

Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra di organizzazione internazionale e diritti umani.

L'APPLICAZIONE "EXTRATERRITORIALE" DELLE NORME A
TUTELA DEI DIRITTI UMANI: IL CASO DEL PRINCIPIO DI NON
REFOULEMENT

RELATORE

Prof. Francesco Cherubini

CANDIDATO

Laura Panunzio

Matr. 622382

CORRELATRICE

Prof.ssa Maria Beatrice Deli

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

Ai miei genitori, che mi hanno sostenuta in ogni momento.

Ai miei nonni, che hanno sempre creduto in me.

*“La libertad es un bien común y,
mientras no participen todos de ella,
no serán libres los que se creen tales”.*

Miguel de Unamuno

**L'applicazione "extraterritoriale" delle norme a tutela dei diritti
umani: il caso del principio di *non refoulement*.**

INDICE

ABSTRACT	1
INTRODUZIONE	2
CAPITOLO PRIMO	
I diritti umani e la nozione di <i>domestic jurisdiction</i>.	
1.1 La tutela dei diritti umani: origine ed affermazione delle norme	5
1.2 Il processo di positivizzazione dei diritti umani a livello universale	11
1.3 La classificazione dei diritti umani	24
1.4 Il principio della non ingerenza nella <i>domestic jurisdiction</i>	32
1.5 L'articolo 2(7) della Carta delle Nazioni Unite	36
1.6 L'erosione del principio della <i>domestic jurisdiction</i>	40

CAPITOLO SECONDO

L'applicazione extraterritoriale dei trattati sui diritti umani: in particolare, il caso della CEDU.

2.1 L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.....	45
2.2 L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.....	51
2.3 L'applicazione extraterritoriale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti del 1984	60
2.4 Il Consiglio d'Europa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950.....	64
2.5 La nozione di “ <i>jurisdiction</i> ” nella giurisprudenza della Corte EDU: dal caso Loizidou fino agli sviluppi più recenti	74

CAPITOLO TERZO

Il principio di *non refoulement* e la sua applicazione extraterritoriale.

3.1 Il principio di <i>non refoulement</i> nel diritto internazionale consuetudinario	82
3.2 Analisi del principio di <i>non refoulement</i> nella Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951 e nel suo Protocollo opzionale del 1967.....	88
3.3 L'extraterritorialità del principio di <i>non refoulement</i> : Il parere consultivo dell'UNHCR.....	91
3.4 Il principio di <i>non refoulement</i> nella giurisprudenza di Strasburgo	96
3.5 Il principio di <i>non refoulement</i> nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo	108
3.6 Il principio di <i>non refoulement</i> nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981	113
Conclusioni.....	115
Bibliografia	120
Giurisprudenza	126

ABSTRACT

L'obiettivo principale di questo elaborato è quello di analizzare l'evoluzione dell'applicazione territoriale delle norme poste a tutela dei diritti umani.

L'evoluzione del diritto internazionale ha attribuito un'importanza sempre maggiore a queste norme che rappresentano oggi il nucleo essenziale di numerose convenzioni internazionali sui diritti umani, in particolar modo della Convenzione europea sui diritti umani.

Il lavoro si concentra sull'analisi della giurisprudenza delle Corti, sia europea che interamericana, relativa a casi specifici di applicazione extraterritoriale di norme previste da convenzioni sui diritti umani.

Particolare attenzione, con riferimento alla sua natura extraterritoriale, è dedicata al principio di non *refoulement*, norma di diritto internazionale consuetudinario, analizzata così come prevista in diversi strumenti, tra cui: la Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951 ed il suo Protocollo opzionale del 1967, il parere consultivo dell'UNHCR, la Convenzione europea sui diritti umani del 1950, la Convenzione Interamericana dei diritti dell'uomo del 1969 e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981.

Dall'analisi effettuata emerge che la tutela delle norme sui diritti umani è sottratta alla *domestic jurisdiction* degli Stati ed ha una portata extraterritoriale.

INTRODUZIONE

La grande ambizione di migliorare la condizione dell'uomo, propria degli uomini di tutti i tempi, ha dato luogo a numerose rivendicazioni di diritti e libertà, in particolar modo di diritti umani.

I diritti umani che per natura sono universali, indivisibili ed inalienabili, dopo essere stati codificati hanno iniziato un vero e proprio processo di positivizzazione che si è concluso con l'adozione di numerosi strumenti internazionali a tutela dei diritti umani tra cui: la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale, il Patto sui diritti civili e politici e quello sui diritti economici, sociali e culturali, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie e la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità.

Inizialmente la sovranità statale comportava l'esclusività nell'esercizio del potere cosicché pochi erano i limiti alla supremazia di uno Stato nel proprio ambito territoriale.

La nozione di *domestic jurisdiction* è stata però fortemente influenzata dallo sviluppo del diritto internazionale.

Proprio la progressiva affermazione e positivizzazione dei diritti dell'uomo, in particolar modo il forte impatto che gli stessi hanno avuto ed hanno sulla comunità internazionale, sono i principali fattori che hanno portato ad un'erosione del principio di *domestic jurisdiction*.

Si è quindi giunti ad un'estensione dell'applicazione territoriale delle convenzioni.

Questo accade per tutte le convenzioni già citate in precedenza, ma non solo.

In una importante dimensione regionale come quella europea, analizzando la giurisprudenza della Corte EDU in materia, possiamo facilmente prendere atto del fatto che oggi giorno la nozione di *jurisdiction* sia da intendersi sempre di più in senso "extraterritoriale".

Uno dei più importanti ed efficienti dispositivi volti alla protezione dei diritti di una particolare categoria di soggetti, ovvero i richiedenti asilo, è il principio di *non refoulement* codificato nella Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 all'art. 33, il quale afferma che:

«Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques».

Questo principio è stato qualificato come una norma di diritto internazionale consuetudinario vincolante per tutti gli Stati.

La sua applicazione extraterritoriale è possibile rintracciarla nella giurisprudenza della Corte EDU, in quella della Corte interamericana dei diritti dell'uomo e nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981.

L'obiettivo di questo lavoro è quello di indagare, tramite l'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte interamericana dei diritti umani, sull'evoluzione della tutela dei diritti umani in merito alla loro applicazione di natura territoriale.

La tesi tratterà dell'applicazione "extraterritoriale" delle norme a tutela dei diritti umani, con particolare riferimento al principio di *non refoulement*.

CAPITOLO PRIMO

I diritti umani e la nozione di *domestic jurisdiction*

1.1 La tutela dei diritti umani: origine ed affermazione delle norme

In questo elaborato ci occuperemo di studiare l'evoluzione della tutela dei diritti umani con riferimento particolare alla loro applicazione di natura territoriale.

Prima di entrare nel vivo del tema trattato è importante fare una breve premessa relativa ai diritti umani. In generale possiamo dire che i diritti umani sono diritti naturali poiché spettano ad ogni persona in quanto tale, concorrono a definire l'essenza stessa dell'essere umano e, come tali, sono preesistenti alle leggi dei singoli Stati che pertanto dovrebbero riconoscerli.

Un carattere fondamentale dei diritti umani è l'universalità: «i diritti dell'uomo nascono come diritti naturali universali, si svolgono come diritti positivi particolari per poi trovare la loro piena attuazione come diritti positivi universali»¹. Sono inoltre indivisibili ed inalienabili, ovvero nessun individuo può esserne privato e nessun diritto può essere ceduto ad altri.

Per poter comprendere il perché e soprattutto l'importanza dell'estensione della giurisdizione statale credo sia fondamentale fare un cenno alle origini ed alla affermazione di queste norme che oltre ad essere riconosciute nei testi fondamentali degli ordinamenti statali moderni, ne costituiscono le parti più rilevanti.

¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 24.

Anche se è solo in età moderna che i diritti umani hanno trovato la loro tutela effettiva dal punto di vista sostanziale, è possibile far risalire la loro origine alla seconda metà del diciottesimo secolo, quando due eventi segnarono fortemente la storia dell'umanità.

Parliamo dell'Indipendenza americana e della Rivoluzione francese che portarono alle Dichiarazioni di diritti che per la prima volta enunciarono il principio di uguaglianza e l'esistenza di diritti naturali ed inalienabili riconosciuti ad ogni essere umano in quanto tale.

Nel 1776 con la Dichiarazione americana vengono affermati solennemente i diritti individuali. Si tratta di diritti inviolabili e inalienabili che ciascun individuo deve non allo Stato ma alla sua stessa esistenza; si verifica in questo momento la realizzazione storica dei diritti dell'uomo teorizzati dai filosofi contrattualisti.

Un anno cruciale per la storia dei diritti umani fu il 1789 anno in cui, il 26 agosto a Versailles, l'Assemblea Costituente francese adottò la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino contenente i diritti naturali ed inalienabili dell'uomo e del cittadino tra cui: l'uguaglianza, la libertà di pensiero e di religione ed il diritto alla presunzione d'innocenza.

La Dichiarazione, ricordata nella storia come la prima Carta dei diritti universali, rappresenta un processo di profonda trasformazione nei rapporti tra Stato e persone.

Con l'affermazione dei diritti civili e politici emerge chiaramente come l'individuo, oltre ad essere titolare di doveri, diviene anche titolare di diritti. La concezione del popolo cambia radicalmente: si assiste ad un passaggio da popolo assoggettato a governi fondati su legittimazioni

esterne (forza, eredità, Dio) al popolo come fondamento del governo stesso².

Di fondamentale importanza diviene il concetto di eguaglianza, con particolare riferimento all'eguaglianza nei diritti e nel diritto, la cui forza, d'ora in poi, non deriva più da un'autorità superiore: «La dichiarazione dei diritti dell'uomo alla fine del XVIII secolo segnò la svolta nella storia. Essa significava che d'allora in poi l'uomo, e non il precetto divino o gli usi consacrati dalla tradizione, sarebbe stato la fonte del diritto»³.

Cambia così, dopo moltissimo tempo, la funzione fondamentale del governo che da questo momento deve occuparsi, non più di concedere, ma bensì di rispettare e garantire i diritti che l'uomo ha per natura e non può perdere: « Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione»⁴.

Con queste due Dichiarazioni, l'affermazione dei diritti dell'uomo diviene l'*incipit* del processo di istituzione di un sistema di diritti effettivi.

Adesso i diritti sono protetti ovvero sono veri e propri diritti positivi, ma ciò è vero nei limiti in cui vi sia una legittimazione statale.

Per assistere ad un'affermazione dei diritti che sia contemporaneamente universale e positiva⁵ dobbiamo aspettare il 1948, anno in cui il 10

² A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani, Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 49.

³ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di comunità, Milano, 1999, p. 402 ss.

⁴ Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 1789, art. 2.

⁵ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 23 ss.: «Universale nel senso che i destinatari dei principi ivi contenuti non sono più soltanto i cittadini di questo o quello stato ma tutti gli uomini; positiva nel senso che essa pone in moto un processo alla fine del quale i diritti

dicembre l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottò la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, il primo documento che proclama chiaramente i diritti individuali dell'intera umanità senza alcun tipo di distinzione.

Subito dopo la Seconda guerra mondiale, si sente il bisogno di creare un nuovo ordine e di rifondare, su basi nuove, i rapporti tra i popoli, perseguendo gli obiettivi di una pace permanente ed il riconoscimento universale dei diritti umani.

Proprio al fine di perseguire questi obiettivi, chiaramente espressi nei primi due articoli dello Statuto dell'Onu, l'Assemblea Generale si occupò della stesura di un catalogo di diritti umani riconosciuti universalmente e, a tal fine, nel 1946 fu affidato al Consiglio Economico e Sociale l'importante compito di creare una Commissione dei diritti umani, incaricata di redigere la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

Un noto internazionalista afferma che «la Dichiarazione ha favorito l'emergere, anche se debole, tenue ed impacciato, dell'individuo, all'interno di uno spazio prima riservato esclusivamente agli Stati sovrani»⁶.

I cittadini hanno espresso la volontà comune di organizzarsi «per salvare le future generazioni dal flagello della guerra, per proclamare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole, di promuovere il progresso sociale e un miglior tenore di vita in una maggiore libertà».

dell'uomo dovrebbero essere non più soltanto proclamati o soltanto idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti anche contro lo stesso stato che li ha violati».

⁶ A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Bari, 1988, p. 143.

Viene affermato solennemente il carattere universale dei diritti umani, inteso come il frutto di un reale consenso tra i popoli più diversi, che attraverso i loro governi, ne sottoscrivono ufficialmente i principi fondamentali.

Particolare attenzione merita il termine “consenso” in quanto rappresenta l’unico modo per giustificare i valori e quindi il fondamento stesso dei diritti umani. A tal proposito, parafrasando le parole di N. Bobbio possiamo affermare che la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo rappresenta la più grande prova storica del «*consensus omnium gentium*» in relazione ad un preciso insieme di valori⁷.

Appare chiaro come la Dichiarazione universale dei diritti dell’ uomo risulta essere di fondamentale importanza in merito all’inizio del processo di affermazione dei diritti umani. La stessa però è da considerare come un punto di partenza e non un traguardo, in quanto rappresenta la coscienza storica che gli uomini hanno dei propri diritti fondamentali in un determinato periodo storico; possiamo concordare con Bobbio che si tratta di «una sintesi del passato e un’ispirazione per l’avvenire; ma le sue tavole non sono state una volta per sempre scolpite»⁸.

A tal proposito va sottolineata l’importanza della cultura dei diritti umani che si pone come lo strumento più efficace per promuovere un’osservanza e soprattutto il rispetto di tali diritti.

⁷ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 20 ss.

⁸ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 29 ss.

L'azione di difesa dei diritti umani va perseguita innanzitutto a livello individuale in quanto, come affermò Giuseppe Capograssi «non sono gli Stati, siamo noi stessi, che abbiamo la responsabilità della storia»⁹.

Abbiamo visto fino ad ora, quando e con quali modalità i diritti umani sono nati e sono stati solennemente affermati dalla Dichiarazione Universale, ma questo non basta.

Subito dopo il 1948 l'Assemblea Generale e la Commissione dei diritti Umani delle Nazioni Unite hanno iniziato i lavori per elaborare delle vere e proprie Convenzioni in materia, in grado di tradurre in norme di carattere giuridicamente vincolante il contenuto della Dichiarazione Universale.

⁹ G. CAPOGRASSI, *La dichiarazione universale dei diritti dell' uomo ed il suo significato*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 71.

1.2 Il processo di positivizzazione dei diritti umani a livello universale

Con l'adozione della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, ha origine il processo di positivizzazione dei diritti umani a livello universale.

Il quadro si evolve e si completa con una serie di Convenzioni, volte a tutelare alcuni diritti specifici ed i diritti fondamentali di categorie di persone particolarmente vulnerabili.

Il processo di codificazione inizia a realizzarsi nel momento in cui le Dichiarazioni, che nascono come teorie prettamente di tipo filosofico, vengono accolte dal legislatore¹⁰.

Per positivizzazione s'intende quindi, il riconoscimento giuridico proveniente da autorità (internazionali, nazionali o locali) produttive di diritto positivo¹¹.

Questo processo è di fondamentale importanza in quanto i diritti umani iniziano ad esistere effettivamente solo nel momento in cui cominciano ad essere riconosciuti in senso giuridico.

La proclamazione delle dichiarazioni dei diritti ed il loro inserimento in testi costituzionali non è sufficiente a realizzare il processo di positivizzazione dei diritti naturali il quale può definirsi compiuto nel momento in cui vengono poste in essere norme giuridiche e istituzioni che oltre a regolarne le forme d'attuazione, con la disposizione di

¹⁰ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 22 ss.

¹¹ F. BOTTURI, F. TOTARO, *Universalismo ed etica pubblica*, In *Vita e Pensiero*, 2006, p. 156.

sanzioni per la loro violazione, si occupano anche della loro concreta applicazione¹².

Questo processo richiede tempo per essere pienamente realizzato a causa delle numerose difficoltà che si incontrano nel momento di mettere in atto misure efficaci per garantire i diritti fondamentali in una comunità come quella internazionale in cui ancora non si è realizzato il processo di monopolizzazione della forza che ha contrassegnato la nascita dello Stato moderno.

Vediamo ora come si sono susseguite nel tempo le Convenzioni a tutela dei diritti umani.

La prima che ha contribuito all'iniziazione ed alla progressiva evoluzione di questo importante processo è stata la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1965 ed entrata in vigore nel 1969. Nel preambolo è solennemente ribadita «la necessità di eliminare rapidamente tutte le forme e tutte le manifestazioni di discriminazione razziale in ogni parte del mondo, nonché di assicurare la comprensione ed il rispetto della dignità della persona umana»¹³.

Il chiaro riferimento alla dignità umana è molto rilevante in quanto possiamo rinvenire una stretta corrispondenza biunivoca tra questo concetto ed i diritti umani poiché è proprio la dignità che, essendo una prerogativa di tutti gli esseri umani, costituisce il nucleo essenziale, o

¹² A. FACCHI, *op. cit.*, p. 68 ss.

¹³ L'articolo 1 definisce la discriminazione razziale come: "ogni distinzione, esclusione, limitazione o preferenza basata sulla razza, il colore della pelle, la discendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di annullare o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro ambito della vita pubblica".

meglio il fondamento, della tutela dei diritti umani. Il concetto di dignità della persona rappresenta il cuore della dottrina dei diritti umani.

Per poter meglio comprendere il reale significato di “dignità umana” a cui facciamo riferimento in questa sede, vediamo ora un recente caso giurisprudenziale che affronta la questione.

Il caso tratta della scelta del gestore di una discoteca di un paese a sud di Parigi di promuovere degli spettacoli che consistevano nel lancio di nani (consenzienti) con finalità ludiche. Il sindaco della cittadina vietò lo spettacolo, considerandolo lesivo della dignità umana, ma la società che gestiva lo spettacolo fece appello al tribunale amministrativo di Versailles, che le diede ragione. Il sindaco però impugnò la sentenza davanti al *Conseil d'Etat* che la annullò con una decisione del 27 ottobre 1995¹⁴. Il supremo organo di giustizia amministrativa francese stabilì che utilizzare «come proiettile una persona affetta da un handicap fisico, e presentata come tale (...) lede la dignità della persona umana». In merito alla questione del pieno consenso del nano a questo trattamento, il *Conseil d'Etat* ritenne che il rispetto della dignità della persona umana dovesse prevalere sulla volontà del nano. Questa decisione sottolinea che ciascun individuo non può volontariamente rinunciare alla propria dignità la quale, per ovvie ragioni, non può che essere rispettata anche dagli altri¹⁵.

Ritornando alla Convenzione è importante sottolineare che la stessa, al fine di perseguire i suoi obiettivi, ha previsto ai sensi dell'art. 8, parte II, la creazione di un Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale che ricordiamo essere il primo organo di monitoraggio previsto da un trattato sui diritti umani.

¹⁴ *Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon, reperibile online.*

¹⁵ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 57 ss.

Nell'ambito della disciplina internazionale dei diritti umani, molto rilevanti sono i due Patti del 1966, rispettivamente sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, elaborati dall'ONU al fine di trasformare i principi contenuti nella Dichiarazione Universale in disposizioni pattizie destinate ad imporre obblighi giuridici agli Stati che li avessero ratificati.

La ratifica di questi patti è di fondamentale importanza per gli Stati in quanto consente loro di dotarsi di un codice di comportamento vincolante, rappresentante lo *standard* minimo di garanzia a livello universale in materia di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona¹⁶.

Per quanto concerne l'attuazione e la garanzia del rispetto delle norme enunciate, gli Stati che hanno ratificato il patto sui diritti civili e politici provvedono, ai sensi dell'art. 28 del patto, alla nomina del Comitato per i diritti dell'uomo composto da 18 membri, rappresentativi delle "diverse forme di civiltà" e dei "principali sistemi giuridici".

Il Comitato esercita le funzioni di organo d'inchiesta e dal 1979, con l'entrata in vigore del Protocollo facoltativo, è abilitato a ricevere ed esaminare comunicazioni individuali da parte di tutti coloro che dopo aver esaurito tutti i possibili ricorsi interni, decidono di appellarsi al Comitato dichiarando di essere vittime di violazioni di un qualsiasi diritto contenuto nel Patto da parte di un qualsiasi Stato parte del Protocollo. Il Comitato svolge inoltre una funzione di monitoraggio presentando annualmente un rapporto all'Assemblea Generale.

Il Patto prevede tre meccanismi di controllo: i rapporti obbligatori che ogni Stato deve indirizzare ad un Comitato che a sua volta può formulare

¹⁶ U. DRAETTA, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 86.

osservazioni, le comunicazioni interstatali e le già citate comunicazioni individuali.

Per quanto riguarda invece il patto sui diritti economici, sociali e culturali le attività di controllo sono svolte dall' ECOSOC¹⁷ che ha il compito di presentare periodicamente all'Assemblea Generale rapporti e raccomandazioni al fine di assicurare un' effettiva osservanza del patto. Con Ris. 1985/17 del 28 maggio 1985, l'ECOSOC ha istituito il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali composto da 18 esperti indipendenti con il compito di indirizzare annualmente all'Assemblea Generale una relazione e di redigere, qualora lo ritenga necessario, osservazioni generali.

Infine il Protocollo opzionale, entrato in vigore solo il 5 maggio 2013, abilita il Comitato a ricevere ed esaminare le comunicazioni individuali attinenti alle violazioni del patto in questione.

Il più importante strumento internazionale giuridicamente vincolante in materia di tutela dei diritti delle donne è la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 al fine di rendere vincolante la Dichiarazione sull' eliminazione delle discriminazioni contro le donne, adottata dall' Assemblea generale il 7 novembre 1967.

La Convenzione definisce discriminazione contro le donne «ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia l'effetto o lo scopo di compromettere o annullare il riconoscimento, il godimento o l' esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato matrimoniale e in condizioni di uguaglianza fra uomini e donne, dei

¹⁷ Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite.

diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile, o in qualsiasi altro campo» ed obbliga gli Stati che l'hanno sottoscritta a riconoscere l'uguaglianza giuridica tra uomo e donna, eliminare qualsiasi forma di discriminazione, a contrastare la violenza di genere ed a prendere ogni misura adeguata per modificare costumi e pratiche consuetudinarie discriminatorie esistenti.

Nella Parte V all'art. 17 viene istituito un Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti della donna con il compito di sorvegliare lo stato di applicazione delle norme da parte degli Stati parti, di ricevere periodicamente (almeno ogni 4 anni) rapporti dagli Stati ed informazioni in via informale da parte delle ONG. Caratteristica peculiare di questo comitato è che i 23 membri sono solitamente tutte donne.

Garantire ed assicurare una reale ed effettiva protezione dei diritti umani non può prescindere dall'eliminazione delle forme più acute ed inaccettabili di violazioni della dignità e dei diritti umani.

Proprio per raggiungere questo obiettivo, più che desiderabile, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1984 ha adottato la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli con il fine ultimo di prevenire ed eliminare le forme più esasperate e gravi di violazione dei diritti umani¹⁸.

¹⁸ La tortura è definita dalla Convenzione come «qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

Ai sensi dell'art. 17 è istituito un Comitato contro la tortura «composto da dieci esperti di alta moralità che possiedono una competenza riconosciuta nel settore dei diritti dell'uomo, i quali siedono nel Comitato a titolo personale. Gli esperti sono eletti dagli Stati Parti, tenendo conto di un'equa ripartizione geografica o dell'interesse rappresentato dalla partecipazione ai lavori del Comitato di alcune persone aventi una esperienza giuridica».

Il Comitato, finalizzato principalmente all'attività di indagine, ha un importante potere che lo differenzia dagli altri comitati: il potere di iniziativa tramite indagini d'ufficio (sia in fase di avvio che in fase di svolgimento).

Può, qualora vi sia il consenso dello Stato territoriale, compiere delle visite *in loco* periodiche per poter poi pubblicare dei rapporti riflettenti la situazione esistente nel paese in esame¹⁹. La principale debolezza di questo meccanismo di controllo è il carattere non vincolante.

A partire dagli anni Novanta il processo di positivizzazione dei diritti umani sembra aver raggiunto degli ottimi traguardi in tema generale di codificazione di diritti umani fondamentali.

Proprio in considerazione di questi risultati apprezzabili il lavoro prosegue prestando questa volta particolare attenzione alla protezione ed alla promozione di diritti appartenenti a categorie specifiche come ad esempio i bambini, i lavoratori migranti e le persone con disabilità.

La cronaca odierna ci mostra che la violazione di diritti umani risulta essere tanto più semplice e frequente quando le vittime oggetto di abusi

¹⁹ A. MARCHESI, *I diritti dell'uomo e le Nazioni Unite: controllo internazionale e attività statali di organi internazionali*, Franco Angeli, Milano, 1996, p. 96.

appartengono ad una categoria più vulnerabile, meno dotata di mezzi e strumenti per potersi difendere.

Questo, purtroppo, è un problema tanto del presente quanto del passato; a tal proposito il 20 novembre del 1990 l'Assemblea Generale dell'ONU approvò la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza con il fine ultimo di tutelare i diritti appartenenti a tutti i minori di età compresa tra 0 e 18 anni.

La novità rivoluzionaria di questa Convenzione è rappresentata dal fatto che, per la prima volta nello specifico, un minore è considerato come un soggetto di diritto titolare di diritti politici, economici, sociali e culturali. Come tutte le Convenzioni in ambito di tutela di diritti umani, anche quella sui diritti dell'infanzia affianca all'affermazione solenne di norme sostanziali, le procedure necessarie a garantire il rispetto e l'adempimento degli obblighi convenzionali.

La seconda parte della Convenzione (artt. 42-45) prevede un sistema di monitoraggio basato sulla redazione di rapporti periodici da parte degli Stati contraenti e sull'istituzione di un organo posto al controllo dell'implementazione della stessa: il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

Il Comitato ha come compito principale quello di monitorare i progressi compiuti dagli Stati firmatari della Convenzione nell'esecuzione degli obblighi derivanti dalla stessa. Si occupa di analizzare i rapporti periodici sull'attuazione della Convenzione che gli Stati presentano in conformità a quanto stabilito dall'art. 44.

Il Comitato sui Diritti dell' Infanzia e dell'Adolescenza si occupa inoltre di esaminare tutti i documenti forniti da Organizzazioni Non Governative ed intergovernative le quali possono presentare rapporti

alternativi a quelli dei governi nelle materie di propria competenza. Il lavoro del Comitato è poi sottoposto alla Commissione sui diritti umani.

Passiamo ora ad un'altra Convenzione che ha come obiettivo quello di promuovere i diritti di una specifica categoria di individui: i lavoratori migranti.

Il fenomeno migratorio aumenta ogni giorno la sua portata e coinvolge milioni di persone provenienti da tutto il mondo. Le Nazioni Unite hanno rivolto una particolare attenzione al migrante lavoratore che molto spesso si trova in una situazione di estrema vulnerabilità e necessita di un insieme di norme giuridiche tali da permettere ai diversi Stati di accettare e condividere alcuni principi basilari e fondamentali riguardanti per l'appunto il trattamento dei lavoratori migranti.

In questo senso, l'Assemblea Generale con risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990 ha adottato la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie che è entrata poi in vigore il 1° luglio 2003.

A tutti, anche a coloro che versano in una situazione irregolare, è garantita una, seppur minima, protezione in termini di diritti economici, sociali, politici, civili e professionali. A garanzia dell'osservanza delle norme affermate dalla Convenzione è previsto un meccanismo di controllo incentrato sulla creazione di un Comitato per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti composto da 10 esperti con il compito di monitorare l'applicazione della Convenzione negli Stati che l'hanno ratificata. Il Comitato esamina periodicamente i rapporti degli Stati e formula le cosiddette osservazioni conclusive ovvero delle raccomandazioni. Ai sensi dell'art. 77 sono inoltre ammesse, in determinate circostanze, le comunicazioni individuali. Pertanto uno Stato parte della Convenzione può dichiarare che «riconosce la competenza del

Comitato a ricevere ed esaminare comunicazioni da o per conto di individui soggetti alla sua giurisdizione che sostengono che i loro diritti individuali, così come stabiliti nella presente Convenzione, sono stati violati da quello Stato Parte».

Un'altra categoria particolarmente sensibile e quindi meritevole di una particolare promozione e protezione dei diritti fondamentali è quella delle persone con disabilità. La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità che ricordiamo essere il primo grande trattato sui diritti umani del XXI secolo, è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 ed è entrata poi in vigore, insieme al suo protocollo opzionale, due anni dopo.

La nozione di fondo da cui partono i legislatori per elaborare questa convenzione è quella delle pari opportunità ovvero «il processo mediante il quale i vari sistemi della società e l'ambiente circostante, ossia i servizi, le attività, l'informazione e la documentazione, sono messi a disposizione di tutti ed in particolare delle persone con disabilità»²⁰.

Molto spesso i disabili non hanno le stesse opportunità dei normodotati e possono essere vittime di discriminazione; proprio per questo e sempre nel rispetto del criterio di uguaglianza, i legislatori hanno redatto un testo esaustivo di fondamentale importanza per la promozione e la protezione dei diritti e della dignità dei disabili facilitando la loro partecipazione nella sfera civile, sociale, culturale ed economica.

All'art.1 la Convenzione afferma che il suo scopo è quello di «promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro inerente dignità».

²⁰ Risoluzione 48/86 del 20.12.1993: *Regole standard delle pari opportunità delle persone con disabilità*.

Oltre ad affermare solennemente principi, obblighi e diritti fondamentali riconosciuti è previsto un meccanismo di garanzia posto a controllo della Convenzione stessa.

Ai sensi dell'art. 34 è istituito un Comitato sui diritti delle persone con disabilità, incaricato di monitorare l'applicazione della Convenzione tra gli Stati Membri. Redige rapporti periodici ed invia raccomandazioni generali agli Stati e, ogni due anni, riferisce sulle proprie attività in un rapporto indirizzato all'Assemblea Generale e al Consiglio economico e sociale.

Il Protocollo facoltativo ammette inoltre lo strumento delle comunicazioni individuali o di gruppo che possono essere inviate al Comitato, il quale avvia una procedura di verifica dei fatti e dopo aver effettuato delle indagini così come previsto dall'art. 6 del Protocollo può arrivare fino alla censura dello Stato inadempiente.

L'ultima Convenzione di cui parleremo in questa sede in merito all'evoluzione del processo di positivizzazione dei diritti umani a livello universale è quella per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione n.61/117 del 20 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 23/12/2010.

La Convenzione è il frutto dell'impegno del gruppo di lavoro *ad hoc* sulle sparizioni forzate creato nel 2002 dalla Commissione per i Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite con lo scopo di elaborare, sul piano internazionale, uno strumento normativo vincolante per la protezione delle persone dal fenomeno delle sparizioni forzate.

Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione si intende per sparizione forzata «l'arresto, la detenzione, il sequestro e qualunque altra forma di

privazione della libertà da parte di agenti dello Stato o di persone o gruppi di persone che agiscono con l'autorizzazione, il sostegno o l'acquiescenza dello Stato, a cui faccia seguito il rifiuto di riconoscere la privazione della libertà o il silenzio riguardo alla sorte della persona sparita o al luogo in cui essa si trovi, tale da sottrarre tale persona alla protezione garantita dal diritto».

Questa Convenzione è di fondamentale importanza al fine di creare un sistema universale di protezione dei diritti umani fondamentali in quanto le sparizioni forzate, ledendo il diritto inviolabile della persona alla sicurezza, rientrano tra le violazioni più gravi dei diritti umani.

Con questo strumento giuridico viene finalmente colmata una notevole lacuna nel diritto internazionale in quanto, fino a questo momento, l'unico strumento esistente era la Dichiarazione sulle sparizioni forzate del 1992 che ricordiamo però avere un carattere non vincolante.

Il principale obbligo a capo degli Stati che hanno ratificato la Convenzione è stabilita all'art.4 il quale afferma che: «ogni Stato Parte adotta le misure necessarie a garantire che la sparizione forzata costituisca un reato secondo la propria legislazione penale».

Inoltre per enfatizzare e ribadire la gravità di questo crimine all'art. 5 viene affermato chiaramente che «la pratica diffusa o sistematica della sparizione forzata costituisce un crimine contro l'umanità, come definito nel diritto internazionale applicabile e comporta le conseguenze previste da tale diritto».

Il capitolo II della Convenzione all'art. 26 istituisce il Comitato sulle sparizioni forzate che in base a quanto stabilito da un proprio regolamento interno, ha il compito di garantire la corretta attuazione della Convenzione.

Anche in questo caso, come in quelli analizzati in precedenza, ai sensi dell'art. 31 il Comitato ha competenza a ricevere le comunicazioni individuali «presentate da o a nome di individui rientranti nella sua giurisdizione che lamentano di essere vittime di una violazione delle disposizioni della presente Convenzione da parte dello Stato Parte in questione».

La compiuta positivizzazione dei diritti umani lascia ora spazio all'applicazione concreta della legge universale ed indisponibile.

1.3 La classificazione dei diritti umani

Dopo aver accennato alle origini ed alla positivizzazione dei diritti umani proclamati dall'ONU vediamo ora in che modo è possibile classificarli.

Una classificazione chiara ed esaustiva è molto difficile a causa delle diverse ragioni su cui si fondano i diritti; questo è il motivo per cui si fa spesso ricorso al loro sviluppo storico e si procede quindi ad una classificazione cronologica.

Secondo Bobbio i diritti umani nascono in risposta «all'aumento del potere dell'uomo sull'uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico, cioè al progresso della capacità dell'uomo di dominare la natura e gli altri uomini».

Considerando la differente epoca in cui i diritti si sono affermati, è possibile classificarli cronologicamente.

Parafrasando l'autore: «I diritti sono prodotti storici, nascono da bisogni, quando storicamente emergono». I diritti umani sono quindi il prodotto della civiltà umana.

Secondo questa classificazione abbiamo i diritti di prima, seconda, terza e quarta generazione.

La prima generazione ha le sue origini nel *Bill of rights* inglese del 1689 (erede a sua volta della *Magna Charta* di Giovanni senza terra del 1215), nella Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e nei primi dieci emendamenti della Costituzione americana del 1791.

Comprende i diritti che nascono dalla rivendicazione di libertà fondamentali ovvero i diritti civili e politici.

I diritti civili²¹ tutelano la persona e la sua libertà di pensiero ed azione, mentre quelli politici²² consentono la partecipazione al governo e agli uffici pubblici del proprio Stato.

Sono concepiti per garantire agli individui una concreta tutela nei confronti dello Stato che vede sempre di più limitata la sua possibilità di intervento. Questi diritti sono di matrice liberale in quanto rivendicano i diritti legati alla libertà di pensiero, di religione, di espressione, di associazione, il diritto alla partecipazione politica, all'elettorato attivo e passivo.

L'art. 3 mette in risalto il loro carattere prevalentemente individuale affermando che: «ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona».

Bobbio, oltre a specificare che si parla di libertà nello Stato, fa un'ulteriore distinzione tra diritti negativi ovvero quelli che limitano il potere dello Stato nei confronti dell'individuo e diritti positivi che permettono all'individuo di partecipare alla scelta dei governanti.

Ferrajoli, in merito a questa prima generazione, parla di diritti-aspettativa ovvero i diritti di libertà che comportano per i poteri pubblici il dovere di non interferire e diritti-potere: i diritti civili nella sfera privata e quelli politici nella sfera pubblica²³.

²¹ Dichiarazione universale dei diritti umani, artt. 4- 20.

²² Dichiarazione universale dei diritti umani, art. 21.

²³ L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1994.

K. Vasak li chiama *droits-attributs* della persona umana e ne sottolinea il carattere opponibile nei confronti dello Stato che è tenuto all'osservanza di un dovere di astensione²⁴.

La seconda generazione comprende tutti i diritti di natura economica, sociale e culturale²⁵ che nascono dal movimento socialista internazionale ed iniziano ad affermarsi effettivamente dopo la fine della Seconda guerra mondiale.

Parliamo in questo caso di diritti di matrice socialista in quanto hanno lo scopo di migliorare le condizioni di vita del cittadino e si ispirano ad una filosofia che contrariamente a quella liberista, incentiva l'intervento dello Stato (volto a rispettare e promuovere i diritti umani) considerandolo come un dovere; si pretendeva un'azione positiva dello Stato volta a garantire a tutti dei minimi *standards* economici, sociali e culturali²⁶.

Allo Stato quindi, non è più chiesta un'astensione ma bensì un intervento positivo traducibile nella fornitura di una prestazione o di una garanzia come ad esempio un'equa retribuzione del lavoro.

Per K. Vasak sono questi *droits de créance* nei confronti dello Stato da cui sono esigibili nei limiti delle disponibilità delle risorse²⁷.

Sono libertà che si realizzano per mezzo dello Stato, impegnandolo a rimuovere gli ostacoli per accedere al benessere e a garantire la protezione sociale.

²⁴ K. VASAK, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, in JEAN PICTET, CHRISTOPHE SWINARSKI (dirs.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur*, Martinus Nijhoff Publishers, Genève-La Haye, 1984, p. 842 ss.

²⁵ Dichiarazione universale dei diritti umani, artt. 23- 27.

²⁶ F. CHERUBINI, *Le prime due generazioni di diritti umani: origine, evoluzione e prassi recente* in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 305.

²⁷ K. VASAK, *op. cit.*, p. 842 ss.

Poiché lo Stato ha il dovere di realizzare i diritti umani come azione positiva questi sono detti positivi.

L'osservanza di questi diritti è fondamentale in quanto, senza il rispetto di questi anche i primi risultano indeboliti: «l'individuo istruito è più libero di un incolto; un individuo che ha un lavoro è più libero di un disoccupato; un uomo sano è più libero di un malato»²⁸.

Queste prime due generazioni di diritti hanno sofferto le conseguenze delle loro differenti origini, infatti la divisione in due blocchi che caratterizzò il mondo subito dopo la Seconda guerra mondiale, ha avuto forti ripercussioni sulla stesura di patti e convenzioni sui diritti umani, alimentando la creazione di dispute ideologiche.

A causa della crescente contrapposizione tra il blocco occidentale e quello orientale non vi era un approccio unitario ai diritti umani e ciò emerge dal percorso di approvazione del primo "patto" che avrebbe dovuto realizzare in concreto i principi enunciati nella Dichiarazione universale.

In merito all'adozione della Risoluzione 421²⁹ i paesi socialisti erano favorevoli ad inserire nel Patto i diritti economici, sociali e culturali mentre i paesi del blocco occidentale, capeggiati dal Regno Unito, si opponevano fermamente all'inserimento dei diritti di seconda generazione. I paesi socialisti si opponevano alla previsione di un meccanismo di controllo facente capo ad un organo indipendente. Tutto ciò rappresentava una minaccia per la piena efficacia dell'intero impianto di tutela dei diritti umani.

²⁸ N. BOBBIO, M. BOVERO (a cura di), *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 465.

²⁹ Risoluzione 421 (V), 4 dicembre 1950, A/RES/421 (V) A-H, reperibile *online*.

Nonostante queste difficoltà nella Risoluzione 421 l'Assemblea generale difese fortemente i diritti umani e richiamò il Consiglio economico e sociale a dare mandato alla Commissione dei diritti umani di includere nel Patto i diritti di seconda generazione e prevedere l'inserimento di un sistema di comunicazioni per permettere ad individui ed organizzazioni di denunciare la violazione dei diritti incorporati nel patto³⁰.

Considerate le forti differenze esistenti tra le due generazioni, la soluzione trovata non durò a lungo e presto gli Stati si accordarono sulla separazione delle due generazioni di diritti e, la creazione quindi, di due patti distinti.

Con la Risoluzione 384³¹, il Consiglio economico e sociale esortò l'Assemblea generale «to reconsider its decision in resolution 421 (V) to include in one covenant article on economic, social and cultural rights, together with articles on civic and political rights».

La decisione fu presa con una stretta maggioranza (undici favorevoli contro sette contrari ed un astenuto) e si decise di predisporre due strumenti distinti per disciplinare le due differenti categorie di diritti.

Uno dei principali ostacoli al mantenimento dell'approccio unitario nei confronti dei diritti in questione è rappresentato dal meccanismo di controllo³² che, per ovvie ragioni, considerata la diversa natura³³ dei diritti umani, non poteva essere lo stesso.

Abbiamo poi la terza generazione di diritti che, alle libertà classiche ed ai diritti economici e sociali, aggiunge i cosiddetti "diritti di solidarietà".

³⁰ F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 306 ss.

³¹ Risoluzione 384 (XII), 29 agosto 1951, E/2152.

³² Per i meccanismi di controllo previsti dai due patti si rimanda al paragrafo 1.2.

³³ I diritti civili e politici avendo natura obbligatoria, al contrario di quelli economici, sociali e culturali caratterizzati da una natura programmatica, necessitavano di un sistema di controllo più incisivo.

Parliamo di diritti collettivi, destinati ai popoli, e tra questi troviamo il diritto all'autodeterminazione dei popoli, alla pace, allo sviluppo, alla difesa ambientale, alle risorse naturali e ad un ambiente salubre.

I diritti collettivi vengono riconosciuti ai popoli, intesi come un'insieme di individui, affinché si possano effettivamente realizzare i diritti individuali. Di questa categoria fanno parte anche quei diritti appartenenti a categorie di individui vulnerabili ed esposti a maggiori rischi come ad esempio le donne ed i bambini.

I diritti di terza generazione sono il risultato delle istanze dei Paesi del Terzo mondo, volte all'autodeterminazione dei popoli ed alla liberazione dalla dominazione straniera.

Si tratta di diritti che appartengono sia all'individuo, sia al popolo di cui egli fa parte e, proprio per questo motivo, molto importante è il rapporto che si determina tra il diritto dell'individuo e quello del popolo di appartenenza.

I due diritti sono strettamente connessi tra di loro in quanto gli individui non possono fruire pienamente dei propri diritti se si trovano in una società dominata da oppressione e sottosviluppo.

Una forte critica a questa generazione è data da Jean Rivero che afferma con convinzione che «per quanto dettata dalla generosità, anche quest'inflazione, come ogni altra, è pericolosa, perché rischia di togliere alla nozione di diritti dell'uomo il suo carattere operativo»³⁴.

I problemi relativi a questi diritti sono rappresentati dall'incertezza della loro titolarità, dalla definizione precisa del loro oggetto e dalla loro opponibilità.

³⁴ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Tome I, *Les droits de l'homme*, Paris, P.U.F, 1991.

Nonostante ciò, nel panorama internazionale si stanno facendo enormi sforzi per far sì che questi diritti acquistino un carattere giuridicamente vincolante.

Un esempio di questa evoluzione è rappresentato dalla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli che già riconosce questi diritti come diritti dei popoli.

In altri sistemi, come ad esempio quello delle Nazioni Unite si fa un po' più di fatica a procedere ad una vera e propria codificazione giuridica, in quanto ciò significherebbe affermare definitivamente che il principio di autorità sopranazionale prevalga su quello di sovranità nazionale.

Abbiamo infine i diritti di quarta generazione, i più recenti, quelli legati allo sviluppo dell'informatica, della telecomunicazione e quelli relativi al campo delle manipolazioni genetiche e della bioetica come ad esempio il diritto alla privacy ed alla sicurezza in rete. La rivendicazione di questi diritti deriva dalle continue minacce a cui siamo sottoposti a causa dalle nuove tecnologie come ad esempio quelle informatiche o ancora i pericoli a cui siamo esposti tutti i giorni a causa del consumo di cibi geneticamente modificati.

Nel riconoscimento di questi diritti, in particolar modo quelli riguardanti la scienza e la medicina, molto importante è la questione della tutela della dignità umana. A tal riguardo ricordiamo ad esempio il Protocollo³⁵ della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina, contenente la proibizione della clonazione umana³⁶.

³⁵ Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo, 12 gennaio 1998, Parigi, reperibile *online*.

³⁶ Considerato come contrario alla dignità umana, è vietato qualsiasi intervento diretto a creare un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano, sia vivente che morto.

Infine è importante ricordare che inerentemente ai diritti legati agli sviluppi scientifici, la Convenzione di Oviedo all'art. 2 affermando che «l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza», ribadisce l'assoluto primato dell'essere umano: l'interesse dell'essere umano deve sempre prevalere sull'interesse della società e della scienza.

Alla luce di quello che abbiamo appena detto, è importante ricordare che, anche se i diritti umani sono di origine storica, un sistema di effettiva tutela non può che essere in continua evoluzione.

1.4 Il principio della non ingerenza nella *domestic jurisdiction*

Il principio della non ingerenza nasce nel 1648 con il trattato di Westfalia, stipulato subito dopo l'omonima conferenza di pace che ha sancito la fine della guerra dei trent'anni, e permane fino alla fine della guerra fredda periodo in cui si avvertì la necessità di riformare l'ordine prestabilito.

La nozione di *domestic jurisdiction* trae la sua origine dalla necessità di proteggere la sovranità degli Stati dalle tendenze espansionistiche delle potenze europee ed è la prima norma consuetudinaria in tema di delimitazione del potere di governo dello Stato.

La sovranità è una qualità giuridica propria dello Stato che attribuisce ad ogni Stato il diritto di esercitare, in modo esclusivo, il potere di governo sugli individui e sui loro beni all'interno del proprio territorio. Correlativamente tutti gli Stati hanno l'obbligo di non esercitare nel territorio di altri Stati il proprio potere ovvero sono impossibilitati a svolgere, con i propri organi, azioni di natura coercitiva³⁷.

Due sono gli aspetti caratterizzanti della sovranità: quello interno e quello esterno.

Il primo è il cosiddetto potere d'imperio ovvero il supremo potere di comando in un determinato territorio che non riconosce nessun altro potere al di sopra di sé, mentre il secondo aspetto consiste

³⁷ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, X ed., 2014, p. 202.

nell'indipendenza dello Stato, sovrano nel proprio territorio, rispetto ad altri Stati³⁸.

La sovranità statale comporta l'esclusività nell'esercizio del potere e quindi, un divieto di ingerenza da parte degli altri Stati.

Alla luce di ciò possiamo affermare che la nozione di *domestic jurisdiction* che identifica un ambito di materie nelle quali lo Stato è libero di imporre le norme e le discipline che ritiene più idonee, senza alcun obbligo esterno³⁹, è strettamente collegata al principio di sovranità e ne rappresenta un corollario.

Per *domestic jurisdiction* si intende una serie di materie che ricadono nell'esclusiva giurisdizione dello Stato.

Inizialmente il potere era concentrato nelle mani degli Stati che non permettevano alcuna ingerenza nelle questioni che li riguardavano. Il ruolo del diritto internazionale non era particolarmente rilevante, infatti, fino ai primi anni del novecento, i trattati di arbitrato sottraevano alla giurisdizione degli arbitri internazionali tutte le vertenze concernenti "l'onore e gli interessi vitali ed essenziali dello Stato"⁴⁰.

L'evoluzione storica degli eventi ha portato però ad una ridefinizione del ruolo del diritto internazionale che dal 1919, con la creazione della Società delle Nazioni, inizia ad avere un ruolo attivo nella determinazione della *domestic jurisdiction* che identifica, da questo

³⁸ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 6.

³⁹ F. MORESCHI, *Lezioni di storia delle relazioni internazionali*, Universitas Studiorum, Mantova, 2012, p. 22 ss.

⁴⁰ F. MORESCHI, *op. cit.*, p. 23.

momento in poi, le questioni che “il diritto internazionale lascia alla competenza esclusiva degli Stati”⁴¹.

Un’ulteriore evoluzione della nozione è possibile rinvenirla nella Carta delle Nazioni Unite che, se da una parte tutela la *domestic jurisdiction* affermando che le Nazioni Unite non sono autorizzate ad intervenire nelle questioni che appartengono alla competenza interna degli Stati⁴², dall’altra precisa che questo principio non pregiudica l’applicazione di misure coercitive adottate sulla base del capitolo VII, contenente le misure necessarie al mantenimento della pace.

Una chiara definizione possiamo rinvenirla in un parere consultivo del 7 febbraio del 1923 in cui la Corte permanente di Giustizia Internazionale, con riferimento ai decreti in materia di nazionalità emanati dalla Francia in Tunisia e Marocco⁴³, afferma che: «il dominio riservato comprende le materie nelle quali lo Stato è libero da obblighi internazionali di qualsiasi genere»⁴⁴ ed aggiunge che: «se una certa materia rientri o meno nella giurisdizione esclusiva di uno Stato è un problema essenzialmente relativo: esso dipende dallo sviluppo delle relazioni internazionali».

Questo a dimostrazione del fatto che si tratta di un concetto in continua evoluzione e che anche se ci sono delle materie che rientrano nella competenza degli Stati, questi sono sempre tenuti ad onorare i loro obblighi verso gli altri Paesi così come regolati dalle norme del diritto internazionale.

⁴¹ Statuto della Società delle Nazioni, 1919, art. 15, par. 8.

⁴² Carta delle Nazioni Unite, 1945, art. 2, par. 7.

⁴³ CPGL, *Decreti di nazionalità in Tunisia e Marocco*, 7 febbraio 1923, in *PCIJ Publications*, series B, n. 4, pp. 23-24.

⁴⁴ B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, VI ed., 2000.

La *domestic jurisdiction* ha un carattere relativo e storico.

Ha carattere relativo poiché dipende dal numero di obblighi internazionali che derivano dal diritto consuetudinario e pattizio, e storico in quanto dipendendo dai trattati stipulati e dalle consuetudini createsi, si trasforma in base all'evoluzione del diritto internazionale.

Con riferimento al principio della non ingerenza nella *domestic jurisdiction* va detto infine che se è vero che da una parte gli Stati e le Organizzazioni Internazionali sono obbligati, dalle norme del diritto internazionale vigente, ad astenersi dall'intervenire in tutte quelle materie rientranti nei cosiddetti affari interni ed esterni di ogni altro Stato, è altrettanto vero che a partire dalla seconda metà del Novecento, i limiti e le eccezioni a questo principio sono in continuo aumento.

1.5 L'articolo 2(7) della Carta delle Nazioni Unite

Nella sua evoluzione storica la nozione di *domestic jurisdiction* è stata interpretata come un limite *ratione materiae* volto a delimitare la competenza di quelle organizzazioni internazionali che in base alle funzioni loro attribuite nei trattati istitutivi, sarebbero potute intervenire negli affari interni dagli Stati membri.

Nello Statuto delle Nazioni Unite il limite *ratione materiae* consiste nel rispetto della *domestic jurisdiction* ed è affermato all'art. 2, comma 7, il quale stabilisce che l'organizzazione non può intervenire in «matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII».

Si può pertanto asserire che «il principio di non ingerenza non può ostacolare le misure coercitive del Consiglio di Sicurezza contro gli Stati colpevoli di turbare la pace e la sicurezza mondiale»⁴⁵.

L'art. 2 comma 7 trae le sue origini dall'art. 15 comma 8 dello Statuto delle Nazioni Unite che definiva la competenza domestica come quell'insieme di materie che secondo il diritto internazionale, appartenevano esclusivamente alla competenza interna dello Stato.

A causa di diverse interpretazioni degli articoli, la dottrina ha dato vita a due differenti scuole di pensiero.

⁴⁵ V. MUSTAFA, *L'ingerenza umanitaria: il caso dei Curdi*, Biblioteca Franco Serantini, Pisa, 1996, p. 19.

La prima che risulta essere anche quella con meno sostenitori afferma che alcune materie, costituendo l'essenza stessa della sovranità, devono necessariamente rientrare nella competenza domestica degli Stati.

Si riferisce, in particolare, alle materie relative alla politica interna che non possono essere oggetto di influenza da parte delle organizzazioni internazionali.

Secondo questa scuola quindi, la nozione di *domestic jurisdiction* ha carattere fisso e non relativo, non dipendendo, in alcun modo, dall'evoluzione del diritto internazionale.

La seconda scuola privilegia l'idea che la nozione di *domestic jurisdiction* sia relativa e fortemente dipendente dallo sviluppo del diritto internazionale, considerando che rientrano nel dominio riservato tutte quelle materie che non sono oggetto di obblighi internazionali derivanti dal diritto comune consuetudinario o dal diritto pattizio.

Con l'adozione della Carta la portata della *domestic jurisdiction* viene però estesa e ciò è possibile rinvenirlo fin dalle intenzioni degli Stati che presero parte alla Convenzione di San Francisco. L'obiettivo era quello di impedire all'ONU di occuparsi di questioni di estrema importanza come ad esempio le violazioni dei diritti dell'uomo compiute nei confini territoriali degli Stati membri⁴⁶.

Come ribadito più volte dal delegato americano Foster Dulles alla Conferenza di San Francisco, l'intenzione era quella di aggravare la portata della *domestic jurisdiction* al fine ultimo di sottoporre al limite della competenza domestica tutto ciò che non è regolato da norme internazionali.

⁴⁶L. S. ROSSI, *Le organizzazioni internazionali come strumenti di governo multilaterale*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 200.

Vediamo ora di comprendere le motivazioni di questa scelta, ai tempi considerata necessaria.

Le preoccupazioni furono principalmente due: in primo luogo si temeva che il Senato Americano, in linea con il suo comportamento in merito alla ratifica del Patto della Società delle Nazioni Unite, non ratificasse un documento in cui ci fosse una scarsa tutela della competenza domestica. A ciò si aggiunse la preoccupazione, da parte degli Stati, che si potesse arrivare ad una notevole ingerenza delle Nazioni Unite nelle competenze domestiche degli altri Stati, in merito, ad esempio, alla tutela dei diritti umani.

Nella prassi delle Nazioni Unite però le cose sono un po' diverse, in quanto l'Assemblea da sempre si è dichiarata competente a deliberare in settori come la tutela dei diritti umani, non solo attraverso risoluzioni di carattere generale e astratto, ma anche istituendo meccanismi di protezione effettiva.

Tale prassi ha infatti escluso che possano rientrare nel campo della competenza domestica materie afferenti i diritti umani.

Nell'ultima parte dell'art. 2 è possibile rinvenire un altro importante limite alla *domestic jurisdiction* poiché la protezione assicurata agli Stati, in merito alle materie di competenza interna, viene meno in caso di applicazione di misure coercitive a norma del capitolo VIII, considerate come azioni necessarie per il mantenimento della pace. Proprio questo limite ha costituito il fondamento giuridico dell'intervento delle Nazioni Unite in guerre civili.

Alla luce di ciò possiamo affermare che, se è vero che inizialmente la violazione dei diritti umani rientrasse nell'ambito della competenza domestica, è altrettanto vero che l'attività delle Nazioni Unite ha avviato

un vero e proprio processo di erosione del principio della *domestic jurisdiction*.

1.6 L'erosione del principio della *domestic jurisdiction*

La progressiva affermazione e positivizzazione dei diritti dell'uomo ed il forte impatto che gli stessi hanno avuto ed hanno sulla comunità internazionale, sono i principali fattori che hanno portato all'erosione del principio della *domestic jurisdiction*.

Riprendendo il tema della sovranità territoriale, è importante sottolineare che il potere di governo dello Stato territoriale, è esclusivo rispetto a quello degli altri Stati e libero nelle forme e nei modi del suo esercizio solo in linea di principio, in quanto la libertà di Stato, che ricordiamo essere nata come libertà assoluta, si è ristretta sempre di più con l'evoluzione del diritto internazionale.

Anche se storicamente una compressione della sovranità territoriale si è verificata per la prima volta con riguardo al trattamento degli stranieri, oggi, i limiti al potere di governo di uno Stato nell'ambito del territorio scaturiscono dalle norme internazionali che perseguono valori di giustizia come quelle sui diritti umani e quelle sulla cooperazione in campo economico e sociale⁴⁷.

Originariamente la tutela dei diritti umani rientrava tra le materie di competenza esclusiva degli Stati oggi invece si tratta di una materia regolata da norme di diritto internazionale, di carattere sia convenzionale che consuetudinario, a cui gli Stati devono necessariamente attenersi.

Le norme internazionali sui diritti umani sono considerate così importanti da far ritenere che gli obblighi che da esse discendono appartengano, per consuetudine, alla categoria degli obblighi *erga omnes*.

⁴⁷ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 203.

Come abbiamo già visto precedentemente, numerose sono le iniziative tradotte poi in convenzioni volte a promuovere la tutela della dignità e dei diritti umani ovunque l'individuo si trovi.

Possiamo dire quindi che i diritti umani, oltre ad aver contribuito notevolmente a questo processo di erosione, rappresentano il settore in cui esso si è maggiormente manifestato.

Il diritto internazionale è, come la società, in continua evoluzione ed è proprio per questo motivo che eventuali cambiamenti o ripensamenti rispetto al passato non devono assolutamente destare preoccupazione in quanto rappresentano un'evoluzione del diritto nel senso di un adeguamento ai mutamenti della società.

Da un po' di tempo, in particolar modo dal termine della guerra fredda, è opinione diffusa e condivisa che la tradizionale concezione della sovranità statale non può più costituire una barriera protettiva all'interno della quale i diritti dell'uomo siano sistematicamente e impunemente violati.

Questo parere è chiaramente espresso da Antonio Cassese il quale afferma che: «It is a truism that today human rights are no longer of exclusive concern to the particular state where they may be infringed. Human rights are increasingly becoming the main concern of the world community as a whole. There is a widespread sense that they cannot, and should not, be trampled upon with impunity in any part of the world»⁴⁸.

Saulle individua la causa dell'erosione della *domestic jurisdiction* nell'ambito dei diritti umani nel fatto che gli stessi hanno oggi una natura *jus cogens* ovvero si tratta di norme di carattere imperativo e quindi

⁴⁸ A. CASSESE, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 26.

inderogabili. Sono norme dotate di una particolare resistenza giuridica: nessuno Stato potrà concludere un trattato in cui legittima la violazione di queste norme che non possono essere, in alcun modo, derogate tramite accordo. Sono norme di rango superiore poiché esprimono valori fondamentali per l'intera comunità internazionale e come tali primeggiano su qualsiasi altro valore o esigenza nazionale⁴⁹.

Secondo questa interpretazione i diritti umani non possono rientrare nella *domestic jurisdiction* degli Stati in quanto risultano essere tutelati da norme di rango superiore come ad esempio il principio della non ingerenza negli affari interni degli Stati, contenuta nell'art. 2 comma 7 della Carta delle Nazioni Unite che sarebbe invece una norma consuetudinaria, cioè derogabile, come dimostrato dalla prassi di molti Stati nei decenni precedenti⁵⁰.

La materia dei diritti umani, oltre ad essere al centro di numerose Convenzioni a carattere sia generale che specifico, è trattata anche da norme di tipo consuetudinario, in particolar modo da principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili in grado di imporre a tutti gli Stati il rispetto di un nucleo irrinunciabile di diritti umani.

Ci riferiamo al divieto di commettere le cosiddette *gross violations* ovvero violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani, quali ad esempio il genocidio, i crimini di guerra ed i crimini contro l'umanità, disciplinati da norme generali e convenzionali, le quali generano, di fronte ad attività individuali così gravi da poter recare un significativo

⁴⁹ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 49 ss.

⁵⁰ M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, ESI, Napoli, 1999, p. 29 ss.

pregiudizio all'intera comunità internazionale, degli obblighi *erga omnes*⁵¹ per tutti gli Stati.

Se uno Stato viola queste norme gli altri possono reagire prendendo delle adeguate contromisure⁵² che possono concretizzarsi in una semplice rimostranza diplomatica fino ad arrivare a misure di ritorsione quali ad esempio la sospensione dei rapporti diplomatici.

Va inoltre precisato che l'obbligo degli Stati di rispettare i diritti umani è un obbligo negativo o meglio di astensione in quanto tutti gli Stati hanno l'obbligo di astenersi dal ledere questi diritti e, con riguardo al diritto consuetudinario, dal compiere le *gross violations*⁵³.

Come vedremo in seguito, facendo particolare riferimento al sistema CEDU, il rispetto dei diritti umani è anche l'oggetto di un obbligo positivo o meglio di protezione in quanto lo Stato ha l'obbligo di evitare che gravi violazioni dei diritti umani siano commesse da individui che si trovino sul suo territorio⁵⁴.

L'Assemblea Generale dell'ONU non si è mai limitata a svolgere compiti meramente diplomatici come quello di predisporre trattati internazionali ma si è da sempre occupata di casi di flagrante violazione dei diritti umani perpetrate dagli Stati membri, conducendo una condotta attiva e poco rispettosa della sovranità degli Stati⁵⁵.

⁵¹ Tale categoria di obblighi è stata introdotta, per la prima volta, dalla Corte internazionale di giustizia, nella sentenza resa nel caso *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, del 5 febbraio 1970: Corte Internazionale di Giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, 5 febbraio 1970, in *CJ Recueil*, 1970, p. 32.

⁵² Dette contromisure non possono, in nessuna circostanza, prevedere l'uso della forza armata nei confronti dello Stato accusato di aver commesso la violazione.

⁵³ Particolari tipi di violazioni da sempre escluse dalla competenza domestica degli Stati.

⁵⁴ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 213.

⁵⁵ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 47.

Tenendo ben presente che le Nazioni Unite si impegnano a contrastare, in qualsiasi parte del mondo, tutti gli atteggiamenti intrapresi da ogni Stato considerati lesivi della dignità umana, possiamo infine affermare con convinzione che la nozione di *domestic jurisdiction* è ormai in via di superamento.

CAPITOLO SECONDO

L'applicazione extraterritoriale dei trattati sui diritti umani: in particolare, il caso della CEDU.

2.1 L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966

Nel primo paragrafo, dopo aver analizzato il processo che ha portato all'affermazione ed alla positivizzazione dei diritti umani, ci siamo occupati dell'erosione della nozione di *domestic jurisdiction*; vediamo ora diversi casi di applicazione concreta di quanto detto teoricamente.

Prima di passare all'analisi del primo strumento giuridico è opportuno chiarire che l'extraterritorialità di un trattato si riferisce al fatto che la sua applicazione non dipende in alcun modo dal territorio in cui la violazione ha luogo.

Nell'ambito della tutela dei diritti umani, uno dei primi trattati a prevedere un'applicazione extraterritoriale è il Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Lo stesso, pur contenendo disposizioni che delimitano, con riferimento alla sovranità territoriale, l'ambito di applicazione degli obblighi sostanziali in esso contenuti⁵⁶, ha una giurisdizione che è stata, sin dalle prime decisioni adottate in materia, ritenuta idonea a ricomprendere, ai

⁵⁶ A tal proposito l'art. 2, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici recita: "Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione".

fini delle responsabilità degli Stati in relazione a violazioni dei diritti dell'uomo, fattispecie svoltesi al di fuori dell'ambito della loro sovranità territoriale⁵⁷.

Vediamo ora cosa ha portato ad un'evoluzione in senso "non territorialistico" dell'art. 2, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici.

Furono i francesi i primi a prospettare quest'evoluzione fin dai tempi dei lavori preparatori. La loro proposta prevedeva una sostituzione del termine *territory* con il termine *jurisdiction* al fine ultimo di sottolineare la necessità di garantire pari tutela ai cittadini di uno Stato, indipendentemente dalla loro presenza sul territorio statale⁵⁸. Questa modifica non venne mai apportata ma, alla luce dei lavori preparatori e delle discussioni in merito, venne ampliata l'interpretazione dell'articolo ed in particolar modo la locuzione «che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione» è stata interpretata nel senso che i diritti andrebbero riconosciuti sia agli individui presenti nel territorio di un certo Stato, sia agli individui altrimenti soggetti alla sua giurisdizione⁵⁹.

Per poter però comprendere la portata dell'ampliamento della giurisdizione è necessario rivolgere la nostra attenzione alla giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo che si è espressa su casi di violazioni delle norme in essi contenute; facciamo riferimento in particolare ai casi di violazioni di norme del Patto commesse da organi di Stati contraenti nell'esercizio di funzioni statali autorizzate nel territorio di altri Stati ed ai casi di esercizio di attività coercitive su territorio straniero.

⁵⁷ P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 2 ss.

⁵⁸ P. DE SENA, *op. cit.*, p. 16 ss.

⁵⁹ T. BUERGENTHA, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in: L. HENKIN (ed.), *The international Bill of Rights*, Columbia University Press, 1981, p. 74.

Nel primo caso facciamo riferimento ai ricorsi individuali aventi ad oggetto la violazione dell'art. 12, par. 2, del Patto stesso, parliamo dei cosiddetti *Passport Cases*⁶⁰.

Ciò che veniva lamentato era il diniego immotivato da parte dell'Uruguay alle richieste di rilascio di passaporti presentate dalle autorità consolari. Gli autori delle comunicazioni inoltrate al Comitato lamentavano l'incompatibilità di queste decisioni con «la libertà di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio» sancita dall'art. 12, par. 2.

Essendo tutti individui non residenti nel territorio degli Stati convenuti e trattandosi di fattispecie verificatesi in un altro territorio il primo problema che il Comitato si trovò ad affrontare fu quello della qualificabilità dei ricorrenti come soggetti rientranti nella giurisdizione di questi Stati.

Nonostante il contenuto dell'art. 2, par. 1, che fa un chiaro riferimento al territorio degli Stati contraenti, il Comitato risolse positivamente la questione uruguayana.

Partendo dalla constatazione che, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo opzionale⁶¹, il rilascio di un passaporto è una questione rientrante nella giurisdizione dell'Uruguay, vediamo in che modo il Comitato ha risolto la questione.

Di fondamentale importanza appare la qualificazione del passaporto da parte del Comitato come «tool that enable individuals to exercise their right to freedom to leave a country » che evidenzia l'incidenza di questo potere sull'effettivo godimento del diritto sancito dall'art. 12, par. 2, che

⁶⁰ Facciamo riferimento ai casi: *Waksam, Lichtensztein, Varela Nuñez e Vidal Martins*.

⁶¹ *Protocollo Opzionale relativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici*, art. 1: «Ogni Stato Parte del Patto che diviene parte del presente Protocollo riconosce la competenza del Comitato a ricevere ed esaminare comunicazioni provenienti da individui sottoposti alla sua giurisdizione, i quali pretendano essere vittime di violazioni, commesse da quello stesso Stato Parte, di un qualsiasi diritto enunciato nel Patto. Il Comitato non può ricevere alcuna comunicazione concernente uno Stato Parte del Patto che non sia parte del presente Protocollo».

viene identificata come una norma produttiva di effetti anche nei confronti dello Stato nazionale dell'individuo che si trova in un altro territorio. Possiamo quindi affermare che un ampliamento della giurisdizione tende a verificarsi non come effetto del contenuto della norma concretamente violata ma bensì come fenomeno strettamente connesso al tipo di diritto concretamente violato.

Per quanto concerne invece i casi di attività coercitive su territorio straniero, i più emblematici sono risolti dalla giurisprudenza con ricorso all'art. 5, par. 1, del Patto e sono il caso *Lopez Burgos*⁶² ed il caso *Celiberti de Casariego*⁶³.

Anche queste decisioni concernono comunicazioni individuali presentate da oppositori politici uruguayani nei confronti del regime di governo illiberale che controllava il paese alla fine degli anni Sessanta a seguito di ipotesi di arresti di cittadini uruguayani effettuati rispettivamente in Argentina ed in Brasile.

I ricorrenti lamentavano numerose violazioni in contrasto con gli articoli 9, parr. 1 e 4, sul diritto a non essere arrestati arbitrariamente e ad ottenere un giudizio immediato sulla legittimità dell'arresto, 12, par. 1, sul diritto alla libertà ed al movimento, 7 sul divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, e 10 sul diritto ad un trattamento dignitoso verso i detenuti.

È importante sottolineare che le violazioni pur avendo avuto inizio in territorio straniero erano destinate a proseguire nel territorio uruguayano. Proprio a tal proposito e con riferimento al già citato art. 1 del Protocollo opzionale, il Comitato giunse alla conclusione che non era da attribuire troppa attenzione al luogo di commissione della violazione «but rather to the relationship between the individual and the State in relation to

⁶² Decisione sul caso *Lopez Burgos c. Uruguay* reperibile online.

⁶³ Decisione sul caso *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay* reperibile online.

violation of any of the rights set forth in the Covenant wherever they occurred»⁶⁴.

Da qui si evince che la giurisdizione del Comitato è idonea a ricomprendere qualsiasi ipotesi di violazioni di norme del Patto commesse da organi di Stati contraenti in territorio straniero.

Per ciò che concerne invece l'interpretazione dell'art. 2, par. 1 del Patto, il Comitato escluse che tale disposizione con una formulazione "territorialistica" potesse essere utilizzata al fine di impedire che gli Stati parti del Patto potessero essere ritenuti responsabili di violazioni commesse sul territorio di Stati terzi.

Quanto detto nelle decisioni relative ai due casi⁶⁵ è ribadito dall'art. 5, par. 1, il quale afferma che: «nessuna disposizione del presente Patto può essere interpretata nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato, gruppo o individuo di intraprendere attività o di compiere atti miranti a sopprimere uno dei diritti o delle libertà riconosciuti nel presente Patto ovvero a limitarlo in misura maggiore di quanto è previsto dal Patto stesso».

Infine, un altro caso di cui si è occupato il Comitato, inerente questa volta ad un caso di estradizione che, se portato a termine, avrebbe condotto ad una violazione degli artt. 6 e 7 del Patto, è quello di Charles Chitat Ng⁶⁶. L'autore della comunicazione lamentava di essere stato destinatario di provvedimenti di estradizione, adottati da parte del Canada su richiesta degli Stati Uniti, contrari per l'appunto agli artt. 6 e 7 del Patto (concernenti rispettivamente il diritto alla vita ed il divieto di trattamenti disumani e degradanti) in quanto lo stesso, per reati precedentemente commessi negli Stati Uniti avrebbe potuto essere qui sottoposto

⁶⁴ Par. 12.2 della decisione nel caso *Lopez Burgos* e par. 10.2 della decisione nel caso *Celiberti de Casariego*.

⁶⁵ Par. 10 della decisione nel caso *Celiberti de Casariego* e par. 12 della decisione *Lopez Burgos*.

⁶⁶ Decisione sul caso *Chitat Ng v. Canada*, Communication No. 469/1991, reperibile *online*.

all'esecuzione della pena capitale. La violazione venne riconosciuta dal Comitato in quanto si riconobbe che il ricorrente, se riportato negli Stati Uniti, rischiava la morte per asfissia, qualificata come una forma di trattamento disumano e degradante.

Il provvedimento sebbene risultasse destinato a prodursi sul territorio di un altro Stato⁶⁷, fu qualificato come idoneo a produrre un rischio effettivo di violazione dei diritti.

Un chiaro riferimento fu, ancora una volta, fatto al già citato art. 2, par. 1 del Patto che in questo caso specifico venne interpretato come un obbligo di non consegnare un individuo ad un altro Stato, nel momento in cui il verificarsi di una violazione del Patto nel territorio di quest'ultimo risulti certo o prevedibile⁶⁸.

Infine è importante ricordare che anche la Corte internazionale di giustizia, nel suo parere sulle *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*⁶⁹, ha affrontato la questione dell'efficacia del Patto al di fuori dei confini territoriali degli Stati membri.

La stessa, facendo chiaro riferimento all'art. 2, par. 1, ha affermato che: «*while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory*».

⁶⁷ Par. 14 della decisione sul caso *Chitat Ng v. Canada*, Communication No. 469/1991.

⁶⁸ P. DE SENA, *op. cit.*, p. 30 ss.

⁶⁹ Parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, consultabile online.

2.2 L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966

Nel 1966, in seno alle Nazioni Unite fu adottato, sempre allo scopo di dare attuazione alla Dichiarazione universale dei diritti umani, il Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

Vediamo ora la sua applicazione extraterritoriale con riferimento agli obblighi extraterritoriali degli Stati relativi alla tutela dei diritti economici, sociali e culturali abbiamo tre strumenti interpretativi.

Un documento centrale è quello dei Principi di Maastricht del 2011 che si pone in continuità con precedenti strumenti interpretativi: i Principi di Limburg del 1986 e le Linee guida di Maastricht del 1997.

Già nella formulazione del testo del Patto appare chiara una propensione verso un'applicazione extraterritoriale dello stesso. La prima cosa che risalta è che questo strumento internazionale, a differenza di altri, non contiene una disposizione che ne limiti l'ambito di applicazione al territorio o alla giurisdizione degli Stati parte.

Al contrario del Patto internazionale sui diritti civili e politici che all'art.2, par.1 limita l'ambito di applicazione del patto stesso agli individui «che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione» quello sui diritti economici, sociali e culturali, sempre all'art.2, par.1 fa riferimento alla sua dimensione internazionale affermando che ogni Stato «si impegni ad operare sia individualmente sia attraverso l'assistenza e la cooperazione internazionale, specialmente nel campo economico e tecnico, con il massimo delle risorse di cui dispone, al fine di assicurare progressivamente con tutti i mezzi appropriati, compresa in particolare l'adozione di misure legislative, la piena attuazione dei diritti riconosciuti nel presente Patto».

È proprio il contenuto di questo articolo che sostiene la tesi che gli Stati firmatari abbiano assunto obblighi extraterritoriali.

Un altro riferimento alla dimensione extraterritoriale lo troviamo nell'art. 11 che ribadisce, in più battute, “l'importanza essenziale della cooperazione internazionale”.

Sempre a proposito della portata extraterritoriale della tutela riconosciuta dal Patto è interessante osservare i *General Comments, Statements e Annual Report* del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali.

Il *General Comment* No. 2⁷⁰ sulle misure internazionali di assistenza tecnica sottolinea come, in virtù dell' art. 22 del Patto, viene istituito un meccanismo in base al quale lo stesso Consiglio può portare all'attenzione degli altri organi competenti dell'ONU qualunque questione sollevata nei rapporti degli Stati “che possa essere utile a tali organismi per decidere, ciascuno nel proprio ambito di competenza, sull'opportunità di misure internazionali idonee a contribuire all'efficace progressiva attuazione del Patto”.

Tutto questo al fine ultimo di comprendere meglio l'importanza dei diritti economici, sociali e culturali nel quadro delle attività di cooperazione internazionale per lo sviluppo e di fornire agli Stati che lo necessitano un'adeguata assistenza tecnica.

Il *General Comment* No. 3⁷¹ sulla natura degli obblighi degli Stati , con chiaro riferimento all'art. 2, par. 1, del Patto sottolinea l'importanza della cooperazione internazionale nel senso che al fine di ottemperare agli obblighi se si rende necessario, occorre attingere non solo ai mezzi del singolo Stato ma bensì a quelli dell'intera comunità internazionale.

⁷⁰ *General Comment 2, International technical assistance measures (Fourth session, 1990), U.N. Doc. E/1990/23, annex III at 86 (1990), reperibile online.*

⁷¹ *General Comment 3, The nature of States parties' obligations (Fifth session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86 (1991), reperibile online.*

Infine nel *General Comment* No.12⁷² sul diritto ad un'alimentazione adeguata riconosciuto dall'art. 11 del Patto, il Comitato ha evidenziato che la garanzia ad un'alimentazione adeguata è indissolubilmente legata alla dignità della persona umana ed è inoltre indispensabile per il godimento di altri diritti umani. A tal proposito, per i gruppi socialmente vulnerabili, come le persone senza terra ed altri segmenti particolarmente poveri della popolazione è necessaria l'attenzione dell'intera comunità internazionale e la protezione ed assistenza attraverso programmi speciali.

Per sottolineare la portata internazionale di questo viene ribadito che anche se solo gli Stati membri sono parti del Patto e sono quindi responsabili del rispetto di esso, tutti i membri della società tra cui gli individui, le famiglie, le comunità locali, le organizzazioni non governative, la società civile ed il settore delle imprese private, sono i responsabili per la realizzazione del diritto ad una alimentazione adeguata. Viene ribadita, ancora una volta, l'importanza della cooperazione internazionale.

Così come per il Patto sui diritti civili e politici anche in questo caso, tenendo conto della posizione espressa dal Comitato dei diritti economici, la Corte Internazionale di giustizia nel celebre parere citato nel paragrafo precedente si è espressa a favore dell'applicabilità del Patto anche al di fuori del territorio degli Stati Parte non escludendo che il Patto si applichi, oltre che ai territori sui quali lo Stato ha sovranità, anche a quelli su cui esercita la sua giurisdizione.

La dottrina maggioritaria sostenitrice dell'assunzione da parte degli Stati, degli obblighi extraterritoriali, tende ad ampliare questi obblighi facendo

⁷² *General Comment 12, Right to adequate food (Twentieth session, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999) reperibile online.*

riferimento all'operato degli Stati parte nelle maggiori organizzazioni internazionali di carattere economico e finanziario, nei rapporti con le società transnazionali, nella cooperazione allo sviluppo e nell'applicazione di accordi internazionali⁷³.

Dopo aver tracciato le linee generali della questione vediamo ora le due strumenti d'indirizzo sui diritti sociali, economici e culturali che hanno preceduto i Principi di Maastricht del 2011 .

I Principi di Limburg⁷⁴ per l'attuazione del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali sono delle spiegazioni di esperti dei diritti e dei doveri degli Stati sanciti dal Patto Internazionale sui diritti, economici e sociali. Sono stati adottati all'unanimità da diversi esperti di diritto internazionale in un *meeting* tenutosi a Limburg dal 2 al 6 giugno del 1986 ed hanno come obiettivo quello di individuare l'origine e lo scopo degli obblighi derivanti dal Patto, di prendere in considerazione i rapporti degli Stati parte ed implementare la cooperazione internazionale tra gli Stati. Questi principi, nelle prime osservazioni generali definiscono i diritti economici e sociali come «*an integral part of international human rights law*».

La piena realizzazione di questi diritti richiede agli Stati parte «to move as expeditiously as possible towards the realization of the rights. Under no circumstances shall this be interpreted as implying for States the right to deter indefinitely efforts to ensure full realization. On the contrary all

⁷³ A. VITERBO, *L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: i Principi di Maastricht del 2011*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 3.

⁷⁴ *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* reperibile online.

States parties have the obligation to begin immediately to take steps to fulfil their obligations under the Covenant»⁷⁵.

L'enfasi è posta senza dubbio sull'importanza della cooperazione internazionale degli Stati che «pursuant to the Charter of the United Nations (arts. 55 and 56) and the Covenant shall have in view as a matter of priority the realization of all human rights and fundamental freedoms, economic, social and cultural as well as civil and political»⁷⁶.

Un ulteriore passo in avanti è stato fatto nel 1997 quando, in occasione del 10° anniversario dei principi di *Limburg* un gruppo di esperti si è riunito con lo scopo di approfondire i principi con particolare riferimento alla natura ed alla portata delle violazioni dei diritti economici, sociali e culturali nonché ad adeguati rimedi a quest'ultime.

Al termine dell'incontro trenta esperti hanno concordato all'unanimità le cosiddette “Linee guida di Maastricht”⁷⁷ che riflettono l'evoluzione del diritto internazionale dal 1986.

Il paragrafo 5 afferma che: «As in the case of civil and political rights, the failure by a State Party to comply with a treaty obligation concerning economic, social and cultural rights is, under international law, a violation of that treaty».

Il paragrafo 6 spiega invece cosa s'intende in questa sede per violazione dei diritti economici, sociali e culturali facendo particolare riferimento a tre obblighi per gli Stati: di rispettare, proteggere e realizzare.

⁷⁵ *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, General Observations, 21.

⁷⁶ *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Interpretative Principles specifically relating to Part II of the Covenant, 29.

⁷⁷ *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, January 22-26, 1997 reperibile online.

A ciò aggiunge che: «Failure to perform any one of these three obligations constitutes a violation of such rights. The obligation to respect requires States to refrain from interfering with the enjoyment of economic, social and cultural rights. Thus, the right to housing is violated if the State engages in arbitrary forced evictions. The obligation to protect requires States to prevent violations of such rights by third parties. Thus, the failure to ensure that private employers comply with basic labour standards may amount to a violation of the right to work or the right to just and favourable conditions of work. The obligation to fulfil requires States to take appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures towards the full realization of such rights. Thus, the failure of States to provide essential primary health care to those in need may amount to a violation».

In seconda battuta viene chiarita la responsabilità delle violazioni appartenente allo Stato che ha il compito di monitorare ed indirizzare, verso la protezione dei diritti economici, sociali e culturali, anche l'attività di autori non statali siano essi enti privati, organizzazioni internazionali o istituzioni finanziarie internazionali.

Sono infine indicati i rimedi a suddette violazioni e viene sottolineato che «any person or group who is a victim of a violation of an economic, social or cultural right should have access to effective judicial or other appropriate remedies at both national and international levels».

Passiamo ora ai Principi di Maastricht⁷⁸ adottati nel 2011 da un gruppo di esperti riunitosi presso l'Università di Maastricht con l'obiettivo di chiarire la portata extraterritoriale degli obblighi degli Stati in relazione ai diritti economici, sociali e culturali.

⁷⁸*Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, 2011, reperibile online.

Senza alcun dubbio la portata si è ampliata con il tempo soprattutto grazie ad una rapida diffusione di processi di globalizzazione e quindi interconnessione che fanno sì che azioni ed omissioni poste in essere da attori statali (e non) producano degli effetti al di fuori del territorio nazionale.

Una definizione di “obblighi extraterritoriali” è possibile riscontrarla al paragrafo 8 che si riferisce agli obblighi *«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»* ed a quelli *«of a global character that are set out in the Charter of the United Nations and human rights instruments to take action, separately, and jointly through international cooperation, to realize human rights universally»*.

Il paragrafo 9 individua, in termini generali, le situazioni in cui gli obblighi vengono in rilievo.

Si tratta delle situazioni in cui:

«a) The State exercises authority or effective control, whether or not such control is exercised in accordance with international law.

b) State acts or omissions bring about foreseeable effects on the enjoyment of economic, social and cultural rights, whether within or outside its territory.

c) 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».

Anche in questo caso, gli obblighi extraterritoriali sono declinati secondo una ripartizione in doveri di rispettare, proteggere e realizzare.

Per quanto concerne il primo obbligo, i Principi affermano il dovere di astenersi da condotte, dirette o indirette, che abbiano l'effetto di compromettere la capacità di un attore statale (o non) di rispettare i diritti sanciti dal Patto. Sono quindi proibite condotte volte alla violazione degli obblighi assunti in relazione alla tutela dei diritti economici, sociali e culturali.

L'obbligo di proteggere si riferisce invece alla regolamentazione, da parte degli Stati, delle attività extraterritoriali di attori non statali, con particolare riferimento alle multinazionali che non devono, in alcun modo, porre in essere condotte lesive dei diritti tutelati.

Infine, in merito all'obbligo di attuazione, i Principi auspicano la creazione di un ambiente internazionale favorevole all'attuazione universale dei diritti economici, sociali e culturali.

Si favorisce, in tal senso, una maggiore cooperazione allo sviluppo dove la realizzazione dei diritti dei gruppi più vulnerabili rappresenta la priorità.

Gli obblighi sono naturalmente commisurati alle capacità economiche di ogni singolo Stato che, se sprovvisto dei mezzi necessari per garantire un'adeguata tutela dei diritti, è legittimato a richiedere assistenza e cooperazione internazionale⁷⁹.

Nonostante i Principi rappresentino un'importante evoluzione in tema di tutela di diritti economici sociali e culturali non sono in grado di superare un limite importante connesso al tema della responsabilità.

⁷⁹ A. VITERBO, *op. cit.*, p.7.

Infatti se è vero, come abbiamo già detto, che gli Stati sono responsabili della condotta di attori non statali, è altrettanto vero che ciò si verifica solo in casi limitati ovvero sia quando ci troviamo di fronte ad atti posti in essere secondo le istruzioni, sotto la direzione o il controllo di uno Stato⁸⁰. Si possono quindi verificare ad esempio, ad opera di multinazionali, numerose violazioni di difficile imputabilità.

⁸⁰ È possibile rinvenire questi limiti nei paragrafi 16-19 delle Linee guida di Maastricht del 1997 e nel paragrafo 12 dei Principi di Maastricht.

2.3 L'applicazione extraterritoriale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti del 1984

Vediamo ora, servendoci dell'analisi della prassi del Comitato contro la tortura, l'applicazione extraterritoriale della Convenzione.

L'articolo più rilevante a cui faremo chiari riferimenti è l'articolo 3 concernente il divieto di espulsione, respingimento o estradizione di un individuo verso uno Stato nel quale vi sono seri rischi di essere sottoposti a tortura. Nell'analisi dell'applicazione extraterritoriale della Convenzione ci serviremo del particolare caso del divieto di *refoulement* (sia diretto che indiretto nel divieto di tortura) in quanto lo stesso risulta essere di fondamentale importanza in tema di extraterritorialità dei trattati sui diritti umani per la sua natura extraterritoriale e quindi per le significative conseguenze che, nel caso in cui non venga rispettato, è in grado di produrre⁸¹.

Nel caso *Tapia Paez c. Svezia*⁸² l'autore della comunicazione, attualmente in Svezia come rifugiato, reclama che il suo ritorno forzato in Perù implicherebbe, considerando la pratica abituale della polizia di torturare le persone coinvolte in casi riguardanti terrorismo e tradimenti, una violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

In questa occasione il Comitato si è pronunciato a favore di un'astensione dal ritorno forzato di Mr. Gorki Ernesto Tapia Paez in Perù ed ha affermato la natura *assoluta* del divieto di tortura sottolineando che «whenever substantial grounds exist for believing that an individual would be in danger of being subjected to torture upon expulsion to another State, the State party is under obligation not to return the person concerned to that State. The nature of the activities in which the person

⁸¹ Per un'analisi completa del principio si rimanda al terzo capitolo.

⁸² Decisione sul caso *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden*, reperibile *online*.

concerned engaged cannot be a material consideration when making a determination under article 3 of the Convention»⁸³.

Ci troviamo quindi davanti ad un chiaro esempio di applicazione extraterritoriale di un divieto di estrema importanza e rilevanza come quello di tortura.

Un altro caso⁸⁴ simile al precedente è quello in cui Mr. Kaveh Yaragh Tala, cittadino iraniano e residente in Svezia, reclama che il suo ritorno forzato in Iran costituirebbe una violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Anche questo caso, come nel precedente, dopo le opportune valutazioni, il Comitato ha constatato l'esistenza di fondati motivi per ritenere che il ricorrente sarebbe in pericolo di essere sottoposto a tortura una volta ritornato in Iran e quindi si è pronunciato nel senso che «the State party has an obligation to refrain from forcibly returning Mr. Kaveh Yaragh Tala to Iran, or to any other country where he runs a real risk of being expelled or returned to Iran»⁸⁵.

Il Comitato si è pronunciato a favore dell'applicabilità della Convenzione nei confronti di atti compiuti da uno Stato nell'esercizio della sua giurisdizione fuori dal territorio e, con particolare riferimento all'articolo 3 ed alle disposizioni applicabili al territorio sotto la giurisdizione dello Stato parte, ha chiarito che queste «si applicano a, e ne beneficiano pienamente, tutte le persone sotto l'effettivo controllo delle sue autorità, di qualsiasi tipo, ovunque situate nel mondo»⁸⁶.

⁸³ Caso *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden*, Communication No. 39/1996, U.N. Doc. CAT/C/18/D/39/1996 (1997), paragrafo 14.5.

⁸⁴ Facciamo riferimento al caso *Tala v. Sweden*, Communication No. 43/1996, 15th November 1996, CAT/C/17/D/43/1996 (1996) reperibile *online*.

⁸⁵ Caso *Tala v. Sweden*, Communication No. 43/1996, 15th November 1996, CAT/C/17/D/43/1996 (1996), paragrafo 11.

⁸⁶ C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2011, p. 300.

Ricordiamo che il Comitato contro la tortura nella sua attività di monitoraggio dell'applicazione della Convenzione da parte degli Stati parte può servirsi di differenti mezzi tra cui la richiesta agli Stati di presentazione di rapporti illustranti l'applicazione dei diritti che discendono dalla stessa Convenzione; questi poi, in un secondo momento, sono sottoposti all'esame da parte del Comitato che può indirizzare allo Stato interessato osservazioni e raccomandazioni.

Vediamo ora due casi rilevanti in cui attraverso conclusioni e raccomandazioni, il Comitato si esprime a favore dell'esercizio extraterritoriale delle competenze statali.

Nel primo caso, dopo aver analizzato il quarto rapporto periodico del Regno Unito e dopo averne sottolineato gli aspetti positivi, il Comitato mostra una certa preoccupazione circa «the State party's limited acceptance of the applicability of the Convention to the actions of its forces abroad, in particular its explanation that "those parts of the Convention which are applicable only in respect of territory under the jurisdiction of a State party cannot be applicable in relation to actions of the United Kingdom in Afghanistan and Iraq"; the Committee observes that the Convention protections extend to all territories under the jurisdiction of a State party and considers that this principle includes all areas under the de facto effective control of the State party's authorities»⁸⁷.

Nel secondo caso invece, dopo aver analizzato il secondo rapporto periodico degli Stati Uniti d'America, il Comitato mostra una grande preoccupazione a riguardo della presenza di casi di tortura extraterritoriale dei detenuti e, a tal proposito, afferma con fermezza che

⁸⁷ *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: United Kingdom*, 18 novembre 2004, CAT/C/CR/33/3, par. 4(b).

«the State party should investigate, prosecute and punish perpetrators under the federal extraterritorial criminal torture statute» e si mostra convinto nel ritenere che «the State party's view that those provisions are geographically limited to its own de jure territory to be regrettable»⁸⁸.

Per quanto concerne l'applicabilità extraterritoriale degli obblighi della Convenzione, il Comitato raccomanda che «the State party should recognize and ensure that the provisions of the Convention expressed as applicable to "territory under the State party's jurisdiction" apply to, and are fully enjoyed, by all persons under the effective control of its authorities, of whichever type, wherever located in the world».

Gli stessi Stati Uniti si sono sforzati più volte a chiarire il campo di applicazione della Convenzione contro la tortura dichiarando la validità della Convenzione sia in tempi di guerra sia in circostanze che avvengono oltre i propri confini ed affermando solennemente che «U.S. officials from all government agencies are prohibited from engaging in torture, at all times, and in all places»⁸⁹.

Alla luce di quanto appena detto appare quindi chiaro che il divieto di tortura, così come le altre disposizioni contenute nella Convenzione, non può che avere un'applicazione anche extraterritoriale.

⁸⁸ *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: United States*, 25 July 2006, CAT/C/USA/CO/2, par. 15.

⁸⁹ The United States' Oral Response to the Questions Asked by the Committee Against Torture, May 8, 2006.

2.4 Il Consiglio d'Europa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950.

Dopo aver visto la dimensione globale e sempre con riferimento all'applicazione extraterritoriale degli obblighi derivanti da norme poste a tutela dei diritti umani, concentriamo ora la nostra attenzione su un'importante dimensione regionale, quell' Europea.

Per poter arrivare al punto principale della questione ed analizzare quindi la giurisprudenza della Corte EDU è necessario chiarire i termini del discorso.

A tal proposito vediamo ora l'attività della principale organizzazione internazionale di difesa dei diritti umani del continente, il Consiglio d'Europa.

Al termine del secondo conflitto mondiale, alla luce delle devastazioni e degli orrori prodotti da questa guerra, si sente la necessità di creare un'organizzazione in grado di evitare il ripetersi di dette tragedie e di assicurare pace, democrazia e rispetto dei diritti umani in tutto il continente.

Fu Churchill per la prima volta ad esprimersi a tal riguardo quando nell'ottobre del 1942, in una Lettera al gabinetto di guerra, affermò di avere «la piena convinzione che la famiglia europea possa agire in stretta unione in seno a un Consiglio d'Europa».

Nel 1947, grazie alla mobilitazione di diversi movimenti, si crea il Comitato internazionale di coordinamento dei movimenti per l'unità europea che nel 1948 organizza all'Aja un Congresso finalizzato a promuovere l'unità ed a predisporre le basi per un Europa futura.

Il Congresso, presieduto da Churchill, vede fin dall'inizio emergere al suo interno delle divergenze tra paesi federalisti come Francia e Belgio sostenitori di un' Europa federale e paesi unionisti, convinti nel voler preservare la sovranità degli Stati.

È proprio a partire da queste divergenze che il 5 maggio del 1949 Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia firmano a Londra il Trattato istitutivo del Consiglio d'Europa il quale all'articolo 1 stabilisce che il suo scopo è quello di «attuare un'unione più stretta fra i Membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorirne il loro progresso economico e sociale». Proprio alla luce degli orrori delle due guerre gli Stati decidono di creare un'organizzazione internazionale che impegni ogni paese ad accettare il principio della preminenza del diritto oltre che quello secondo cui, chiunque sia posto sotto la sua giurisdizione, debba godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁹⁰.

Dopo essere stato creato il Consiglio mostra subito una certa tendenza ad allargarsi includendo dal 1949 al 1969 diversi tipi di Stati tra cui quelli come la Repubblica federale di Germania che nell'immediato dopoguerra erano impossibilitati ad aderire, quelli come la Svizzera e l'Islanda che inizialmente avevano prediletto una posizione di neutralità e gli Stati come Cipro e Malta che ai tempi non avevano ancora ottenuto l'indipendenza.

L'obiettivo fondamentale è quello di affermare il principio dello Stato di diritto garantendo in tutti i Paesi aderenti all'organizzazione il pieno rispetto dei diritti umani.

⁹⁰ F. CHABOD, *Storia dell'idea d'Europa*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

Uno dei principali compiti del Consiglio d'Europa è rappresentato dalla tutela e dallo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; a tal proposito l'articolo 3 del suo Statuto afferma che «ogni membro del Consiglio d'Europa riconosce il principio della preminenza del diritto e il principio in virtù del quale ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Tra gli altri obiettivi ricordiamo: la tutela dei principi della democrazia pluralista, la valorizzazione dell'identità culturale tramite la lotta ad ogni forma di intolleranza, l'individuazione di soluzioni per i problemi sociali e la salvaguardia della qualità della vita dei popoli dell'Europa⁹¹.

La struttura istituzionale comprende l'organo esecutivo ovvero il Consiglio dei Ministri, l'Assemblea parlamentare ed il Congresso dei poteri locali e regionali.

Il Comitato dei ministri è l'organo decisionale ed ogni Stato membro è rappresentato dal ministro degli Affari esteri o da un rappresentante permanente a Strasburgo, su un piano di assoluta parità. Il suo ruolo è quello di fronteggiare diverse situazioni tra cui le questioni riguardanti i diritti umani, l'integrazione europea e la democrazia. Condivide con l'Assemblea parlamentare il ruolo di custode dei valori fondamentali del Consiglio d'Europa e controlla il rispetto degli impegni assunti dagli Stati membri. Ai sensi dell'art. 15 dello Statuto può adottare accordi e convenzioni che saranno poi sottoposte alla firma da parte degli Stati membri.

Una volta approvate, il Consiglio ha il compito di vigilare sull'effettiva applicazione di queste convenzioni e, in caso di gravi violazioni, può

⁹¹ A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla corte europea dei diritti dell'uomo. Formulario e giurisprudenza*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 24.

decidere a favore di una sospensione o dell'esclusione di uno Stato dall'organizzazione.

L'Assemblea parlamentare, che ricordiamo essere la più numerosa assemblea parlamentare internazionale del mondo, è l'organo deliberativo del Consiglio ed ha potere consultivo ma non legislativo. Rappresenta uno dei pilastri del Consiglio d'Europa in quanto contribuisce attivamente alla gestione delle crisi e svolge un ruolo di controllo del rispetto degli obblighi assunti dagli Stati membri.

È l'organo di impulso per numerose convenzioni tra cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infine abbiamo il Congresso dei poteri locali e regionali, nato come organo consultivo del Consiglio d'Europa per sostituire la Conferenza permanente dei poteri locali e regionali d'Europa e oggi rappresentante le regioni e gli enti locali dei 47 stati membri del Consiglio d'Europa.

Il Congresso fornisce un importante aiuto ai paesi al fine di attuare i provvedimenti pratici necessari per rendere effettiva l'autonomia locale e regionale.

Si tratta di uno spazio interamente dedicato al dialogo entro il quale i rappresentanti dei poteri locali e regionali hanno la possibilità di dibattere problemi comuni, di confrontare le rispettive esperienze e di esprimere i propri punti di vista presso i governi.

Tra i principali problemi che incontra oggi il Consiglio d'Europa troviamo una scarsa visibilità⁹² ed il limitato importo previsto in bilancio che ne riduce notevolmente il margine di manovra.

⁹² Ancora oggi sono in molti a non conoscerne le funzioni e soprattutto il contributo che fornisce alla difesa dei diritti fondamentali.

Questo è il pericolo per il futuro, riprendendo le parole di Terry Davis:

«Ci sono due maniere per uccidere un'organizzazione internazionale: deciderne la chiusura, oppure farla morire di fame, rifiutandole le risorse che le sono indispensabili»⁹³.

Il 4 novembre del 1950 fu firmata a Roma la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La Convenzione enuncia e garantisce numerosi diritti e libertà tra cui: il diritto alla vita, il divieto di tortura, il divieto della schiavitù e dei lavori forzati, il diritto alla libertà ed alla sicurezza, il diritto ad un equo processo, il principio del *nullum crimen sine lege*, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione, la libertà di riunione e di associazione, il diritto a sposarsi, il diritto ad un ricorso effettivo, il divieto di discriminazione ed il divieto di abuso di diritti. I Governi firmatari tramite questo strumento «riaffermano il loro profondo attaccamento a queste libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico veramente democratico e, dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei Diritti dell'uomo a cui essi si appellano»⁹⁴.

La principale novità introdotta da questo strumento è rappresentata dall'erosione del concetto di dominio riservato resa possibile dalla previsione del diritto al ricorso individuale contro lo Stato riconosciuto in capo a persone fisiche o morali. Riprendendo un'espressione usata dai padri fondatori «la Convenzione non è e non vuole essere una morale senza sanzione».

⁹³ T. DAVIS, ex Segretario generale, discorso dinanzi all'APCE, 3 OTTOBRE 2006.

⁹⁴ *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Preambolo.

Proprio per questo molto importante risulta essere la struttura giudiziaria posta a garanzia dei diritti riconosciuti.

Come rilevato da Franz Matscher, «a differenza di altri strumenti per la protezione internazionale dei diritti dell'uomo, la Convenzione europea non si è limitata a predisporre un nuovo catalogo di diritti fondamentali che gli Stati membri si obbligano a garantire, ma ha anche instaurato un sistema di procedura, con organi incaricati di assicurare il rispetto degli impegni risultanti dalla Convenzione»⁹⁵.

Con questo spirito in origine erano previste tre istituzioni di controllo: la Commissione europea dei diritti dell'uomo istituita nel 1954 con la funzione di giudicare sull'ammissibilità dei ricorsi, la Corte Europea dei Diritti dell'uomo istituita nel 1959 con la funzione di decidere in via definitiva ed obbligatoria sui casi trasmessi dalla Commissione o dai governi ed il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la funzione decisoria per le cause non deferite alla Corte e la funzione di sorveglianza dell'esecuzione delle decisioni proprie e della Corte.

Questa struttura però, con l'adozione di protocolli aggiuntivi alla Convenzione, venne presto modificata.

Molto rilevante è il Protocollo n°11 entrato in vigore il 1° novembre 1998 e concernente la riforma del meccanismo di controllo. Con lo scopo di procedere verso una semplificazione ed al fine ultimo di abbreviare la durata delle procedure, dall'entrata in vigore del Protocollo la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, vengono sostituite da una Corte unica e permanente a Strasburgo a cui, senza la necessità di un esame da parte della Commissione, sono sottoposte tutte

⁹⁵ F. MATSCHER, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per opera dei suoi organi*, in V. GREMENTERI (a cura di), *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 39 ss.

le presunte violazioni. Questo Protocollo rende obbligatoria la giurisdizione della Corte e l'accettazione dei ricorsi individuali; vengono così superate le due clausole facoltative presenti originariamente nel testo della Convenzione e concernenti il ricorso individuale (art. 25 del testo originario) e la competenza obbligatoria della Corte (art. 46)⁹⁶.

Importante è anche il protocollo n°14 che «al fine di conservare e rafforzare l'efficacia a lungo termine del sistema di controllo, principalmente a seguito del continuo aumento del carico di lavoro della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e considerata in particolare la necessità di provvedere affinché la Corte continui a svolgere un ruolo prioritario nella protezione dei diritti dell'uomo in Europa»⁹⁷ modifica la Convenzione affidando la risoluzione di questioni concernenti l'ammissibilità di ricorsi palesemente inammissibili ad una nuova figura, quella del giudice unico. Quindi, sempre con il fine ultimo di accrescere le capacità di filtraggio della Corte, le decisioni di ammissibilità precedentemente prese da una commissione di tre giudici, sono affidate ora ad un singolo giudice competente unicamente a dichiarare irricevibili i ricorsi.

Un altro meccanismo di semplificazione introdotto dal Protocollo riguarda i casi ripetitivi ovvero quei casi sui quali la giurisprudenza si sia consolidata⁹⁸. L'istanza può essere dichiarata ammissibile e quindi giudicata da un comitato di 3 giudici che, all'unanimità, può decidere riguardo ricevibilità e merito.

Con l'articolo 12 del Protocollo viene aggiunta una nuova condizione di ricevibilità dei ricorsi individuali. Sempre dopo aver esaurito le vie di

⁹⁶ A. L. VALVO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea. L'integrazione europea oltre Lisbona*, Amon, Padova, 2011, p. 278.

⁹⁷ *Protocollo n° 11 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Strasburgo, 11 maggio 1994, Preambolo.

⁹⁸ Nella maggior parte dei casi facciamo riferimento a ricorsi presentati per la violazione di un diritto fondamentale causata da un difetto strutturale di un ordinamento nazionale.

ricorso interne entro il termine di sei mesi dalla decisione interna, la Corte può dichiarare irricevibile qualsiasi ricorso individuale qualora ritenga che «il ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio significativo, a meno che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli non esiga l'esame del merito del ricorso e purché ciò non comporti la reiezione di un ricorso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale nazionale».

Sono infine previsti nuovi poteri per il Comitato dei Ministri che, con una decisione presa a maggioranza dei due terzi, è abilitato a chiedere alla Corte una sentenza interpretativa «se ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà d'interpretazione di tale sentenza».

Prima di passare all'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vediamo ora qual è la sua organizzazione ed il suo funzionamento. La Corte si articola in Comitati di tre giudici, in Camere di sette giudici ed in una Grande Camera di diciassette giudici. I giudici sono eletti dall'Assemblea Parlamentare per sei anni sulla base delle liste di tre candidati proposte da ciascun governo. Sono eletti per un mandato non rinnovabile di nove anni e siedono nella Corte a titolo individuale e non rappresentano lo Stato; sono quindi totalmente indipendenti e non possono intraprendere attività incompatibili con il loro obbligo di indipendenza ed imparzialità. I giudici, nell'adempimento delle loro funzioni, sono affiancati da funzionari dotati di capacità giuridiche ed amministrative.

Circa le competenze della Corte, secondo quanto disposto dall'articolo 32 della CEDU, la stessa deve occuparsi di tutto ciò che concerne «l'interpretazione e l'applicazione della CEDU e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste dagli articoli 33, 34 e 37».

La Corte esercita una funzione contenziosa e un'altra, attribuita nel 1963 dal Protocollo n. 2, di carattere consultivo⁹⁹. Ai sensi dell'articolo 32 della CEDU è competente a giudicare «tutte le questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli». In merito alla funzione contenziosa la Corte è abilitata a riconoscere sia ricorsi individuali (art 34) che interstatali (art.33) a condizione che siano proposti nei confronti di un Stato contraente. Va precisato che il ricorso interstatale è stato fino ad ora scarsamente utilizzato per evitare di creare forti tensioni nelle relazioni internazionali.

È importante ricordare che ai sensi dell'articolo 35, in merito alle condizioni di ricevibilità, la Corte può essere adita solo ed esclusivamente dopo aver esaurito le vie di ricorso interne; svolge quindi una funzione sussidiaria rispetto agli organi giudiziari nazionali.

Questo limite non è altro che un corollario del principio di sussidiarietà del meccanismo di controllo introdotto dalla CEDU che parte dal presupposto che garantire i diritti sanciti dalla Convenzione e dai suoi protocolli sia una funzione attribuita in primo luogo agli Stati contraenti. Per quanto riguarda la procedura davanti alla Corte questa è contraddittoria e pubblica.

Dopo la presentazione del testo e l'attribuzione del caso ad una sezione, è un giudice a redigere un rapporto contenente un parere motivato sulla ricevibilità del ricorso e ad affidare poi il caso ad un Comitato o ad una Camera. Le Camere che si pronunciano sempre a maggioranza, sono abilitate ad analizzare anche i ricorsi individuali che un Comitato non ha dichiarato irricevibili.

⁹⁹ La funzione consultiva trova un importante limite all'articolo 47 della CEDU nel senso che la Corte può solamente « su richiesta del Comitato dei Ministri, fornire pareri consultivi su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli».

Con l'entrata in vigore del protocollo n° 11 la Camera ai sensi dell'articolo 30 della Convenzione, se ritiene che il ricorso di cui è investita sollevi importanti questioni relative all'interpretazione della CEDU o se individua il rischio di una contraddizione con una sentenza resa anteriormente dalla Corte, può deferire il caso alla Grande Camera che svolge quindi la funzione di «garantire la coerenza e la qualità della giurisprudenza e di permettere un riesame per i casi più importanti».

Inoltre al sensi dell'articolo 43 della CEDU ciascuna parte della controversia può chiedere «entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera».

La questione oggetto del ricorso, per essere accolta dal collegio di cinque giudici, deve sollevare «gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale».

Solo se ricorrono queste circostanze la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza.

2.5. La nozione di *jurisdiction* nella giurisprudenza della Corte EDU: dal caso Loizidou fino agli sviluppi più recenti.

L'applicabilità della CEDU ad atti riconducibili agli Stati parte ma posti in essere o produttivi di effetti nel territorio di uno Stato terzo è una questione controversa ed in continua evoluzione.

L'articolo 1 della Convenzione affermando che «le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo della presente Convenzione» individua nella *jurisdiction* degli Stati il limite dell'obbligo, gravante su di essi, di rispettare i diritti dell'uomo.

La Corte di Strasburgo non ha preso però una posizione chiara in merito; infatti se è vero che con la sentenza *Bankovic*¹⁰⁰ ha accolto una nozione di giurisdizione prevalentemente territoriale è altrettanto vero che le pronunce successive ampliano notevolmente le ipotesi di applicazione extraterritoriale della Convenzione.

Riguardo la nozione di *jurisdiction* e con riferimento all'applicazione extraterritoriale della Convenzione, la prima distinzione da fare è quella tra modello territoriale e modello personale. Il primo presuppone l'accertamento del controllo effettivo del territorio mentre il secondo si riferisce al controllo ed all'autorità da parte degli agenti statali. Nel modello personale non è importante prendere in considerazione l'elemento territoriale in quanto la nozione di *jurisdiction* è strettamente connessa all'autorità esercitata da un organo o un agente statale.

Accenniamo ora ad un importante precedente europeo circa il significato di *jurisdiction*: il caso *Bankovic*.

¹⁰⁰ Sentenza reperibile *online*.

In questo caso i ricorrenti, cittadini della Repubblica Federale di Jugoslavia, accusarono diciassette Stati parte della Convenzione e della NATO di aver violato il diritto alla vita dei loro familiari (articolo 2 CEDU) che vennero uccisi durante i bombardamenti della guerra del Kosovo.

I ricorrenti affermarono che la Convenzione dovesse ritenersi applicabile in quanto le vittime erano soggette alla giurisdizione e quindi all'effettivo controllo degli Stati accusati.

La prima decisione da prendere riguardava l'applicabilità della Convenzione ad una condotta posta in essere nel territorio di uno Stato terzo.

La Corte per risolvere la questione tenta di ricostruire la nozione di *jurisdiction* attenendosi alle regole stabilite dalla Convenzione di Vienna del 1969 sull'interpretazione dei trattati.

Occorreva quindi accertare il senso ordinario della frase “*within their jurisdiction*” contenuta nell'articolo 1 della Convenzione ed a tal proposito la Corte affermò che il testo era da intendersi nel senso che la giurisdizione statale debba essere territoriale e che il riconoscimento di una giurisdizione extraterritoriale debba avvenire in via eccezionale ed in casi particolari.

Per giungere a questa conclusione la Corte parte dalla connotazione territorialistica attribuita alla nozione dal diritto internazionale generale¹⁰¹ e si riferisce alla prassi degli Stati facendo particolarmente attenzione all'articolo 15 che al comma 1 prevede che « in caso di guerra

¹⁰¹ Paragrafo 59 della decisione: «As to the “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State's exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant State» .

o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale».

Questo ricorso non risulta però essere mai stato effettuato in circostanze di questa specie motivo per cui i convenuti obiettarono che dalla prassi degli Stati non era ricavabile nessun elemento a favore di un'applicabilità della Convenzione ad operazioni militari di Stati parte in territorio straniero.

Nel caso di specie quindi, non essendo la Repubblica Federale di Jugoslavia parte della Convenzione ed essendosi la violazione verificata su territorio straniero la Convenzione risulta inapplicabile.

La Corte nel 2001 con una decisione presa all'unanimità dalla Grande Camera ha dichiarato irricevibile il ricorso presentato dai cittadini serbi ribadendo che la Convenzione europea "opera essenzialmente in un contesto regionale e più particolarmente nello spazio giuridico dei Paesi contraenti, di cui la Repubblica serba non fa parte".

A causa di un difetto di giurisdizione la questione non fu portata avanti.

Anche se in questo caso è accolta e prediletta una nozione di *jurisdiction* prevalentemente territoriale la prassi della Corte mostra un orientamento verso l'applicazione extraterritoriale della Convenzione.

Analizziamo ora i casi principali in materia.

Il caso *Loizidou contro la Turchia*¹⁰² ha origine il 22 luglio del 1989 quando la cipriota Titina Loizidou presenta alla Corte un ricorso contro la Turchia per vedere riconosciuto il suo diritto a tornare a casa ed a prendere nuovamente possesso delle sue proprietà.

¹⁰² Sentenza sul caso *Loizidou contro Turchia* (Application no. 15318/89), reperibile *online*.

La donna nel 1974, a seguito dell'invasione Turca di Cipro, era stata costretta ad abbandonare la sua casa e da allora ogni suo tentativo di ritorno fu bloccato dalle forze armate turche che occupavano e controllavano la zona situata a nord di Cipro.

La Corte di Strasburgo ha accertato la violazione da parte della Turchia obbligandola alla restituzione dell'immobile e riconoscendo un risarcimento danni, a favore del richiedente, per il mancato godimento della sua proprietà. Con questa decisione, per la prima volta, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità extraterritoriale degli obblighi gravanti sulla Turchia estendendoli alla Repubblica Turca di Cipro del Nord e riconoscendo quindi la responsabilità Turca di garantire i diritti enunciati nella Convenzione.

Inizialmente la Turchia ha rifiutato di adempiere ai suoi obblighi e solo nel 2003 ha corrisposto alla ricorrente gli importi di compensazione.

Il caso *Issa e altri contro la Turchia*¹⁰³ è incentrato invece sull'applicabilità extraterritoriale della Convenzione quando il soggetto che subisce la violazione, viene a trovarsi sotto il controllo di uno Stato parte della Convenzione.

In questa circostanza, la Corte di Strasburgo ha il compito di esaminare un ricorso inoltrato dai familiari di alcuni pastori iracheni che lamentano l'uccisione e la tortura dei propri cari ad opera di militari turchi, nell'ambito di un operazione nella parte settentrionale dell'Iraq.

Il ricorso viene rigettato per mancanza di prove attestanti l'effettiva responsabilità dei militari turchi. Questo caso è rilevante nella nostra analisi non tanto per la decisione finale ma piuttosto perché appare come una revisione della decisione presa nel caso Bankovic.

¹⁰³ Sentenza sul caso *Issa e altri contro Turchia* (Application no. 31821/96), reperibile *online*.

La Corte considera uno Stato responsabile, oltre che nel caso in cui esercita militarmente un controllo effettivo su territorio straniero come nel caso *Loizidou*, anche in quello in cui ci troviamo di fronte a violazioni a danno di persone che, pur essendo in territorio straniero, sono sottoposte al suo controllo.

L'articolo 1 della Convenzione nel caso in cui, chi subisce la violazione si trovi sotto il controllo di uno Stato parte della Convenzione, va interpretato a favore dell'applicabilità extraterritoriale della stessa. In caso contrario si autorizzerebbero indirettamente gli Stati a commettere violazioni (che non avrebbero mai commesso nel proprio territorio) in Stati terzi senza essere sanzionati.

Il caso *Pad e altri contro la Turchia*¹⁰⁴ tratta invece dell'uccisione di pastori iraniani da parte di militari turchi durante un'operazione anti terrorismo.

La Corte, in merito all'ammissibilità del ricorso, ha ritenuto che «it is not required to determine the exact location of the impugned events given that the Government had already admitted that the fire discharged from the helicopters had caused the Killing of the applicants' relatives, who had been suspected of being terrorists»¹⁰⁵ e quindi, il fatto che la circostanza che le vittime fossero state uccise da colpi provenienti da elicotteri militari Turchi, bastasse per la constatazione della giurisprudenza Turca su quel territorio¹⁰⁶.

La Corte ha dichiarato ammissibili i ricorsi dei pastori iraniani relativi a violazioni subite in un territorio non direttamente sotto il controllo della

¹⁰⁴ Sentenza sul caso *Pad e altri contro la Turchia* (Application no.60167/00), reperibile *online*.

¹⁰⁵ Sentenza *Pad*, paragrafo 54.

¹⁰⁶ T. SCOVAZZI, I. PAPANICOLOPULU, S. URBINATI, *I diritti umani di fronte al giudice internazionale: atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 111.

Turchia applicando una nozione meramente personale (opposta quindi a quella territoriale) del concetto di *jurisdiction*.

La Corte però non si è mai pronunciata sul merito in quanto il ricorso è stato ritenuto irricevibile per mancato esaurimento dei ricorsi interni.

Un *leading case* in materia di applicazione extraterritoriale della Convenzione è il caso *Al-skeini e altri contro il Regno Unito*¹⁰⁷ risolto dalla Corte con la sentenza del 7 Luglio 2011.

La Corte fu adita da sei cittadini iracheni che lamentavano l'assenza di adeguate indagini da parte delle autorità del Regno Unito in relazione alla morte di alcuni familiari durante delle operazioni militari capeggiate dai britannici in territorio Iracheno responsabili della sicurezza del territorio.

Nel 2003 terminarono le operazioni militari e le potenze di occupazione (Regno Unito e Stati Uniti) che avevano il controllo dell'area crearono una coalizione di autorità provvisoria che permise alle potenze di esercitare provvisoriamente l'autorità su quel territorio fino al 2004 quando la stessa fu trasferita al governo provvisorio iracheno.

In questa circostanza la Corte di Strasburgo si pronunciò in senso favorevole all'applicazione extraterritoriale della Convenzione facendo riferimento sia al modello personale della *jurisdiction*, sia a quello territoriale in quanto il Regno Unito essendo uno Stato occupante esercitava poteri sovrani.

Secondo la Corte, in circostanze eccezionali come ad esempio quella in cui uno Stato parte eserciti un controllo effettivo sul territorio di un Paese terzo, la Convenzione può essere applicata anche in territori diversi da quelli degli Stati parte.

Infine, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito al caso *Jaloud contro i Paesi Bassi*¹⁰⁸ appare molto rilevante ai fini della

¹⁰⁷ Sentenza sul caso *Al-skeini e altri contro Regno Unito*, (Application no.55721/07) reperibile *online*.

nostra analisi in quanto segna una profonda evoluzione in materia di applicazione extraterritoriale della CEDU nell'ambito delle missioni militari all'estero.

Il caso in esame ha origine dal ricorso per violazione dell'articolo 2 della Convenzione presentato dal padre di Azhar Sabah Jaloud, un cittadino iracheno ucciso da un militare olandese in Iraq.

L'indagine dell'autorità giudiziaria olandese fu archiviata in breve tempo in quanto, secondo le ricostruzioni degli organi inquirenti, il figlio del ricorrente aveva forzato un posto di blocco vicino alla città di Bassora presieduto da militari olandesi suscitando la reazione dei militari. Il militare aveva quindi agito in legittima difesa e nell'esercizio delle sue funzioni.

Il ricorrente qualifica i fatti avvenuti come una violazione dell'articolo 2 della Convenzione ma lo Stato convenuto fin dall'inizio sostenne fortemente l'inapplicabilità della CEDU al caso di specie in quanto i Paesi Bassi, avendo inviato in Iraq solamente degli aiuti alle operazioni della SFIR guidata da Regno Unito e Stati Uniti, non erano qualificabili come potenza occupante¹⁰⁹. I Paesi Bassi basavano la propria difesa sul fatto che non avevano giuridicamente lo *status* di potenza occupante e quindi nemmeno il controllo effettivo del territorio.

I giudici di Strasburgo considerarono lo *status* giuridico di potenza occupante non determinante ai fini della risoluzione del caso ed evidenziarono che, pur essendo coinvolti in un'operazione militare multinazionale ed avendo quindi ceduto l'*operational control* al Regno Unito, i Paesi Bassi hanno sempre mantenuto il *full command* ovvero sia l'ultimo livello di autorità sulle loro truppe.

¹⁰⁸ Sentenza sul caso *Jaloud contro Paesi Bassi* (Application no. 47708/08), reperibile *online*.

¹⁰⁹ L'aerea dove si sono verificati i fatti era formalmente sotto il controllo del Regno Unito.

Per ciò che concerne la questione del controllo effettivo del territorio la Corte lo determinò sulla base dell'istituzione del posto di blocco dove i Paesi Bassi, mediante l'esercizio dell'autorità e del controllo sulle persone che transitavano, esercitavano la propria giurisdizione.

E importante sottolineare che nel caso in esame la Corte non ha giudicato nel merito o sulla legittimità degli atti compiuti dai militari ma ha solo accertato che non sono state portate avanti indagini adeguate in conformità alla Convenzione che obbliga ad effettuare indagini effettive sulle violazioni del diritto alla vita.

Il problema principale fu che gli organi competenti si limitarono a verificare che il militare olandese avesse agito in legittima difesa non considerando però la proporzionalità nell'uso della forza impiegata.

Di qui scaturisce la violazione degli obblighi procedurali derivanti dall'articolo 2 ed il conseguente obbligo per i Paesi Bassi di corrispondere venticinquemila euro a titolo di riparazione di danni morali.

Con questa sentenza la Corte di Strasburgo vuole incitare gli Stati contraenti ad agire *ex ante*, controllando effettivamente i propri militari per evitare di trovarsi a dover agire in seguito ad una condanna per violazioni dei diritti alla vita.

Dopo aver analizzato la giurisprudenza della Corte EDU, considerata più rilevante in relazione alla nostra analisi, possiamo affermare che la nozione di *jurisdiction* è oggi da intendersi sempre di più in senso "extraterritoriale".

CAPITOLO TERZO

Il principio di *non refoulement* e la sua applicazione extraterritoriale.

3.1 Analisi del principio di *non refoulement* nella Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951 e nel suo Protocollo opzionale del 1967.

Il principio di *non refoulement* costituisce, nel panorama giuridico internazionale contemporaneo, il più importante ed efficiente dispositivo per la protezione dei richiedenti asilo¹¹⁰.

Il fenomeno dei richiedenti asilo, riguardante tutti coloro che cercano rifugio in uno Stato diverso da quello di provenienza per sfuggire a trattamenti inumani e persecuzioni politiche, ha aumentato notevolmente le sue dimensioni a causa dei radicali mutamenti politici del dopoguerra. La tutela dei diritti dei richiedenti asilo è prevista, in linee generali, dall'art.14 della dichiarazione universale dei diritti umani il quale afferma che «ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni».

Il principio di *non refoulement* è codificato, per la prima volta, nella Convenzione di Ginevra¹¹¹ relativa allo *status* dei Rifugiati del 1951 ed “universalizzato” nel Protocollo opzionale del 1967 che, come sottolineeremo più avanti, abolisce i limiti geografici della Convenzione espressi all' art. 1 (B).

La Convenzione di Ginevra ha però un precursore: la Convenzione del 1933 sullo statuto internazionale dei rifugiati, adottata nell'ambito della

¹¹⁰ F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani, l'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 378 ss.

¹¹¹ *Convenzione di Ginevra sullo statuto dei Rifugiati*, 1951, reperibile online.

Società delle Nazioni. L'art. 3 ampliava notevolmente la portata del principio includendo anche la "non admittance at the frontier".

Successivamente, il 10 febbraio del 1938 venne adottata un'altra Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati provenienti dalla Germania. La stessa, all'art. 5 riprendeva quanto detto dalla precedente Convenzione all'art. 3.

Il problema degli strumenti citati consisteva in una restrizione nella definizione di rifugiato strettamente collegata al criterio della nazionalità.

Dopo la seconda guerra mondiale, a causa di un numero sempre crescente di rifugiati, si sentì la necessità di adottare un nuovo strumento in grado di poter controllare e regolamentare il fenomeno in questione.

Proprio a tal fine, con risoluzione 429 (V) del 14 dicembre 1950 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite convocò una Conferenza dei plenipotenziari delle Nazioni Unite sullo *status* dei rifugiati ed apolidi che si concluse con l'adozione del testo della Convenzione.

Non appena iniziarono i lavori preparatori della Convenzione di Ginevra si pose la questione se inserire o meno un riferimento all'art.3 della Convenzione del 1933.

A tal proposito il rappresentante svizzero si mostrò deciso nel considerare il *non refoulement* applicabile solamente nei confronti di coloro che avessero già fatto ingresso nello Stato¹¹².

A causa dei diversi orientamenti degli Stati non si giunse mai all'unanimità sulla questione e si privilegiò la scelta più semplice: non ammettere le richieste degli asilanti che si fossero presentati alle frontiere.

Si formulò quindi l'art. 33 come segue:

¹¹² F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 339.

«Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

Quindi, tutte le volte in cui il richiedente asilo rischi, in caso di respingimento, una violazione dei propri diritti fondamentali universalmente riconosciuti, gli Stati firmatari della Convenzione hanno, ai sensi dell'art. 33 della Convenzione, l'obbligo di accogliere gli stranieri in pericolo.

A proposito della già citata problematica concernente il respingimento alla frontiera è importante fare qualche riflessione in più.

Un'analisi dell'art.33, così come enunciato in lingua francese¹¹³, sembra essere orientata verso un'estensione applicativa del principio di *non refoulement*.

Analizzando con attenzione la terminologia adoperata i due termini chiave sono *refouler* che corrisponde a “respingere” ed *expulsera*. Questa formulazione, ricomprendendo al suo interno la fattispecie dell'allontanamento dello straniero già presente sul territorio dello Stato, sembrerebbe includere anche il non respingimento alla frontiera. Inoltre non possiamo non considerare che il principio in esame fonda la sua *ratio* nella necessità di difendere un valore di estrema rilevanza che, per la sua stessa natura, non può in alcun modo essere intaccato dalle circostanze riguardanti la componente territoriale della fattispecie concreta¹¹⁴.

Per ultimo dobbiamo prendere in considerazione la prassi degli Stati.

¹¹³ «Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques».

¹¹⁴ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 345.

In tal senso possiamo constatare che la maggior parte degli strumenti internazionali¹¹⁵ volti alla protezione dei rifugiati, emanati dopo il 1951, include espressamente, nel principio di *non refoulement*, il respingimento alla frontiera.

Alla luce di ciò possiamo affermare che il divieto di *refoulement*, riguarda sia i rifugiati già presenti sul territorio sia coloro che sono alle frontiere.

Quest'analisi potrebbe però essere irrilevante se si considera che, nella maggior parte dei casi, i richiedenti asilo si trovano fisicamente in luoghi, come ad esempio porti o aeroporti, che fanno parte del territorio dello Stato in questione e sono quindi soggetti alla sua giurisdizione¹¹⁶.

Il secondo comma dell'art. 33 stabilisce le eccezioni a questo obbligo affermando che lo stesso può non essere fatto valere da un rifugiato nel caso in cui «per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese».

Trattandosi di eccezioni previste in deroga ad un principio di carattere fondamentale, la dottrina propende verso un'interpretazione restrittiva delle stesse.

La questione si pose fin dai lavori preparatori della Convenzione quando, ai fini dell'obiettività, si discusse in merito all'applicazione del principio di proporzionalità. Questo doveva servire da parametro di valutazione per relazionare la gravità del pericolo ai danni del rifugiato respinto e la minaccia alla sicurezza dello Stato in caso di non respingimento. Solo nel caso di prevalenza del primo elemento sul

¹¹⁵ Si vedano ad esempio: la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale, i Principi Concernenti il Trattamento dei Rifugiati del Comitato Consultivo Afro-Asiatico, la Convenzione africana del 1969 e la Dichiarazione di Cartagena del 1984.

¹¹⁶ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 346.

secondo si sarebbe potuto parlare di una violazione del divieto di *refoulement*¹¹⁷.

L'applicazione di questa disposizione richiede, da parte del paese nel quale il richiedente asilo si trova, un'analisi di ogni singolo caso al fine di verificare la sussistenza di una delle due fattispecie previste dal secondo comma dell'art. 33.

Per poter individuare correttamente i soggetti aventi diritto alla protezione dal *refoulement* è opportuno chiarire la definizione di rifugiato.

In base all'art.1 A della Convenzione di Ginevra del 1951, incorporato anche nell'art.1 del Protocollo, è da intendersi come rifugiato una persona «che temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra».

Per ciò che concerne l'ambito di applicazione, questo divieto è applicabile a ogni forma di trasferimento forzato, compresi deportazione, espulsione, estradizione, trasferimento informale e non ammissione alla frontiera. È importante sottolineare che questo principio non implica, in alcun modo, il diritto di un individuo ad ottenere l'asilo in uno Stato ma significa che gli Stati sono obbligati a trovare una soluzione diversa dal trasferimento dell'individuo in uno Stato dove i suoi diritti fondamentali potrebbero essere violati. Può ad esempio seguire la via del trasferimento del richiedente asilo in uno Stato terzo considerato sicuro e pronto per l'accoglienza e la protezione del soggetto. Questo obbligo si

¹¹⁷ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 392.

applica in ogni luogo in cui lo Stato in questione eserciti la sua giurisdizione. Il principio di *non refoulement* è fondamentale nell'ambito della protezione internazionale dei rifugiati e come tale è inderogabile¹¹⁸. Di estrema rilevanza, ai fini dell'universalizzazione del principio in esame e quindi di un'effettiva e completa protezione del rifugiato, appare essere il Protocollo opzionale del 1967.

La Convenzione di Ginevra è nata in un contesto storico caratterizzato dall'eurocentrismo e dalle difficoltà post belliche per soddisfare determinate esigenze, *in primis* una regolamentazione dell'accoglienza dei rifugiati. Non sorprende quindi che la stessa più che codificare un diritto volto alla tutela del rifugiato, si concentri sulla previsione di un obbligo di accoglienza per gli Stati firmatari.

Il limite di natura geografica della Convenzione è possibile rinvenirlo nel testo all'art. 1 (B) il quale stabiliva che la definizione di rifugiato poteva riferirsi agli avvenimenti verificatisi prima del 1951 nella sola Europa.

Per far fronte a questa problematica nel 1964 l'Alto Commissario Schinder convocò un gruppo di 12 esperti in veste di rappresentanti dei loro Paesi di provenienza (Algeria, Colombia, Francia, Ghana, Ungheria, India, Italia, Norvegia, Svizzera, Regno Unito, Stati Uniti e Jugoslavia)

che si riunirono a Bellagio dal 21 al 28 Aprile del 1965 e, nell'ambito del "Colloquium on Legal Aspects of Refugee Problems", decisero di abolire i limiti geografici tramite l'adozione di un Protocollo aggiuntivo¹¹⁹.

¹¹⁸ A tal proposito l'art. 42 della Convenzione del 1951 e l'art. VII del Protocollo del 1967 stabiliscono che per l'art.33 non sono ammesse riserve.

¹¹⁹ La rimozione del limite interessa tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione del 1951 prima del 1967.

3.2 Il principio di *non refoulement* nel diritto internazionale consuetudinario.

L'art 38 (1) (b) dello Statuto della corte internazionale di giustizia indica “la consuetudine internazionale, in quanto prova di una pratica generale accettata come diritto”, come una delle fonti di diritto che si applica al momento di decidere su dispute, in conformità con il diritto internazionale¹²⁰.

Possiamo affermare che una norma fa parte del diritto internazionale consuetudinario quando sono presenti due elementi: la *diuturnitas* ovvero una coerente pratica da parte degli Stati e *l'opinio juris sive necessitatis* ovvero la convinzione da parte degli Stati che questa pratica si obbligatoria, cioè richiesta dal diritto.

Nel caso in esame l'UNHCR ha ritenuto soddisfatti i due criteri qualificando quindi il principio di *non refoulement* come una norma di diritto internazionale consuetudinario vincolante anche per gli Stati che non siano parti delle Convenzioni che contemplano suddetto obbligo¹²¹.

La veridicità di quanto detto è possibile constatarla dalla prassi applicativa degli Stati i quali, in diverse occasioni, hanno agito riconoscendo la natura vincolante del principio.

Ad esempio, la Corte d'Appello della Nuova Zelanda nella risoluzione del caso *Zaoui v. Attorney General* al paragrafo 34 afferma che:

«The prohibition on refoulement, contained in art 33.1 of the Refugee Convention, is generally thought to be part of customary international

¹²⁰ In UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1976*, Ginevra, 26.01.07.

¹²¹ In UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law: Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*, reperibile *online*.

law, the (unwritten) rules of international law binding on all States, which arise when States follow certain practices generally and consistently out of a sense of legal obligation».

La natura vincolante del principio è stata riconosciuta anche da alcuni Paesi che non sono parti della Convenzione di Ginevra; ricordiamo ad esempio la decisione dell'Alta Corte di Gujarat in India la quale, nel 1998, stabilì che due rifugiati iracheni non potessero essere respinti nel loro paese a causa della presenza di problemi di sicurezza.

A favore della classificazione del principio come norma di diritto internazionale consuetudinario, in una dichiarazione adottata a conclusione del Meeting ministeriale degli Stati parte tenutosi il 12 e 13 dicembre 2001 e successivamente avallata dall'Assemblea Generale, gli Stati parte della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 hanno riconosciuto «... la continua rilevanza e resilienza di questo regime internazionale di diritti e principi, compreso nel suo nucleo centrale il principio di *non refoulement*, la cui applicabilità è inserita appieno nel diritto internazionale consuetudinario¹²²».

È importante ricordare che il consolidamento della norma di natura consuetudinaria, pur discendendo dalla Convenzione di Ginevra del 1951, ha avuto luogo grazie all'inserimento dell'obbligo di *non refoulement* in numerose convenzioni sui diritti umani¹²³.

A proposito della natura cogente del principio, la stessa è rinvenibile nella Dichiarazione di Cartagena del 1984 sui rifugiati la quale, al paragrafo 5 della sezione III, ribadisce «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» ed afferma che «this principle is imperative in regard to refugees and in

¹²² C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 296.

¹²³ F. LENZERINI, *op. cit.*, cit. p. 382.

the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of *jus cogens*».

Dello stesso avviso è anche il Comitato Esecutivo dell'UNHCR il quale nel 1982 riconobbe che il principio stava “progressively acquiring the character of a peremptory rule of International law” e nel 1996 statuì che “ the principle of *non refoulement* is not subject to derogation”¹²⁴.

Partendo dalla considerazione che il Comitato Esecutivo dell'UNHCR è composto dai rappresentanti degli Stati membri delle Nazioni Unite, possiamo affermare che quanto statuito dallo stesso Comitato può essere interpretato come una manifestazione dell' *opinio juris* della comunità internazionale nel suo insieme.

Non possiamo non osservare che quasi sempre si chiede ad uno Stato di attuare il principio di *non refoulement* nelle circostanze in cui i richiedenti, se respinti verso il loro paese d'origine, sono esposti a forti rischi di incorrere in un trattamento, come ad esempio la tortura¹²⁵, che integri la violazione di un precetto di *jus cogens*.

Il solo fatto che una sua violazione implicherebbe un'infrazione di una norma di *jus cogens* può bastare ad individuare la natura cogente del principio in esame.

¹²⁴ F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 384.

¹²⁵A tal proposito, ricordiamo che il divieto di tortura è una norma imperativa di diritto internazionale e include al suo interno il divieto di *refoulement*; impone quindi tutti gli Stati un divieto assoluto di rinvio forzato di un individuo verso un territorio nel quale sussiste un rischio reale di tortura.

3.3 L'extraterritorialità del principio di *non refoulement*: Il parere consultivo dell'UNHCR.

Prima di vedere le posizioni assunte dall' UNHCR è opportuno fare un cenno alle sue origini ed alle sue funzioni.

L'UNHCR è un organo sussidiario dell'Assemblea generale dell'ONU istituito con la risoluzione n.428/V del 14 dicembre 1950.

L'art.1, comma 1, del suo Statuto nell'affermare che «l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati che agisce sotto l'autorità dell'Assemblea Generale, assume funzioni di protezione internazionale, sotto gli auspici delle Nazioni Unite, per quanto concerne i rifugiati che rientrano nel quadro del presente Statuto, e di ricerca di soluzioni permanenti del problema dei rifugiati, aiutando i Governi e – previa approvazione dei Governi interessati – le organizzazioni private per facilitare il libero rimpatrio di tali profughi o la loro assimilazione in nuove comunità nazionali» ne evidenzia la funzione generale ovvero quella di provvedere alla protezione del rifugiato.

È importante sottolineare l'obbligo per gli Stati parti della Convenzione di Ginevra nel 1951 sancito all'art. 35 della Convenzione, il quale afferma che «gli Stati Contraenti s'impegnano a cooperare con l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, o con qualsiasi altra istituzione delle Nazioni Unite che dovesse succedergli, nell'esercizio delle sue funzioni e a facilitare in particolare il suo compito di sorveglianza sull'applicazione delle disposizioni della presente Convenzione. Allo scopo di permettere all'Alto Commissario o a qualsiasi altra istituzione delle Nazioni Unite che dovesse succedergli di presentare rapporti agli organi competenti delle Nazioni Unite, gli Stati Contraenti s'impegnano a fornire loro, nella forma appropriata, le informazioni e le indicazioni statistiche richieste circa: a) lo statuto dei rifugiati; b) l'esecuzione della presente Convenzione, e c) le leggi, le

ordinanze e i decreti che sono o entreranno in vigore per quanto concerne i rifugiati».

Possiamo quindi dedurre la notevole importanza attribuita all'organismo che può essere qualificato come il guardiano della Convenzione del 1951. L'UNHCR, nel corso della sua attività si è frequentemente riferito al principio di *non refoulement*, soprattutto nelle conclusioni del comitato esecutivo¹²⁶ e nei suoi pareri.

Vediamo ora in che modo questo organismo ha affrontato le questioni attinenti al principio in esame.

L'importanza dell'obbligo di *non refoulement* fu affermata già nel 1977, anno in cui l'ExCom nella Conclusione n.6 (XXVIII) affermò «the fundamental importance of the observance of the principle of non-refoulement – both at the border and within the territory of a State of persons who may be subjected to persecution if returned to their country of origin irrespective of whether or not they have been formally recognized as refugees».

Due anni dopo, l'ExCom nella Conclusione n.15 (XXX), affermando che «action whereby a refugee is obliged to return or is sent to a country where he has reason to fear persecution constitutes a grave violation of the recognized principle of non-refoulement», ha riconosciuto il principio in esame come principio generale.

Per quanto riguarda il suo valore cogente, lo stesso è stato affermato, per la prima volta nel 1982 dall'ExCom, il quale nella Conclusione n.25(XXXIII) «reaffirmed the importance of the basic principles of international protection and in particular the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law».

¹²⁶ D'ora in avanti ExCom.

Nel 2005 l' ExCom, nella Conclusione n.103(LVI), «affirms that relevant international treaty obligations, where applicable, prohibiting *refoulement* represent important protection tools to address the protection needs of persons who are outside their country of origin and who may be of concern to UNHCR but who may not fulfil the refugee definition under the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol; and *calls upon* States to respect the fundamental principle of *non-refoulement*».

In risposta ad una richiesta posta all'UNHCR¹²⁷ circa la sua posizione in merito all'extraterritorialità del principio di *non refoulement*, l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati ha redatto un parere consultivo nel quale, dopo un'enunciazione degli obblighi di *non refoulement* da parte degli Stati firmatari della Convenzione nei confronti dei rifugiati e dei richiedenti asilo, definisce chiaramente la sua posizione in merito all'applicazione extraterritoriale di suddetti obblighi. Vediamo ora come si è espresso l'UNHCR in merito all'applicabilità extraterritoriale del principio di *non refoulement* in base alla Convenzione di Ginevra del 1951 e del suo Protocollo opzionale del 1967.

Per potere interpretare correttamente la norma in esame, l'UNHCR si serve dei criteri interpretativi stabiliti dalla Convenzione di Vienna del 1969. È necessario quindi esaminare il significato dei termini dell'art.33 della Convenzione di Ginevra del 1951 tenendo presente il contesto, l'oggetto e lo scopo del trattato che li contiene.

¹²⁷ Ricordiamo che, come stabilito dal suo statuto, l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati che agisce sotto l'autorità dell'Assemblea Generale «assume funzioni di protezione internazionale, sotto gli auspici delle Nazioni Unite, per quanto concerne i rifugiati che rientrano nel quadro del presente Statuto, e di ricerca di soluzioni permanenti del problema dei rifugiati, aiutando i Governi e – previa approvazione dei Governi interessati – le organizzazioni private per facilitare il libero rimpatrio di tali profughi o la loro assimilazione in nuove comunità nazionali».

L'obbligo, così come formulato nell'art.33, non sembra essere soggetto ad una restrizione geografica relativa al paese dal quale il rifugiato viene rinvio. Al contrario vi è invece una restrizione in relazione al paese in cui un rifugiato non può essere inviato: “nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate ...”.

Possiamo affermare quindi che, da un'analisi interpretativa dell'articolo in questione, emerge che l'ambito *ratione loci* della disposizione sul principio di *non refoulement* non è limitato al territorio di uno Stato.

Nel parere l'UNCHR afferma esplicitamente che l'obbligo è valido fin dove lo Stato esercita la propria giurisdizione: “the decisive criterion is not whether such persons are on the State's territory, but rather, whether they come within the effective control and authority of that State”.

Come abbiamo detto in precedenza, nell'interpretazione di una norma è fondamentale guardare all'oggetto ed allo scopo della Convenzione che la contiene. A tal proposito emerge chiaramente che un'interpretazione volta a non estendere l'obbligo di *non refoulement* ad uno Stato che agisce fuori dal proprio territorio sarebbe incoerente ed in contrasto con l'oggetto e lo scopo¹²⁸ della Convenzione del 1951 e del suo Protocollo opzionale del 1967.

Nel suo parere, l'UNHCR ha inoltre affermato che una limitazione dell'ambito di applicazione dell'art.33 sarebbe in contrasto con la prassi applicativa degli Stati.

In seguito alla Convenzione del 1951 gli Stati hanno redatto numerosi strumenti internazionali volti alla protezione dei rifugiati e dei diritti umani ed in nessun caso sono presenti delle restrizioni territoriali dell'obbligo di *non refoulement*¹²⁹.

¹²⁸ Affermati nei primi due paragrafi del Preambolo della Convenzione.

¹²⁹ Ad esempio la Convenzione dell'OUA del 1969 e la Convenzione Americana sui diritti umani del 1969.

L'UNHCR, nell'interpretazione dell'ambito territoriale dell'art.33 della Convenzione di Ginevra del 1951, ritiene di fondamentale importanza prendere in considerazione il diritto internazionale dei diritti umani.

L'interpretazione dell'art. 33 deve quindi essere coerente (e mai in contrasto) con gli sviluppi del diritto internazionale dei diritti umani.

Abbiamo già visto nel paragrafo precedente che l'applicabilità extraterritoriale dei trattati sui diritti umani è stabilita a livello universale e regionale.

Nell'ambito regionale, nel già citato caso *Issa and Ors v. Turkey*, la Corte di Strasburgo ha ribadito che «a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully - in the latter State».

In conclusione, nel suo parere, l'UNHCR ritiene che uno Stato sia vincolato dal suo obbligo derivante dall'art. 33 della Convenzione del 1951 di non rinviare i rifugiati verso un rischio di persecuzione *ovunque* esso eserciti la propria effettiva giurisdizione; il criterio decisivo è quindi che i rifugiati si trovino non nel territorio dello Stato ma sotto l'effettivo controllo dello stesso.

3.4 Il principio di *non refoulement* nella giurisprudenza di Strasburgo.

La CEDU, pur contenendo diverse disposizioni a tutela dei diritti degli stranieri, non prevede nessuna norma specifica sul *non refoulement*. Tuttavia, l'intensa attività di interpretazione dei giudici di Strasburgo ha permesso di rinvenire il fondamento normativo del principio di *non refoulement* nel testo dell'art. 3 della CEDU che sancisce il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti.

L'opera di interpretazione del diritto degli stranieri in ambito CEDU è stata avviata dalla sentenza sul caso *Soering c. Regno Unito*¹³⁰ in cui la Corte di Strasburgo è stata chiamata in causa per decidere circa la compatibilità con l'art.3 della decisione del Regno Unito di estradare verso un Paese terzo (Stati Uniti), un cittadino tedesco accusato di duplice omicidio.

La Corte EDU si pronunciò a favore di un'incompatibilità in quanto l'extradizione avrebbe portato l'imputato verso l'esecuzione di una pena capitale che avrebbe a sua volta presupposto la permanenza del cittadino tedesco nel c.d. corridoio della morte, da considerarsi alla stregua di un trattamento disumano e degradante¹³¹.

Il divieto sancito dall'art.3 ha natura assoluta e deve quindi essere obbligatoriamente rispettato.

Nel caso in esame lo stesso si riflette sul divieto di *refoulement* che risulta quindi derivato proprio dall'art.3.

Un elemento innovativo di questa sentenza è l'introduzione della responsabilità indiretta, anche nota come "par ricochet", derivante

¹³⁰ Decisione resa sul caso *Soering c. Regno Unito* reperibile online.

¹³¹A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement* in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Università degli Studi di Perugia Dipartimento di Diritto Pubblico, Studi e Ricerche 2, Jovene editore 2012, p.224 ss.

dall'esposizione di uno straniero a trattamenti inumani e degradanti come conseguenza di un provvedimento di respingimento verso uno Stato terzo.

Viene stabilito quindi che ogniqualvolta in cui a seguito dell'allontanamento uno straniero rischi di essere esposto a trattamenti vietati dall' art. 3, la terzietà della CEDU dello Stato (terzo) cui si imputano i maltrattamenti, non sia idonea ad escludere *sic et simpliciter* la responsabilità dello Stato parte della CEDU¹³².

È interessante notare come l'interpretazione del principio di *non refoulement* ad opera della Corte EDU si differenzia dalla definizione dello stesso ai sensi dell' art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951.

Originariamente infatti il divieto di *refoulement* era associato ad una determinata categoria di persone, i rifugiati. La Corte EDU elimina qualsiasi distinzione tra cittadino e straniero e, in un'ottica umanitaria, tutela l'individuo in quanto persona titolare di diritti fondamentali.

L'interpretazione della Corte elimina inoltre tutte le eccezioni previste dal secondo comma dell' art. 33 della Convenzione del 1951. Il divieto di *refoulement* appare quindi essere assoluto.

Vediamo ora come viene affrontato il *refoulement* indiretto nel divieto di tortura nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Una sentenza rilevante in tema di espulsioni è quella relativa al caso *Said c. Olanda*¹³³.

Un cittadino eritreo temeva che, a seguito della sua espulsione dai Paesi Bassi in Eritrea, sarebbe potuto diventare vittima di trattamenti inumani e degradanti. Lamentava quindi una violazione dell'art. 3 della CEDU.

Il ricorrente riuscì ad evadere dal suo paese d'origine e nel 2001 fece domanda d'asilo nei Paesi Bassi dichiarando di essere tenuto sott'occhio dalle autorità militari che lo avevano precedentemente arrestato. Il 23

¹³² A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 225.

¹³³ Decisione resa sul caso *Said c. Olanda*, reperibile *online*.

maggio del 2001 il rappresentante del Ministero della Giustizia rifiutò la richiesta d'asilo in quanto il ricorrente si mostrò incapace di dimostrare la sua identità e la veridicità delle sue dichiarazioni.

Nella sentenza relativa al caso la Corte stabilì che, anche se non presentato direttamente dal ricorrente, il materiale o meglio le prove idonee a dimostrare che l'uomo era un disertore e che quindi avrebbe potuto essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 della CEDU in caso di espulsione, erano chiare e sufficienti. Proprio in ragione dei trattamenti inflitti ai disertori in Eritrea (detenzione priva di qualsiasi mezzo di comunicazione, esposizione ad altissime temperature) la Corte riconobbe nell'espulsione del richiedente in Eritrea una violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo, sempre in merito alle violazioni dell' art. 3 della CEDU, è quella del caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*¹³⁴.

Il ricorrente è un cittadino afghano che dopo aver abbandonato il suo paese d'origine in quanto esposto a gravi rischi di ritorsione da parte delle forze antigovernative locali, si trasferì ad Atene dove, in attesa di un ordine di espulsione, venne internato in un centro di detenzione.

Dopo essere stato rilasciato con l'intimazione di fare ritorno in Afganistan, decide di rifugiarsi in Belgio e di presentare una richiesta di asilo politico.

Le autorità belghe però, rifacendosi al regolamento Dublino II del 18 febbraio 2003¹³⁵, trasferiscono nuovamente il ricorrente in Grecia.

Qui viene condotto in un centro per i richiedenti asilo e viene rilasciato, dopo quattro giorni, con un permesso di soggiorno temporaneo. Il

¹³⁴ Decisione sul caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, reperibile *online*.

¹³⁵ Norma di diritto derivato dell'Unione europea, che stabilisce i meccanismi ed i criteri per la determinazione dello Stato membro competente per l'esame delle domande di asilo presentate in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo.

ricorrente, per paura di essere rinvio verso il suo paese d'origine, non completa le pratiche e prova a lasciare, con documenti falsi, il territorio greco ma viene arrestato e collocato, per altri sette giorni, nel centro per i richiedenti asilo. Il ricorrente lamenta di essere stato esposto, per tutto il periodo di detenzione, a trattamenti inumani e degradanti e quindi di essere stato vittima di una violazione dell' art. 3 posta in essere prima dalla Grecia e poi dal Belgio.

Per ciò che concerne la presunta violazione da parte della Grecia la Grande Camera, con sedici voti favorevoli ed uno contrario, riconobbe la violazione dell' art. 3 della CEDU considerando che «the Greek authorities have not had due regard to the applicant's vulnerability as an asylum-seeker and must be held responsible, because of their inaction, for the situation in which he has found himself for several months, living on the street, with no resources or access to sanitary facilities, and without any means of providing for his essential needs».

I giudici aggiunsero che la responsabilità dello Stato poteva essere esclusa nel caso in cui le autorità nazionali si fossero prese carico tempestivamente della richiesta del ricorrente o, in caso contrario avessero provveduto a garantire le esigenze primarie ed essenziali.

Per ciò che concerne le doglianze nei confronti del Belgio, la Grande Camera è stata interpellata a determinare se il Belgio, trasferendo nuovamente il ricorrente in Grecia in applicazione del Regolamento Dublino II, si fosse reso indirettamente responsabile delle violazioni dell'art.3 della CEDU di cui era stata accusata la Grecia.

Belgio e Gran Bretagna¹³⁶ sottolinearono che, in conformità con il Regolamento Dublino II, vige il principio secondo cui è valida la presunzione prevista nel preambolo: «gli Stati membri, tutti rispettosi del

¹³⁶ *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece*, (Application no. 30696/09), , Strasbourg, 21 January 2011, §§ 330, 331.

principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi».

La Grande Camera non ha però ritenuto ciò sufficiente per escludere la responsabilità del Belgio e, a favore della sua decisione ha citato la c.d. *sovereignty clause* contenuta nel Regolamento Dublino II, il quale all'art. 3 stabilisce che «ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento. In tale ipotesi, detto Stato membro diventa lo Stato membro competente ai sensi del presente regolamento e assume gli obblighi connessi a tale competenza».

Applicando questa clausola al caso in esame, il Belgio diventa responsabile per il procedimento di asilo e assume quindi tutti gli obblighi che inizialmente erano a carico della Grecia.

In merito a questa questione, i giudici europei conclusero che gli Stati Europei non possono applicare automaticamente il Regolamento ma devono assicurarsi che lo Stato di destinazione agisca in maniera conforme all'art.3 della CEDU.

Nel caso specifico, l'UNHCR, inviò una lettera al ministro dell'immigrazione Belga all'interno della quale, espresse la propria preoccupazione circa il respingimento del richiedente in Grecia ed esortò il Governo a non agire in applicazione del Regolamento Dublino II.

Dopo aver fatto questa serie di considerazioni, la Grande Camera, con sedici voti a favore ed uno contro, ha riconosciuto la violazione da parte del Belgio in quanto lo stesso era a conoscenza delle carenze del sistema di asilo Greco e avrebbe dovuto agire di conseguenza.

A partire dai primi anni del nuovo secolo, a causa soprattutto dell'espansione del fenomeno del terrorismo internazionale, si è diffuso un clima di insicurezza che ha portato al ridimensionamento, da parte degli Stati, della portata dell'obbligo di *non refoulement*.

Tutto ciò ha portato gli Stati ad adottare delle decisioni poco conformi con il rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri.

Uno Stato che ha più volte violato gli obblighi della Convenzione è l'Italia che, in più occasioni, ha adottato provvedimenti di espulsione a danno di cittadini tunisini non rispettosi dell'obbligo di *non refoulement*.

Il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *Saadi c. Italia*¹³⁷ risolto nel 2008 a favore di un cittadino tunisino accusato di reati connessi al terrorismo internazionale.

Considerato che è “notorio” che in Tunisia le persone sospettate di attività terroristiche, in particolare legate all'integralismo islamico, vengono spesso torturate e quindi sottoposte a trattamenti inumani e degradanti, il respingimento da parte dell'Italia del cittadino tunisino è da ritenersi contrario all'art. 3 della CEDU.

La principale argomentazione della Grande Camera riguardava il carattere non relativo dell'obbligo in questione che non può essere quindi temperato nemmeno in casi gravi, come ad esempio quello di una minaccia terroristica.

Con questa sentenza la Corte EDU ha affermato chiaramente che la gravità dei reati commessi dallo straniero, e quindi la sua pericolosità sociale per lo Stato in cui si trova, non può, in alcun modo, giustificare la sottoposizione a pratiche inumane e degradanti dello stesso nel Paese verso cui è espulso¹³⁸.

L'inarrestabile evoluzione del fenomeno migratorio¹³⁹ è stata una delle altre cause che ha spinto gli Stati, in particolar modo quelli della sponda settentrionale del Mediterraneo, a relativizzare il principio di *non refoulement*.

¹³⁷ Decisione resa sul caso *Saadi c. Italia* reperibile online.

¹³⁸ A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 231.

¹³⁹ In questa sede facciamo riferimento ai flussi migratori del Mediterraneo.

Vediamo ora brevemente l'evoluzione della prassi italiana in materia di *refoulement* di stranieri in acque internazionali.

L'Italia dopo essere stata protagonista di espulsioni collettive verso Libia ed Algeria negli anni 2004 e 2005 sembrava aver assunto una posizione rispettosa degli obblighi internazionali.

La situazione mutò radicalmente al seguito dell'entrata in vigore, nel febbraio del 2009, del trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista¹⁴⁰ che prevedeva, ai sensi dell'art. 19 dello stesso, una cooperazione italo-libica nel contesto della lotta all'immigrazione clandestina.

Questo trattato ha costituito il fondamento della collaborazione *de facto* prestata dalla Libia alle operazioni di interdizione navale messe in atto dallo Stato italiano¹⁴¹.

Dal 2009 al 2011, nell'ambito delle operazioni di rimpatrio verso la Libia, l'Italia si è resa colpevole di numerose violazioni di disposizioni in materia di immigrazione.

Sono stati violati gli artt. 2, 10, 14 del Testo Unico sull'immigrazione¹⁴² che prevedono per lo straniero il riconoscimento (e la tutela) dei diritti fondamentali così come previsti dai diversi strumenti internazionali.

Inoltre, essendo stati attuati i respingimenti senza previa identificazione dei soggetti, è stato violato l'articolo 19 del T.U. sull'immigrazione che al secondo comma non consente l'espulsione:

a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi;

¹⁴⁰ La cooperazione è stata interrotta nel febbraio del 2011 quando, a causa dello scoppio della guerra in Libia, il Ministro della Difesa italiano ha sospeso gli accordi sanciti tra i due Paesi.

¹⁴¹ A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 237.

¹⁴² Testo Unico sull'immigrazione *aggiornato con le modifiche apportate dalla L. 30 ottobre 2014, n. 161 e dal D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, reperibile online.*

b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9;

c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana;

d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

È stato altresì violato l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 la quale nell'affermare che: «le espulsioni collettive sono vietate» e che «nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti» vieta palesemente il *refoulement*.

Anche se in questa sede ci occupiamo principalmente di analizzare la violazione degli obblighi previsti dalla CEDU, è importante ricordare che la prassi italiana dei respingimenti in alto mare, si è posta in contrasto con numerosi obblighi previsti dal diritto internazionale¹⁴³.

In tema di *refoulement* un altro caso emblematico è quello *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*¹⁴⁴, risolto dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo con sentenza di condanna della prassi italiana in merito ai respingimenti in acque internazionali. Il caso riguardava la riconduzione a Tripoli di undici somali e tredici eritrei provenienti dalla Libia e salvati in mare a 35 miglia da Lampedusa da parte delle autorità competenti Italiane. I ricorrenti lamentarono una violazione dell'art. 3 della CEDU in quanto sarebbero stati esposti ad un doppio rischio: quello di subire trattamenti inumani e degradanti in Libia (*refoulement* diretto) o addirittura di essere

¹⁴³ Si veda ad esempio la già citata Convenzione di Ginevra del 1951 (art.33) e la Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare (art. 98).

¹⁴⁴ Decisione resa sul caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* reperibile *online*.

respinti, da parte della Libia, verso i loro paesi d'origine (*refoulement* indiretto) dove il rischio di subire maltrattamenti era maggiore.

Per ciò che concerne il *refoulement* diretto, la Corte riconobbe il reale rischio di subire maltrattamenti in Libia sottolineando l'assenza di un sistema d'asilo e, soprattutto, la mancanza di condizioni rispettose della dignità umana nelle carceri libiche.

La responsabilità libica fu considerata ancora maggiore non essendo un Paese parte della CEDU e non avendo ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951.

In merito al *refoulement* indiretto la Corte al paragrafo 147 della decisione in esame ha affermato che: «It is a matter for the State carrying out the return to ensure that the intermediary country offers sufficient guarantees to prevent the person concerned being removed to his country of origin without an assessment of the risks faced. The Court observes that that obligation is all the more important when, as in the instant case, the intermediary country is not a State party to the Convention».

Il *refoulement* quindi comporta, nel caso di specie, una responsabilità aggravata dello Stato parte della CEDU che procede ad un respingimento verso un paese intermedio, a maggior ragione nel caso in cui quest'ultimo non è un Paese parte della Convenzione¹⁴⁵.

La Corte condannò l'Italia per *refoulement* sia diretto che indiretto e concluse che le autorità Italiane sarebbero potute, senza alcuna difficoltà, venire a conoscenza del fatto che i migranti, se respinti, sarebbero stati sottoposti a maltrattamenti e a condizioni di detenzione inumane e degradanti contrarie alla Convenzione europea.

¹⁴⁵ A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 237.

I ricorrenti, essendo stati respinti senza mai essere stati sottoposti ad un esame individuale, lamentarono inoltre una violazione dell'art. 4 del Protocollo n.4 della CEDU che vieta le espulsioni collettive di stranieri.

Per la prima volta la Corte si trovò a dover valutare nel merito l'applicabilità dell'articolo ad un'operazione di respingimento in alto mare. La Corte, con riferimento alle regole interpretative della Convenzione di Vienna sul diritto di trattati, ritenne che né l'interpretazione letterale dell'articolo, né i lavori preparatori del protocollo si opponessero all'applicazione extraterritoriale della norma in questione, in quanto manca un esplicito riferimento testuale alla nozione di "territorio" dello Stato¹⁴⁶. Se a quanto detto aggiungiamo che limitare la portata dell'art.4 avrebbe escluso dalla protezione una componente significativa, dei migranti ovvero quella via mare, appare ragionevole considerare l'articolo applicabile anche al di fuori del territorio.

Questa sentenza è di fondamentale importanza in quanto, per la prima volta, viene vietato in modo inderogabile il *refoulement* dei migranti in acque internazionali.

Infine, un caso recente che merita di essere esaminato è quello di *Tarakhel c. Svizzera*¹⁴⁷.

La famiglia afgana protagonista di questa vicenda è sbarcata sulle coste calabre il 16 luglio del 2011 e, subito dopo aver presentato richiesta d'asilo, si è diretta verso l'Austria presentando una seconda domanda d'asilo. Una seconda fuga è stata organizzata verso la Svizzera e, anche in questo caso, è stata presentata una richiesta d'asilo.

L'EURODAC, il database europeo delle impronte digitali per coloro che richiedono asilo politico e per coloro che sono entrati clandestinamente

¹⁴⁶ A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 244 ss.

¹⁴⁷ Decisione resa sul caso *Tarakhel c. Svizzera* reperibile *online*.

nel territorio dell'Unione europea, ha però, in applicazione del regolamento di Dublino, riconosciuto in tutti i casi la competenza Italiana e di conseguenza la seconda e la terza richiesta d'asilo sono state rigettate.

La famiglia Tarakhel ha presentata ricorso in quanto fortemente convinta che «les conditions d'accueil des demandeurs d'asile en Italie violaient l'article 3 de la Convention et que les autorités fédérales n'avaient pas examiné ce grief avec suffisamment d'attention».

Il ricorso però fu rigettato in quanto i ricorrenti, decidendo di scappare in Svizzera « ils [n'avaient] pas donné aux autorités italiennes l'occasion d'assumer leurs obligations eu égard à leur situation».

Dopo che la Federal Amministrative Court rigettò il ricorso, la famiglia decise di appellarsi alla Corte EDU.

In particolare, i ricorrenti sostenevano la violazione dell'art. 3 della CEDU in quanto, in caso di trasferimento in Italia, «ils seraient victimes d'un traitement inhumain et dégradant lié à l'existence de défaillances systémiques dans le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile dans ce pays».

I ricorrenti si appellarono principalmente alla lentezza del procedimento di identificazione¹⁴⁸, alla scarsa capacità delle misure di accoglienza¹⁴⁹ ed alle precarie condizioni di vita all'interno delle misure di accoglienza¹⁵⁰.

Alla luce di ciò, dopo aver attentamente esaminato tutti i punti salienti della questione, i giudici di Strasburgo stabilirono che, nel caso in cui «les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités

¹⁴⁸ Sentenza sul caso *Tarakhel c. Suisse*, paragrafo 58.

¹⁴⁹ Sentenza sul caso *Tarakhel c. Suisse*, paragrafi 59 – 65.

¹⁵⁰ Sentenza sul caso *Tarakhel c. Suisse*, paragrafi 66 – 68.

suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale», vi è una violazione dell'art. 3 della CEDU.

3.5 Il principio di *non refoulement* nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo.

Il sistema interamericano di tutela di diritti umani è regolato dalla Convenzione Interamericana dei diritti dell'uomo¹⁵¹ adottata a San José di Costa Rica il 22 novembre 1969. Il controllo della stessa, secondo quanto stabilito dall'art. 33 della Convenzione, è affidato alla Commissione ed alla Corte. La Commissione interamericana dei diritti dell'uomo svolge un'attività di controllo sul rispetto dei diritti umani. La Corte invece esercita una duplice funzione, quella contenziosa in merito ad interpretazione ed applicazione della Convenzione e quella consultiva enunciata all'art. 64 il quale afferma che « los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales».

La Convenzione interamericana prevede, così come la CEDU, una tutela indiretta del principio di *non refoulement* nel divieto di tortura¹⁵².

¹⁵¹ *Convencion americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos*, reperibile online.

¹⁵² Sancito all'art. 5, comma 2, il quale afferma che: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". È inoltre importante ricordare che lo stesso, secondo quanto stabilito dall'art.27, non è, in alcun modo, derogabile.

L'art. 1 della Convenzione sancisce gli obblighi degli Stati parti della Convenzione interamericana che consistono nel «respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Proprio in relazione a questi obblighi di carattere generale, ogni Stato deve identificare, giudicare e condannare tutti coloro che si rendono responsabili di un atto di tortura.

Per ciò che il principio di *non refoulement* rilevante è l'art. 22 (Derecho de Circulación y de Residencia), in particolar modo il comma 8 il quale afferma che «En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas».

A differenza della CEDU, viene qui previsto il divieto di espulsione di uno straniero in un paese dove i suoi diritti inerenti alla vita ed alla libertà potrebbero essere violati.

È proprio l'art. 22,8 che costituisce la legittimazione regionale del principio di *non refoulement*.

In questa sede ci occuperemo di analizzare la giurisprudenza della Corte al fine ultimo di vedere evoluzione della tutela del principio di *non refoulement*.

Nel caso *Loayza Tamayo c. Perù*¹⁵³ la ricorrente lamenta di essere stata detenuta per quasi un mese senza la possibilità di contattare un avvocato e di avere rapporti con i membri della sua famiglia.

¹⁵³ Decisione resa sul caso *Loayza Tamayo c. Perù* reperibile *online*.

La signora María Elena Loayza Tamayo lamenta di essere stata sottoposta a trattamenti inumani e degradanti ed ad atti di tortura volti ad ottenere una dichiarazione, da parte della donna, di appartenenza al partito comunista del Perù.

La donna fin dall'inizio si dichiarò estranea alla vicenda e dichiarò di non appartenere a nessun partito ma, nonostante le sue dichiarazioni, fu giudicata dalla giurisdizione militare e fu dichiarata colpevole di tradimento alla patria. La questione, dopo diversi procedimenti passò alla giustizia ordinaria che la condannò a 20 anni.

Il caso fu poi denunciato davanti alla Commissione interamericana per i diritti umani.

Solo il 17 settembre del 1997, quattro anni dopo l'inizio della vicenda, la Corte Interamericana decise, con sentenza, che il Perù aveva violato contemporaneamente il diritto alla libertà ed all'integrità personale riconosciuti rispettivamente dagli artt. 7 e 5 della Convenzione e quello a ricevere garanzie stabilito dall'art. 8.

Infine la Corte si pronunciò a favore dell'immediata scarcerazione della donna e le riconobbe, oltre ad un risarcimento per le spese sostenute, degli indennizzi.

Il caso *Cantoral Benavides*¹⁵⁴ è interessante in quanto stabilisce che tra gli elementi costituenti la nozione di tortura è compresa «la intervención de una voluntad deliberadamente dirigida a obtener ciertos fines, como obtener información de una persona, o intimidarla o castigarla».

Il ricorrente è uno studente peruviano che il 6 febbraio del 1993 fu arrestato insieme a suo fratello nel suo domicilio dalla polizia antiterrorismo peruviana. Successivamente i due furono crudelmente torturati e costretti ad auto incolparsi di tradimento alla patria.

¹⁵⁴ Decisione resa sul caso *Cantoral Benavides* reperibile *online*.

Il ricorrente fu dapprima arrestato dal sistema di giustizia militare e solo in un secondo momento il caso fu affidato alla giustizia ordinaria che lo processò per sospetti di reato di terrorismo e lo condannò a 20 anni di prigionia. In questi anni fu nuovamente torturato e solo nel 1997 li venne concesso l'indulto e fu quindi scarcerato.

La questione fu sollevata dinnanzi alla Corte Interamericana dei diritti umani che riconobbe una violazione del diritto di tortura e, oltre a prevedere un risarcimento per la vittima, sottolineò che le esigenze investigative non possono, in alcun modo, provocare danni all'integrità fisica della persona.

Viene in questo modo affermato il carattere assoluto ed inderogabile del divieto di tortura anche in circostanze eccezionali, come ad esempio, nel caso di specie, quella del terrorismo.

Il caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago*¹⁵⁵, oltre a riferirsi a numerose violazioni di diritti umani commesse all'interno di strutture penitenziarie ai danni di persone condannate a morte per omicidio volontario, tratta di una questione esaminata nel già citato caso *Soering*: la permanenza di un detenuto nel corridoio della morte. Anche in questo caso, come nel precedente risolto dalla Corte di Strasburgo, il fenomeno in esame viene qualificato come un trattamento inumano e degradante in quanto «está constituido por un periodo de detención prolongado en espera y previo a ejecución, durante el cual se sufre de angustia mental además de otras circunstancias a las que el acusado es expuesto que incluyen, entre otras, la forma en que se impuso la condena; la no consideración de las características personales del acusado; la desproporción entre la pena y el delito cometido; las condiciones de detención a la espera de ejecución; las demoras en las apelaciones o en la revisión de su pena de muerte durante las cuales la

¹⁵⁵ Decisione resa sul caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago* reperibile *online*.

persona está sujeta a una tensión extrema y a trauma psicológico; el hecho de que el juez no tome en consideración la edad o el estado mental de la persona condenada, así como la constante espera de lo que será el ritual de su propia ejecución».

Per ultimo, il caso *Penal Miguel Castro-Castro c. Perú*¹⁵⁶ si riferisce alla responsabilità internazionale dello Stato per l'utilizzo di eccessiva forza nel centro penitenziario che ha portato alla morte di decine di prigionieri. Lo Stato peruviano durante il conflitto armato interno, iniziato nel 1980 e conclusosi solamente nel 2000, si rese responsabile di violenze inaudite tra cui tortura, sparizioni forzate e sistematiche violazioni di diritti umani. Nel 1992, a seguito di un colpo di stato le violenze aumentarono notevolmente. In questo stesso anno venne organizzato un attacco ad un padiglione del carcere Penal Miguel Castro Castro con l'obiettivo di attentare alla vita ed all'integrità di prigionieri accusati di delitto di terrorismo o di tradimento della patria. La questione fu presa in carico dalla Corte Interamericana che immediatamente riconobbe la responsabilità dello Stato per violazione del diritto alla vita, del diritto all'integrità personale ed un risarcimento danni per le vittime.

In particolare, in merito alla violazione dell'art. 5 della Convenzione la Corte affermò che «este Tribunal ha indicado que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional». In questa circostanza, la Corte Interamericana sottolinea, ancora una volta, il carattere inderogabile¹⁵⁷ della norma sancita dall'art.5 della Convenzione. In questo modo la Corte ne afferma altresì il carattere di *jus cogens*.

¹⁵⁶ Decisione resa sul caso *Penal Miguel Castro-Castro c. Perú* reperibile online.

¹⁵⁷ Che ricordiamo essere stabilito dall'art. 27 della Convenzione interamericana.

3.6 Il principio di *non refoulement* nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981.

Il sistema africano di tutela di diritti umani agisce nell'ambito dell'Unione Africana, succeduta all'Organizzazione per l'Unità Africana mediante l'adozione di un atto costitutivo entrato in vigore il 26 maggio 2001.

Questa organizzazione il 27 giugno 1981 ha adottato uno strumento convenzionale di tutela dei diritti umani: la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli¹⁵⁸.

A differenza di quanto è avvenuto nel sistema europeo ed interamericano, nel sistema Africano non è stata prevista una Corte fin dalla creazione dell'organizzazione. Inizialmente era prevista solo una Commissione con funzioni di controllo degli obblighi sanciti dalla Carta¹⁵⁹ alla quale, solo con l'entrata in vigore il 25 gennaio 2004 del Protocollo, è stata affiancata la Corte africana dei diritti dell'uomo con competenze consultive e contenziose. In merito a quest'ultima è importante sottolineare che, ai sensi dell'art. 3,1 del già citato Protocollo, la giurisdizione della Corte «shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the States concerned».

Come negli altri strumenti analizzati fino ad ora, anche nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli possiamo rinvenire disposizioni relative al principio di *non refoulement*.

¹⁵⁸ *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, 1981, reperibile *online*.

¹⁵⁹ Le funzioni attribuite alla Commissione ai sensi dell'art. 45 della Carta sono: promozione dei diritti umani e dei popoli, protezione dei diritti umani e dei popoli, interpretazione della Carta.

Ritroviamo un divieto indiretto di *refoulement* all'art. 5 (sul diritto al rispetto della dignità della persona umana) il quale affermando che «qualsiasi forma di sfruttamento e di svilimento dell'uomo, specialmente la schiavitù, la tratta delle persone, la tortura fisica o morale, e le pene o i trattamenti crudeli, inumani o degradanti sono interdetti» condanna apertamente qualsiasi forma di trattamento disumano e degradante.

Infine, un articolo rilevante ai fini della nostra analisi è l'art. 12 il quale dopo aver sancito il diritto proprio di ciascun individuo di circolare liberamente in quanto «ogni persona ha il diritto, in caso di persecuzione, di ricercare e ricevere asilo in territorio straniero, conformemente alla legge di ciascun paese e alle convenzioni internazionali» disciplina il diritto d'asilo. Al comma 4 vieta invece l'espulsione di uno straniero legalmente ammesso sul territorio di uno Stato Parte alla Carta Africana. Infine, anche in questo caso, al comma 5 è previsto il divieto dell'espulsione collettiva¹⁶⁰ di stranieri.

¹⁶⁰ Si definisce espulsione collettiva quando tocca globalmente gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi.

CONCLUSIONI

La tutela dei diritti umani rappresenta, sempre più, una priorità assoluta ed un obiettivo più che auspicabile per tutti gli Stati. I diritti umani, pur risalendo alla seconda metà del diciottesimo secolo, solo in età moderna hanno trovato la loro tutela effettiva dal punto di vista sostanziale.

Un anno di cruciale importanza per un' affermazione dei diritti umani contemporaneamente universale e positiva è il 1948, anno in cui la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclama i diritti individuali dell'intera umanità senza alcun tipo di distinzione. Proprio con l'adozione di questa Dichiarazione ha origine il processo di positivizzazione dei diritti umani a livello universale che si concretizza con l'adozione di una serie di Convenzioni, volte a tutelare alcuni diritti specifici ed i diritti fondamentali di categorie di persone particolarmente vulnerabili come ad esempio i minori, i lavoratori migranti ed i disabili. Di fondamentale importanza sono gli organi di monitoraggio previsti dalle convenzioni al fine di assicurare una piena attuazione e la garanzia del rispetto delle norme enunciate.

Nel nostro studio, inerente al tema della tutela dei diritti di umani, di estrema rilevanza è l'evoluzione della nozione di *domestic jurisdiction*, la prima norma consuetudinaria in tema di delimitazione del potere di governo dello Stato.

Fino ai primi anni del novecento il ruolo del diritto internazionale era marginale ed il potere era concentrato nelle mani degli Stati che non permettevano alcuna ingerenza nelle questioni che li riguardavano. In seguito, l'evoluzione storica degli eventi ha portato ad una ridefinizione del ruolo del diritto internazionale. Da allora in poi, il dominio riservato comprende le materie nelle quali lo Stato è libero da obblighi

internazionali di qualsiasi genere e, se una certa materia rientri o meno nella giurisdizione esclusiva di uno Stato è un problema essenzialmente relativo: esso dipende dallo sviluppo delle relazioni internazionali¹⁶¹. Questo ci porta ad attribuire alla nozione di *domestic jurisdiction* un carattere relativo e storico. La progressiva affermazione e positivizzazione dei diritti dell'uomo ed il forte impatto che gli stessi hanno avuto ed hanno sulla comunità internazionale, sono i principali fattori che hanno portato all'erosione del principio della *domestic jurisdiction*. Oggi giorno è opinione diffusa e condivisa che la tradizionale concezione della sovranità statale non può più costituire una barriera protettiva all'interno della quale i diritti dell'uomo siano sistematicamente e impunemente violati.

L'evoluzione del diritto internazionale, considerata l'importanza delle norme poste a tutela dei diritti umani, ha portato a numerosi casi di applicazione extraterritoriale dei trattati sui diritti umani. L'art. 2, par. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato interpretato in senso "non territorialistico" nel senso che i diritti sanciti devono necessariamente essere riconosciuti sia agli individui presenti nel territorio di uno Stato, sia a coloro che sono soggetti alla sua giurisdizione. Questa interpretazione trova conferma nella giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo che risulta essere idonea a ricomprendere qualsiasi ipotesi di violazione di norme del Patto commesse da organi di Stati contraenti in territorio straniero. Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali non contiene nessuna disposizione che ne limiti l'ambito di applicazione al territorio o alla giurisdizione degli Stati parte ed il contenuto dell'art. 2, par. 1 sembra sostenere la tesi che gli Stati firmatari abbiano assunto obblighi extraterritoriali. Anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro la

¹⁶¹ CPGI, *op. cit.*, pp. 23-24.

tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti trova applicazione al di fuori dell'ambito della sovranità territoriale degli Stati parte. Ciò, come abbiamo visto, è facilmente deducibile dall'analisi della prassi del Comitato contro la tortura che, in diversi casi, si è pronunciato a favore dell'applicabilità della Convenzione nei confronti di atti compiuti da uno Stato nell'esercizio della sua giurisdizione fuori dal territorio. Sono quindi beneficiari delle disposizioni della Convenzione tutte le persone che si trovano sotto l'effettivo controllo delle autorità di uno Stato parte. Particolare attenzione è stata prestata ad un' importante dimensione regionale, quell' Europea. Il Consiglio d'Europa, che ricordiamo essere la principale organizzazione internazionale di difesa dei diritti umani del continente, ha promosso la creazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che, con l'ausilio dell'attività della sua Corte, si occupa della tutela dei diritti umani. Dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU emerge che la nozione di *jurisdiction* si è evoluta con il tempo ed oggi è da intendersi non in senso strettamente territoriale in quanto la Corte considera uno Stato responsabile, oltre che nel caso in cui esercita militarmente un controllo effettivo sul territorio straniero anche nel caso in cui ci troviamo di fronte a violazioni a danno di persone che, pur essendo in territorio straniero, sono sottoposte al suo controllo. Possiamo quindi facilmente dedurre che l'art. 1 della Convenzione nel caso in cui, chi subisce la violazione si trovi sotto il controllo di uno Stato parte della Convenzione, va interpretato a favore dell'applicabilità extraterritoriale della stessa. In caso contrario si autorizzerebbero indirettamente gli Stati a commettere violazioni (che non avrebbero mai commesso nel proprio territorio) in Stati terzi senza essere sanzionati. In tema di extraterritorialità dei trattati sui diritti umani è stato interessante analizzare la natura extraterritoriale del principio di non *refoulement* e vedere in che modo lo stesso è previsto in diversi strumenti

internazionali. Questo principio, che ricordiamo essere una norma di diritto internazionale consuetudinario vincolante per tutti gli Stati, ha natura cogente ed ha progressivamente acquisito il carattere di regola perentoria del diritto internazionale. Dall'analisi interpretativa dell'articolo che lo codifica (art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951) emerge che l'ambito *ratione loci* della disposizione sul principio di non *refoulement* non è limitato al territorio di uno Stato. L' UNHCR ritiene che uno Stato sia vincolato dal suo obbligo derivante dall'art. 33 della Convenzione del 1951 di non rinviare i rifugiati verso un rischio di persecuzione *ovunque* esso eserciti la propria effettiva giurisdizione; il criterio decisivo è quindi che i rifugiati si trovino non nel territorio dello Stato ma sotto l'effettivo controllo dello stesso. Dall'analisi della giurisprudenza di Strasburgo (in particolar modo quella concernente i casi di violazione dell'art. 3 che sancisce il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti)¹⁶² emerge chiaramente che, nel caso in cui, a seguito dell'allontanamento, uno straniero rischi di essere esposto a trattamenti contrari all' art. 3, la terzietà della CEDU dello Stato terzo cui si imputano i maltrattamenti, non sia idonea ad escludere *sic et simpliciter* la responsabilità dello Stato parte della CEDU¹⁶³. Anche la Convenzione interamericana dei diritti dell' uomo oltre a prevedere il principio di espulsione all'art. 22, 8, prevede una tutela indiretta del principio di non *refoulement* nel divieto di tortura. Dall' analisi della giurisprudenza della Corte interamericana emerge una propensione verso un' applicazione extraterritoriale delle norme in esame. Infine, anche nella Carta africana dei diritti dell' uomo e dei popoli sono presenti disposizioni relative al principio di non *refoulement* (artt. 5 e 12) ed al divieto di espulsioni collettive degli stranieri.

¹⁶² *Refoulement* indiretto.

¹⁶³ A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 225.

In conclusione appare chiaro che nessun fenomeno¹⁶⁴ sia idoneo a portare al ridimensionamento, da parte degli Stati, della portata dell'obbligo di non *refoulement*. Al contrario, la continua evoluzione delle relazioni internazionali e l'indiscussa importanza dei diritti umani fanno sì che la portata dei trattati sui diritti umani sia da intendersi, sempre di più, in senso extraterritoriale. Solo il giorno in cui, in qualsiasi Stato del mondo, saranno effettivamente tutelati, senza fare alcun tipo di distinzione, i diritti di ogni singolo essere umano, si potrà parlare di libertà.

¹⁶⁴ Ci riferiamo ad esempio all'espansione del fenomeno del terrorismo internazionale e delle migrazioni.

BIBLIOGRAFIA

A. CASSESE, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, No. 1, p. 26.

A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Bari 1988, p. 143 ss.

A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma - Bari, 2005.

A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani, Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, il Mulino, Bologna, 2013, p.49 ss.

A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement* in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Università degli Studi di Perugia Dipartimento di Diritto Pubblico, Studi e Ricerche 2, Jovene editore 2012, p.224 ss.

A. L. VALVO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea. L'integrazione europea oltre Lisbona*, Amon, Padova, 2011, p. 278.

A. MARCHESI, *I diritti dell'uomo e le Nazioni Unite: controllo internazionale e attività statali di organi internazionali*, Franco Angeli, 1996, p. 96.

A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla corte europea dei diritti dell'uomo. Formulario e giurisprudenza*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2013, p.24.

Assemblea Costituente francese, *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, 26 agosto 1789.

Assemblea generale delle Nazioni Unite, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1948.

A. VITERBO, *L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: i Principi di Maastricht del 2011*, Diritti umani e diritto internazionale, vol.6 n. 1 2012.

B. CONFORTI, *Diritto Internazionale* (X ED.), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, VI ed., Cedam, Padova, 2000.

B. CONFORTI, *Le principe de non-intervention*, 1991, p. 489.

Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, 1981.

Carta delle Nazioni Unite, 26 giugno 1945.

C. FAVILLI, *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2011.

Convenzione americana sui diritti umani, 1969.

Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, 1984.

Convenzione di Ginevra sullo statuto dei Rifugiati, 1951.

Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, 1990.

Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale, 1969.

Convenzione per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate, 2006.

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 1950.

Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, 2006.

Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, 1990.

Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, 1979.

CPGI, *Decreti di nazionalità in Tunisia e Marocco*, 7 febbraio 1923, in PCIJ Publications, series B n. 4, pp. 23-24.

F. CHABOD, *Storia dell'idea d'Europa*, Laterza, Roma - Bari, 1999.

F. CHERUBINI, *Le prime due generazioni di diritti umani: origine, evoluzione e prassi recente* in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 305 ss.

F. BOTTURI, F. TOTARO, *Universalismo ed etica pubblica*, Vita e Pensiero, 2006, p. 156 ss.

F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani, l'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 339 ss.

F. MATSCHER, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per opera dei suoi organi*, in V. GREMENTERI (a cura di),

L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Milano, Giuffrè, 1989, p. 39 ss.

F. MORESCHI, *Lezioni di storia delle relazioni internazionali*, Universistas Studiorum, Mantova, 2012, p. 22 ss.

G. CAPOGRASSI, *La dichiarazione universale dei diritti dell' uomo ed il suo significato*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, Vol, V, Giuffrè, Milano, 1959, cit., p.71.

H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di comunità, Milano, 1999, p. 402 ss.

J. RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. I, *Les droits de l'homme*, Paris 1991.

K. VASAK, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de JEAN PICTET*, CHRISTOPHE SWINARSKI , Comité international de la Croix-Rouge- Martinus Nijhoff Publishers, Genève-La Haye, 1984, p. 842 ss.

L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1994.

L. S. ROSSI, *Le organizzazioni internazionali come strumenti di governo multilaterale*, Giuffrè Editore, 2006, p. 200.

M.R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, ESI, Napoli, 1999, p. 29 ss.

N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

N. BOBBIO, M. BOVERO (a cura di), *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 465.

Patto sui diritti civili e politici, 1966.

Patto sui diritti economici, sociali e culturali, 1966.

P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2002.

Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo, 12 gennaio 1998, Parigi.

Protocollo n° 11 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Strasburgo, 11 maggio 1994.

Protocollo Opzionale relativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici, 1966.

R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, G.Giappichelli Editore, 2010, Torino.

T. BUERGENTHA, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in: L. HENKIN (ed.), *The international Bill of Rights*, Columbia University Press, 1981, p.74.

T. SCOVAZZI, I. PAPANICOLOPULU, S. URBINATI, *I diritti umani di fronte al giudice internazionale: atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, Giuffrè Editore, 2009, p. 111.

U. DRAETTA, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Giuffrè Editore, 2011, p. 86.

UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1976*, Ginevra, 26.01.07.

UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law: Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*.

V. MUSTAFA, *L'ingerenza umanitaria: il caso dei Curdi*, Biblioteca Franco Serantini, Pisa, 1996, p. 19.

GIURISPRUDENZA

Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment 2, International technical assistance measures (Fourth session, 1990)*, U.N. Doc. E/1990/23, annex III at 86 (1990).

Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment 3, The nature of States parties' obligations (Fifth session, 1990)*, U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86 (1990).

Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment 12, Right to adequate food (Twentieth session, 1999)*, U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 4 novembre 2014, comunicazione No. 29217/12, Tarakhel c. Svizzera.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 5 luglio 2005, comunicazione No. 2345/02, Said c. Olanda.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 7 luglio 1989, comunicazione No. 14038/88, Soering c. Regno Unito.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 7 luglio 2011, comunicazione No. 55721/07, Al-skeini e altri c. Regno Unito.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 15 novembre 1996, comunicazione No. 43/1996, Tala v. Sweden.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 16 novembre 2004, comunicazione No. 31821/96, Issa e altri c. Turchia.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 17 luglio 1979, comunicazione No. 56/1979, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 20 novembre 2014, comunicazione No. 47708/08, *Jaloud c. Paesi Bassi*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 21 gennaio 2011, comunicazione No. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 23 febbraio 2012, comunicazione No. 27765/09 *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 23 marzo 1995, comunicazione No. 15318/89, *Loizidou c. Turchia*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 28 aprile 1997, comunicazione No. 39/1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 28 febbraio 2008, comunicazione No. 49821/99, *Saadi c. Italia*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 28 giugno 2007, comunicazione No.60167/00, *Pad e altri c. Turchia*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 28 febbraio 2008, comunicazione No. 37201/06, *Saadi c. Italia*.

Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 29 luglio 1981, comunicazione No. 52/1979, *Lopez Burgos c. Uruguay*.

Sentenza della Corte interamericana dei diritti umani del 17 settembre 1997, *Loayza Tamayo c. Perù*.

Sentenza della Corte interamericana dei diritti umani del 18 agosto 2000, Cantoral Benavides.

Sentenza della Corte interamericana dei diritti umani del 21 giugno 2002, Hilaire, Constantine e Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago.

Sentenza della Corte interamericana dei diritti umani del 25 novembre 2006, Penal Miguel Castro-Castro c. Perù.