthoff, 1966.
- *Territorial asylum*, Uppsala, Swedish Institute of International Affairs, 1980.
- Greig, D.W., "The Protection of Refugees and Customary International Law", in *Aust. YBIL*, Vol. 8, 1978-1980, pp. 108-141.
- Guild, E., "Moving the Borders of Europe", Inaugural lecture, Ceremony on the occasion of the assumption of the professorship of the CPO Wisselleerstoel at the University of Nijmegen, the Stichting Steunfonds Juridisch (Post) Doctoraal Onderwijs, 30th May 2001, disponibile all'indirizzo: <http://cmr.jur.ru.nl/cmr/docs/oratie.eg.pdf>
- *The Legal Element of European Identity. EU Citizenship and Migration Law*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2004.
- Hackworth, G.H., *Digest of International Law*, Vol. III, Washington, U.S. Government Printing Office, 1942.
- Hailbronner, K., "Non-Refoulement and "Humanitarian Refugees": Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", in *VJIL*, Vol. 26, 1986, p. 857 ss.
- "Comments on A Right to Return and the Question of a Right to Remain", in Gowlland- Debbas V., *The Problem of Refugees in the light of a Contemporary International law Issues*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Hannum, H., *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- "The Status of Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", in *GAJICompL*, vol. 25, 1995-1996, p. 25 ss.
- Hassan, P., "The Word 'Arbitrary' As Used In The Universal Declaration Of Human Rights: 'Illegal' or 'Unjust'?", in *Harvard International Law Journal*, vol. 10, 1969, p. 225 ss.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Hathway, J.C., *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991.
- *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Hathaway, J.C., Neve, R.A., "Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection", in *HHRJ*, Vol. 10, Spring 1997, pp. 115-211.
- Heilborn, P., *Das System des Volkerrechts Entwickelt Aus Den Völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, 1896.
- Henckaerts, J.M., *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Henkin, L., "Human Rights and State Sovereignty", in *GAJICompL*, vol. 25, 1995-1996, p. 31 ss.
- *The Age of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990.
- Hershey, A.S., *The Essentials of International Public Law and Organization*, New York, Macmillan, 1927.
- Higgins, R., *Human Rights: Some Questions of Integrity*, in *Modern Law Review*, vol. 1, 1989, p. 1 ss.

- “International trade law and the avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law”, in RCADI, vol. 230, 1991, pp. 9 ss.
- Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Hoffman, R., The Right to Leave in International and National Law, Heidelberg, Springer, 1988.
- Huber, M., *Annuaire de L’Institut de Droit International*, vol. 45, 1952, vol. I, pp. 200 ss.
- Hyde, C.C., *International Law, Chiefly as Interpreted and Apply by the United States*, 2nd ed., Vol. I, Boston, Little, Brown and Company, 1947.
- Ilyomade, B.O., “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, in *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, p. 47 ss.
- IMO, Guidelines on the Allocation of Responsibilities to Seek the Successful Resolution of Stowaway Cases, IMO Assembly, Resolution A.871(20), adopted on 27 November 1997 (IMO Stowaway Guidelines).
- Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, Maritime Safety Committee, Resolution MSC.167(78) (IMO Rescued Guidelines), adopted on 20 May 2004.
- Principles relating to administrative procedures for disembarking persons rescued at sea, adopted on 22 January 2009, Doc. No. FAL.3/Circ.194 (Disembarking Principles).
- IMO, UNHCR, ICS (International Chamber of Shipping) Rescue at sea. A Guide to Principles and Practice as applied to Migrants and Refugees, 2006.
- International Commission of Jurists, Practicioners Guide n. 6, Migration and International Human Rights Law, Geneve, 2011.
- Istrefi, K., “The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: The Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights”, in *EJLS*, Volume 5, Issue 2, 2012/13, p. 81 ss.
- Jenks, C.W., “The Conflict of Law-Making Treaties”, in *BYBIL*, Vol. 30, 1953, p. 401 ss.
- Jennings, R., “General course on principles of international law”, in *RCADI*, 121, 1967, p. 323 ss.
- Jennings, R., Watts, A. (eds.), *Oppenheim’s International Law*, Harlow, Longman, 1996.
- Jessup, P.C., *A Modern Law of Nations: An Introduction*, New York, The Macmillan Company, 1948.
- Kamminga, T., Scheinin, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Kant, I., *Per la Pace Perpetua*, 1795.
- Karl, W., *Treaty and subsequent practice in Public International law*, Berlin, Springer, 1983.
- Kateb, G., *Human Dignity*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2011.
- Kelsen, H., *Principles of International Law*, 2nd ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966.
- *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- “Derogation”, in Klecatsky H., Marcic R., Schambeck H. (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Salzburg, Verlag Anton Pustet, 1968, p. 1429 ss.
- (tradotto da M. Hartney), *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

- (traduzione in italiano di S. Cotta e G. Treves), *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milano, Etas, ult. ed., 2000.
- (tradotto da J. Luther e E. Daly), *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, 2013.
- Kennedy, D., "The Sources of International Law", in *American University International Law Review*, vol 2, 1987, p. 1 ss.
- "The Mystery of Global Governance", in J.L. Dunoff e J.P.Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 38 ss.
- Kingsbury, B., Krisch, N., Stewart, R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", in *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 15 ss.
- Kingsbury, B., Krisch, N., "Introduction: Global Governance and Global administrative Law in the International Legal Order", in *EJIL*, vol. 17, 2006, p. 1 ss.
- Kingsbury, B., "The Concept of Law in Global Administrative Law", in *EJIL*, vol. 20, 2009, p. 23 ss.
- Kingsbury, B., Casini, L., "Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law", in *International Organization Law Review*, vol. 6, 2009, p. 319 ss.
- Kirgis, F., "Custom on a Sliding Scale", in *AJIL*, vol. 81, 1987 p. 86 ss.
- Klabbers, J., Peters, A., Ulfstein, G., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Klabbers J., Piiparinen, T. (eds.), *Normative Pluralism in International Law, Exploring Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- Kojanec, G., *Asilo territoriale: problematica nell'ambito delle N. U.*, in *CI*, vol. 32, 1977, p. 618 ss.
- Kolb, R., *La bonne foi en droit International public*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- "Observations sur l'évolution du concept de jus cogens", in *RGDIP*, vol. 113, 2009, p. 837 ss.
- Kourula, P., *Broadening The Edges: Refugee Definition And International Protection Revisited*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- Koser, K., Walsh, M., Black, R., "Temporary Protection and the Aissted Return of Refugees Form the European Union", *IJRL*, vol. 10, 1998, p. 444 ss.
- Koskenniemi, M., "Hierarchy in International Law: A Sketch", in *EJIL*, vol.8., 1997, p. 566 ss.
- "General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law", in *Sources of International Law*, Aldershot, Dartmouth, 2000, p. 359 ss.
- "Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?"; in *BYBIL*, vol. 72, 2001, p. 337 ss.
- *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics", in *MLR*, Vol. 70, Issue 1, January 2007, p. 1 ss.
- "What Use for Sovereignty Today?"; in *Asian JIL*, vol. 1, 2011, p. 61 ss.
- *The Politics of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

- Koskenniemi, M., Leino, P., "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", in *LJIL*, Vol. 15, Issue 3, September 2002, p. 553 ss.
- Krasner, S., "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables", in *International Organizations*, vol. 36, 1982, p. 185 ss.
- Krisch, N., *Beyond Constitutionalism: The Pluralistic Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Kuhnert, K., "Bosphorus – Double standards in European human rights protection?", in *Utrecht Law Review*, Volume 2, 2006, p. 177 ss.
- Lauterpacht, H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933.
- *International Law and Human Rights*, New York, F. A. Praeger, 1950.
- *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.
- Leanza, U. (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario ed interno*, Napoli, Società Italiana di Diritto Internazionale, 2005.
- Le Bris, C., *L'Humanité saisie par le droit international Public*, Paris, LGDJ, 2012
- Leigh, G., "Nationality and Diplomatic Protection", in *ICLQ*, Vol. 20, 1971, p. 453 ss.
- Lenzerini, F., "Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *RDI*, vol. 95, 2012, p. 721 ss.
- Liguori, A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, 2 ed., Napoli, Ed. scientifica, 2008.
- "Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione dei migranti in Europa", in *DIC*, vol. 3, 2009, p. 29 ss.
- "La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi", in *RDI*, vol. 95, 2012, p. 415 ss.
- Liguori, A., Ricciuti, N., "Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea", in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3, 2012, p. 539 ss.
- Lillich, R.B., "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: an Elementary Principle of International Law Under Attack", in *AJIL*, Vol. 69, No. 2, April 1975, p. 359 ss.
- "Duties of States regarding the civil rights of aliens", in *RCADI*, vol. 161, 1978, p. 329 ss.
- Lindroos, A., Mehling, M., "Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes. International Law and the WTO", in *EJIL*, vol. 16, 2005, p. 860 ss.
- Lopes Pegna, O., "Breach of the Jurisdictional Immunity of a State by Declaring a Foreign Judgment Enforceable?", in *RDI*, vol. 95, p. 1074 ss.
- Lowe, V., "The Role of Law in International Politics", in M. Byers (ed.), *The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?*, Oxford, 2000, Oxford University Press, p. 207 ss.
- Lubell, N., *Extraterritorial Use of force Against Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Malanczuk, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London and New York, Routledge, 1997.

- Mandal R., “Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”)", in UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, Department of International Protection, UNCHR, June 2005.
- Marceau, G., “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties”, *JWT*, Vol. 35, Issue 6, 2001, p. 1081 ss.
- “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, in *EJIL*, Vol. 13, No. 4, 2002, p. 753 ss.
- Marrus, M.R., *The Unwanted: European Refugees from the First World War Through the Cold War*, Philadelphia, Temple University Press, 2002.
- McAdam, J., “Complementary Protection and Beyond: How States Deal With Human Rights Protection”, UNHCR, *New Issues in Refugee Research*, Working Paper n. 118, Geneva, 2005.
- (ed.), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- McCrudden, C., “Human Dignity in Human Rights Interpretation”, in *EJIL*, vol. 19, 2008, p. 655 ss.
- McDougal, M.S., Lasswell, H.D., Chen, L., “The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: responsibility of States Conjoined with Human Rights”, in *AJIL*, vol. 70, 1976, p. 432 ss.
- McLachlan, C., “The Principle of Systemic Integration and Article 31 3) c) of the Vienna Convention”, in *ICLQ*, vol. 54, 2005, p. 279 ss.
- McNair, A. D., *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- McNair, A. D., Watts, A. D., *The Legal Effects of War*, New York, Cambridge University Press, 1966.
- Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- Extraterritoriality of Human Rights Treaties, in *AJIL*, vol. 89, 1995, p. 78 ss.
- “International law in the age of human rights: general course on public international law”, in *RCADI*, vol. 301, 2003, p. 9 ss.
- *The Humanization of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Merrills, J.C., *The Development of International Law by The European Court of Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 1993.
- Michaels, R., Pauwelyn, J., “Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law”, in T. Broude, Y. Shany (eds.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 19 ss.
- Miglio, G., Schiera, P., *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972.
- Milanović, M., Papić, T., “As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights’ Behrami and Saramati Decision and General International Law”, in *ICLQ*, vol. 58, 2009, p. 267 ss.
- Milanović, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- “From Compromise to Principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties”, in *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, p. 401 ss.
- Moore, J.B., *A Digest of International Law*, Washington D.C., Government Printing Office, 1906.
- Morgenthau, H.J., “Positivism, Functionalism and International Law”, in *AJIL*, Vol. 34, No. 2, April 1940, p. 260 ss.
- *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf, 2nd ed., 1955.

- Mosler, H., "The international society as a legal community", in RCADI, vol. 140, 1974, p. 1 ss.
- Mus, J.B., "Conflicts between Treaties in International Law", in NILR, Vol. 45, Issue 2, August 1998, p. 208 ss.
- Nascimbene, B., Il diritto di asilo e lo status di rifugiato. Profili di diritto interno e comunitario, in AA.VV., Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera, vol.II, Bari, Cacucci, 1995.
- La condizione giuridica dello straniero, Padova, Cedam, 1997.
- (ed.), L'éloignement et la détention des étrangers dans les états membres de l'Union Européenne, Milano, Giuffrè, 2001.
- (a cura di), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano, Milano, Giuffrè, 2002.
- (a cura di), Diritto degli stranieri, Padova, Cedam, 2004.
- "Straniero (tutela internazionale)", voce in Dizionario di Diritto Pubblico, Milano, Giuffrè, 2006 p 5800 ss.
- "Condanna senza appello per i 'respingimenti'", in AI, 10 marzo 2012, <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1988>
- Nascimbene, B., Di Pascale A., "Le richieste dell'Italia e gli indugi di Bruxelles", in AI, 4 marzo 2011, <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1682> .
- "L'Italia fuori dalla UE?", in AI, 13 aprile 2011, <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1727>
- Nascimento Silva, G.E., "Le facteur temps et les traités", in RCADI, vol. 154, 1977, p. 215 ss.
- Nordquist M. H. (ed.) United Nations Convention on the Law of the Sea 1982- A Commentary, Vol. II, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- O'Connell, D., International Law, London, Stevens & Sons, 1965.
- Orakhelashvili, A., "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in EJIL, vol. 14, 2003, no 3, p. 529 ss.
- Ost, F., Van de Cherchove, M., Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- Pallis, M., "Obligation of States towards Asylum Seekers at Sea: Interaction and Conflicts Between Legal Regimes", IJRL, 2002, p. 334 ss.
- Palmisano, G., "Il trattamento del migrante clandestino", in E. Triggiani (a cura di), Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata, Atti del XIV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (Bari, 18-19 giugno 2009), Napoli, Ed. Scientifica, 2010, pp. 289 ss.
- Il contrasto al traffico di migranti, Milano, Giuffrè, 2008.
- Papa, S.M.I., "Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell'Associazione Madri di Srebrenica", in Diritti Umani e Diritto Internazionale, vol. 1, 2014, p. 27 ss.
- Papisca, A., Mascia, M., Le relazioni internazionali nell'era dell'interdipendenza e dei diritti umani, Padova, Cedam, 2012.

Paulus, A., “*Jus cogens* Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal”, *Nordic Journal International Law*, vol. 74, 2005, p. 297 ss.

--- “Potential and Limits of the Economic Analysis of International Law: a View from Public International Law”, *JITE*, vol. 165, 2009, p. 170 ss.

Paulus A., Leiß, J., "Article 103", in B. Simma, D.E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

Pauwelyn, J., "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", in *AJIL*, Vol. 95, 2001, p. 535 ss.

--- *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Perelman, Ch. (ed.), *Les Antinomies en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.

Perin G., “Lacune normative ad alto costo umano: l’apolidia in Italia”, in *DIC*, n. 3, 2012, p. 70 ss.

Perfetti, A., “La tutela di valori non commerciali nella politica dell’Unione europea in materia di investimenti esteri diretti”, in *CI*, vol. n. 2, 2011, p. 247 ss.

Perluss, D., Hartman, J.F., “Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm”, in *VJIL*, Vol. 26, 1985-1986, p. 551 ss.

Peters, A., “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, in *EJIL*, vol. 20, n. 3, 2009, p. 513 ss.

Picone, P., “La distinzione tra norme internazionali di *jus cogens* e norme che producono obblighi *erga omnes*”, in *RDI*, vol. 91, 2008, p. 5 ss.

--- “Le reazioni collettivi ad un illecito *erga omnes* in assenza di uno stato individualmente leso”, in *RDI*, vol. 96, 2013, p. 1 ss.

--- *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, ed. 3, Napoli, Jovene, 2013.

Pisillo Mazzeschi, R., Pustorino, P., Viviani, A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

--- “Il rapporto fra norme di *ius cogens* e la regola sull’immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012”, *Diritti umani e Diritto Internazionale*, vol. 2, 2012, p. 310 ss.

Plender, R., *International Migration Law*, 2nd ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

--- “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, in *The Review - International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, p. 19 ss.

Posner, E.A., *The Perils of Global Legalism*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

--- (ed.), *Economics of Public International Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2010.

Preuss, L., “International Law and Deprivation of Nationality”, in *GLJ*, Vol. 23, 1934-1935, p. 250 ss.

Quadri, R., “Cours général de droit international public”, in *RCADI*, vol. 113, 1964, p. 237 ss.

--- *Diritto internazionale pubblico*, 5 ed., Napoli, Liguori, 1968.

- Reisman W. M., "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", in AJIL, vol. 84, 1990, p. 866 ss.
- L'ecole de New Haven de droit international, Paris, Pedone, 2010.
- Rewald, R., "Judicial Control of Administrative Discretion in the Expulsion and Extradition of Aliens", in AJCL, Vol. 34, 1986, p. 451 ss.
- Richmond, A. H., *Global Apartheid: Refugees, Racism and the New World Order*, Toronto, Oxford University Press, 1994
- Roberts, S., "After Government? On Representing Law Without the State", in MLR, Vol. 68, Issue 1, January 2005, p. 1 ss.
- Rodley, N.S., "Human Rights and Humanitarian Intervention: the Case Law of the World Court", in ICLQ, vol. 38, 1989, p. 321 ss.
- Rohl, K., "Fleeing Violence and Poverty: Non-Refoulement Obligations under the European Convention on Human Rights", in UNHCR, *New Issues in Refugee Research*, Working Paper n. 111, 2005.
- Rodotà, V.S., *Repertorio di fine secolo*, Roma, Bari, Laterza, 1992.
- Romano, S., *Corso di diritto internazionale*, 4 ed., Padova, Cedam, 1939.
- Ronzitti, N., "Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea", in N. Ando, E. McEhinney, R. Wolfrum (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002, p. 1271 ss.
- *Introduzione al diritto internazionale*, 2° ed., Torino, Giappichelli, 2007.
- Rosi, E., "La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali", in *Cassazione Penale*, Milano, 2001, p. 1987 ss.
- (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milano, Ipsoa, 2007.
- *Dignity: its History and Meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- Rosenau, J.N., Czempiel, E.O., (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- Rosenberg, P., "Responsibility to Protect: A Framework for Prevention", in *Global responsibility to protect*, vol. 1, 2009, p. 442 ss.
- Rousseau, C., "De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international", in RGDIP, Vol. 39, 1932, p. 133 ss.
- Rousseau, J.J., *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762.
- Russo, D., *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, Giuffrè, 2012.
- "Sull'uso della ragionevolezza da parte della Corte Internazionale di Giustizia nel controllo sull'esercizio dei poteri discrezionali degli Stati", in RDI, Vol. 98, Fasc. 2, 2015, p. 487 ss.
- Sadat-Akhavi, S.A., *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Salerno, F., (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, Cedam, 2003.
- *Diritto internazionale: Principi e norme*, Padova, Cedam, 2008.

- “Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano”, in Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz, Napoli, Ed. Scientifica, 2004, p. 2107 ss
- Diritto internazionale, Padova, Cedam, 2011.
- “Gli effetti della sentenza internazionale nell’ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia”, in Diritti umani e diritto internazionale, vol. 2, 2012, p. 350 ss.
- Salmon, J., “Le concept de raisonnable en droit international public”, in D. Bardonnet (ed) Mélanges Paul Reuter, Paris, Pedone 1981, p. 447 ss.
- Sassen, S., *Losing Control? Sovereignty in a Age of Globalisation*, New York, Columbia University Press, 1996.
- Saulle, M. R., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino e la sua applicazione negli ordinamenti interni con particolare riferimento all’ordinamento italiano*, in *Affari Sociali Internazionali*, 2004, p. 75 ss
- *La Convenzione nel ventesimo anniversario*, Roma, PrimeGraf, 2009.
- Save The Children, UNHCR, *Programma per i minori separati in Europa. Dichiarazione sulle buone prassi*, Milano, Promografica, 2005
- Scelle, G, *Précis de droit des gens: principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932-34.
- “Règles générales du droit de la paix”, in *RCADI*, vol. 46, 1933, p. 327 ss..
- *Théorie du gouvernement international*, Paris, Presses Universitaires de France, 1934.
- *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948.
- Schachter, O., “Human Dignity as a Normative Concept”, in *AJIL*, vol. 77, 1983, p. 848 ss.
- *International Law in Theory and Practice*, Boston/Dordrecht/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Schmitt, C., *Teologia politica*, 1922, traduzione italiana in Miglio G.e Schiera P. (a cura di), *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972.
- Schorkop, F., “The European Court of Human Rights' Judgment in the Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland”, in *German Law Journal*, vol. 6, No. 9, 2005, p. 1255 ss.
- Schwarzenberger, G., “The fundamental principles of international law”, in *RCADI*, vol. 87, 1955, p. 191 ss.
- “International Jus Cogens?”, in *Tex. L. Rev.*, No. 43, 1964-1965, p. 455 ss.
- “The Problem of International Public Policy”, in *CLP*, Vol. 18, No. 1, 1965, p. 191 ss.
- *International Law and Order*, London, Stevens & Sons, 1971.
- Scovazzi, T., *Elementi di diritto internazionale del mare*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 2002.
- “La lotta all’immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare”, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003, p. 48 ss.
- “La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l’Italia”, in *RDI*, vol. 88, 2005, p. 106 ss.
- Seiderman, I., *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Steiner, H. J., Alston, P., *International Human Rights in Context; Law, Politics, Moral*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 2000.

- Shiv Bedi, R.S., *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- Simma, B., Alston P., “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles”, in *Aust. YBIL*, Vol. 12, 1988-1989, p. 82 ss.
- Simma, B. “From bilateralism to community interests in international law”, in *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 217 ss.
- “International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis”, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. IV, *The Protection of Human Rights in Europe*, 1995, p. 153 ss.
- Simma, B., Pulkowski, D., “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, in *EJIL*, Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 483 ss.
- Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- Slaughter, A., *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- Sohn, L. B., Buergenthal T.(ed), *The Movement of Persons across Borders*, *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992.
- Southwick, K., “Ethiopia- Eritrea: Statelessness and State Succession”, in *Forced Migration Review*, vol. 32, 2009, pp. 15 ss.
- Sørensen, M., *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, Copenhagen, Munksgaard, 1946.
- (ed.) *Manual of Public International Law*, London, New York, St Martin's Press, 1968.
- Spagnolo, A., “La tutela dei diritti umani nell’ambito dell’attività di FRONTEX”, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 3-4, 2014, p. 32 ss.
- Spiezia, F., Frezza, F., Pace, M. N., *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, Giuffrè, 2002.
- Svevo, M. P. (ed.), *La tratta delle donne tra violazione dei diritti umani e schiavitù nei documenti internazionali ed europei*, Abbiategrasso, Milano, Ass. Lule, 2000.
- Tamburini, F., “La dottrina “Calvo”. Storia, diritto, attualità”, in *Africana*, 2001, p. 159 ss.
- Talmon, S., “Jus cogens after Germany v. Italy: substantive and procedural rules distinguished”, in *LJIL*, vol. 4, 2012, p. 979 ss
- Teubner, G., Fischer-Lescano, A., “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, in *MJIL*, Vol. 25, No. 4, 2004, p. 999 ss.
- Thirlway, H., *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960- 1989*, in *BYBIL*, vol. 60, 1989, p. 1 ss.
- Tomuschat, C., “International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law”, in *RCADI*, vol. 281, 1999, pp. 9 ss.
- “L’immunité des états en cas de violations graves des droits de l’homme”, in *RGDIP*, vol. 109, 2005, p. 51 ss.
- *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Tuzzolini, I *respingimenti in mare tra diritto italiano, comunitario ed internazionale*, in *I diritti dell’uomo*, 2010, n.2, p. 65 ss.
- Treves, T., *Il diritto del mare e l’Italia*, Milano, Giuffrè, 1995.

Trevisanut, S., "Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 25, 2010, p. 523 ss.

--- Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, Napoli, Jovene, 2012.

Turri, G.C., I bambini stranieri non accompagnati, in *Minori Giustizia*, vol. 3, 1999, p. 16 ss.

UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugees Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneve, 2011, disponibile on line: <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>

--- *Practical Guidelines for Shipowners, Their Agents and Shipmasters Relating to Stowaways Asylum-Seekers*, Geneve, 1992, disponibile online: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b31d1b.html>

--- *The Haitian Interdiction Case 1993. Brief as Amicus Curiae*, in *IJRL*, vol. 6, 1994, p. 85 ss.

--- *Linee-guida sulle politiche e le procedure da usare con i minori non accompagnati richiedenti asilo*, 1997, disponibile online: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3360.html>,

--- *Complementary Forms of Protection: Their Nature and Relationship to the International Refugee Protection Regime*, 9 June 2000, disponibile online: <http://www.refworld.org/docid/47fd491a.html>

--- *Global Consultations on International Protection, Refugee Protection and Migration Control: Perspectives from UNHCR and IOM*, 31 May 2001, disponibile online: <http://www.refworld.org/docid/3b3701b813.html>

--- *Background note on the protection of asylum-seekers and refugees at sea*, 18 March 2002, disponibile online: <http://www.refworld.org/docid/3cd14bc24.html>

--- *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*, 7 May 2002, disponibile online: <http://www.unhcr.org/3d58ddef4.pdf>

--- *Guidelines on International Protection: The application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked*, 7 April 2006, disponibile online: <http://www.refworld.org/docid/443679fa4.html>

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

--- *La protezione sussidiaria secondo la 'Direttiva Qualifiche' nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, gennaio 2008, disponibile online: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513c6414>

--- *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Geneva, 21 November 2008, disponibile online: <http://www.refworld.org/pdfid/48abd5660.pdf>

--- *Guidelines on Statelessness No. 1: The definition of "Stateless Person" in Article 1(1) of the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons*, Geneva, 20 February 2012, disponibile on line: <http://www.refworld.org/docid/4f4371b82.html>

--- *Guidelines on Statelessness No. 2: Procedures for Determining whether an individual is a Stateless Person*, Geneva, 5 April 2012, disponibile on line: <http://www.refworld.org/docid/4f7dafb52.html>

- Guidelines on Statelessness No. 3: The Status of Stateless Persons at the National Level, Geneva, 17 July 2012, disponibile on line: <http://www.refworld.org/docid/5005520f2.html>
- Vanneste, F., *General International Law Before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of International Human Rights Law*, Antwerp, Oxford, Portland, Oregon, Intersentia, 2009.
- Van Selm-Thorburn, J., *Refugee Protection in Europe: Lessons from the Yugoslav Crisis*, The Hague, Kluwer Law International, 1998
- Vassallo Paleologo, F., “Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime”, in *DIC*, 2007, n. 3, p. 13 ss.
- “Il caso Cap Anamur. Assolto l’intervento umanitario”, in *DIC*, 2010, n.2, p. 87 ss.
- Vierdag, E.W., “The Time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions”, in *BYBIL*, Vol. 59, 1988, p. 75 ss..
- Vitanyi, B., “Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes generaux de droit reconnus par les nations civilisées”, in *RGDIP*, Vol. 86, 1982, p. 48 ss.
- Virally, M., “Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain”, in *RCADI*, vol. 122, 1967, p. 1 ss.
- Vranes, E., “The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory”, in *EJIL*, Vol. 17, No. 2, 2006, p. 395 ss.
- Wachsmann, P., “Les méthodes d’interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l’homme”, in *Colloque de la SFDI, La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 157 ss.
- Waldron, J., “Dignity and Rank”, in *European Journal of Sociology*, vol. 48, 2007, p. 201 ss.
- “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?”, in *EJIL*, vol. 22, 2011, p. 315 ss.
- “Is Dignity the Foundation of Human Rights?”, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 374, 2013.
- Weil, P., “Towards Relative Normativity in International Law”, in *AJIL*, vol. 77, 1983, p. 413 ss.
- Weis, P., “Legal Aspects of the Convention of 28 July 1951 relating to the Status of refugees”, in *BYBIL*, vol. 30, 1953, p. 478 ss.
- “The Concept of Refugee in International Law”, in *Journal de Droit International*, vol. 87, 1960, p. 937 ss.
- “The International Protection of Refugees”, in *AJIL*, vol. 48, 1954, p. 193 ss.
- “Territorial Asylum”, in *Indian Journal of International Law*, vol. 6, 1966, p.173 ss.
- “Diplomatic Protection of Nationals and International Protection of Human Rights”, in *HRJ*, vol. 4, 1971, p. 643 ss.
- *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd ed., Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1979.
- Wellens, K., Huesa Vinaixa, R. (eds.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Wolfrum, R., Matz, N., *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin, Springer, 2003.

Worster, W.T., "The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law", in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 30, 2012, p. 94 ss.

Wright, Q., "Conflict between International Law and Treaties", in *AJIL*, vol. 11, 1917, p. 579 ss.

Yiu, H., "Jus Cogens', the Veto and the Responsibility to Protect: A New Perspective", in *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 7, 2009, p. 207 ss

Zagato, L. (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, Cedam, 2006.

Zimmermann, A. , "Sovereign Immunity and Violation of International Jus Cogens. Some Critical Remarks", in *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, 1995, p. 433 ss.

Zimmermann, A., Hofmann, R. (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

Zolberg, A., Suhrke, A., Aguayo, S. , *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, New York, Oxford University Press, 1989.

Zoller, E., *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977.

SITOGRAFIA

www.affarinternazionali.it

www.amnesty.org

www.asgi.it

www.au.int

www.avvenire.it

www.bbc.com

www.camera.it

www.corriere.it

www.curia.europa.eu

www.corteidh.org.cr

www.ec.europa.eu

www.ejiltalk.org

www.elpais.com

www.eur-lex.europa.eu

www.europarl.europa.eu

www.fortresseurope.blogspot.be

www.hodoc.echr.coe.int

www.huffingtonpost.it

www.icj-cij.org

www.icty.org

www.ilpost.it

www.immigrazione.it

www.legal.un.org

www.meltingpot.org

www.migreurop.org

www.oas.org

www.refworld.org

www.repubblica.it

www.theguardian.com

www.treaties.un.org

www.sidi-isil.org

www.studiperlapace.it

www.un.org

www.unhcr.org

www.wto.org

www1.umn.edu

RINGRAZIAMENTI

Grazie alla prof. ssa Serena Forlati ed al prof. Francisco Leita.

Grazie a Carlo.

Grazie alla mia famiglia, alle mie coinquiline, ad Atta, agli amici di Avvocato di Strada, che hanno tutti pazientemente sopportato e supportato; grazie a chi mi accolto a Bruxelles, dove ero straniera.